

4099  
ЮЩИК О.І.

*Талузі та*  
*інститути*  
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ  
(міфи і реальність)

---

*Критичний нарис*

**ОРІЯНІ**

ЮЩИК О.І.

код екземпляра

96625



# ГАЛУЗІ ТА ІНСТИТУТИ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

(міфи і реальність)

\* \* \*

*Критичний нарис*

**ОРІЯНИ**

Київ-2002

УДК 34(477)  
ББК 67.9(4УКР)  
Ю99

Ющик О.І.

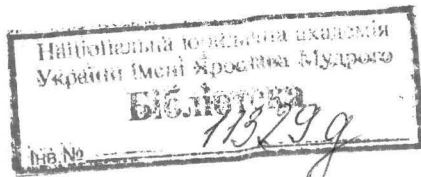
Ю99 Галузі та інститути правової системи (міфи і реальність). –  
К.: Оріяни, 2002. – 112 с.  
ISBN 966-7373-81-9

Побудова сучасної правової системи в Україні здійснюється, як це не прикро, без ґрунтового наукового забезпечення. Окремі теоретичні спроби запропонувати «нову модель українського права», за якою мають формуватися галузі законодавства, створюватися кодекси, визначатися їх зміст та характер взаємодії тощо, лише переконливо демонструють принципову хибність «традиційних» уявлень про правову систему, її галузі та інститути.

Пропонуючи критичний огляд уявлень, які панують у вітчизняній юридичній науці щодо визначення галузевого поділу правової системи, автор висловлює у нарисі ряд оригінальних думок з приводу розуміння права взагалі, його структурної будови та форм реалізації.

Нарис розрахований на науковців, аспірантів, політиків і практичних працівників у галузі права, а особливо – студентів юридичних факультетів.

УДК 34(477)  
ББК 67.9(4УКР)



ISBN 966-7373-81-9

© Ющик О.І., 2002

ЗМІСТ

Передмова.....	4
<b>Глава 1. Правова система і законодавство: співвідношення, галузева структура .....</b>	<b>5</b>
§ 1. “Правова система”, “система права” і “система законодавства” .....	5
§ 2. Галузі правової системи: критерії диференціації .....	11
§ 3. Про “два поверхи” галузевої диференціації права .....	30
<b>Глава 2. Правові інститути як форма інституційного права .....</b>	<b>45</b>
§ 1. Правовий інститут: між нормою і галуззю права .....	45
§ 2. Інституціоналізація у праві .....	52
§ 3. Інституційне право - необхідний момент поняття права .....	63
<b>Глава 3. Формування національної правової системи: деякі теоретичні передумови та практика .....</b>	<b>73</b>
§ 1. Публічне і приватне право: у полоні дихотомії .....	73
§ 2. “Ми нічого “приватного” не визнаємо...” .....	86
§ 3. “Господарське право” як критерій істини: від теорії до практики .....	91
§ 4. До витоків галузевої диференціації права .....	104
<b>Замість післямови .....</b>	<b>110</b>

## ПРАВОВА СИСТЕМА І ЗАКОНОДАВСТВО: СПІВВІДНОШЕННЯ, ГАЛУЗЕВА СТРУКТУРА

### §1. “Правова система”, “система права” і “система законодавства”

#### ПЕРЕДМОВА

Логічна одноманітність уявлень, що склалися в радянській та вітчизняній юриспруденції за останні кілька десятиріч, про галузеву структуру права, “систему права” та “систему законодавства”, визначення їх галузей та інститутів, давно викликає потребу дати цим уявленням критичну оцінку. Але, одна справа – потреба в науковій критиці тих чи інших ідей, а інша – форми і способи задоволення цієї потреби, шляхи реалізації відповідного наукового інтересу. У цьому сенсі кожен автор сам визначає свій вибір, керуючись власними інтересами і можливостями.

Думка про написання цього критичного нарису виникла в ході осмислення автором теоретичних проблем і практики законодавчо-го процесу як явища правового життя. Логіка дослідження вказаного предмета вимагає осягнення законодавства, як системного продукту нормотворення, в його цілісності. Однак існуюча юридична література не дає задовільних відповідей на більшість питань, що виникають у цьому зв'язку. Навпаки, пануючі в теорії підходи до визначення законодавства як системи ведуть лише до суперечностей і плутанини, носять умоглядний характер, далекий від реальних потреб практики, а інколи навіть стримують її розвиток. У цьому автор переконався безпосередньо, працюючи багато років як у галузі законотворення, так і правозастосування.

З іншого боку, робота над більш конкретною темою змушує автора відмовитися від спеціального дослідження даного предмета, обмежившись формою критичного нарису, в якому пропонуються загальний огляд висловлених у юридичній літературі в останні десятиліття думок щодо галузевої структури правової системи та критичні зауваження з цього приводу. Звичайно, що в такому разі чимало важливих питань, пов'язаних з темою нарису, залишаться поза увагою та їх критичним осмисленням.

А втім, конструктивна критика у будь-якій формі може бути продуктивною і корисною, такою, що стимулює творчу думку дослідників права. Хочу сподіватися, що саме так буде сприйнятий читачем і пропонований критичний нарис.

Автор

В юридичній науці вважається загальноприйнятою точка зору на поняття “правова система”, “система права” і “система законодавства” як самостійні в ряду понять правової теорії. В сучасних умовах, зазначають автори одного з останніх підручників загальної теорії права і держави, слід всіляко підтримувати розробку правовою наукою широким категорій, що охоплюють різноманітні зв'язки правових явищ. Такою широкою категорією слугує поняття “правової системи”. При цьому, однак, відзначається тут же, жоден з авторів, які використовують це поняття, не заперечував і не заперечує зараз самостійного місця понять системи права і законодавства як системи діючих у даному суспільстві правових норм та актів, у яких вони офіційно закріплюються. Поняття “система права” і “система законодавства”, поза сумнівом, продовжують відігравати свою роль у правовій практиці і науці права будь-якої сучасної держави. Ці поняття розглядаються в науці як однопорядкові, але не тотожні системи, що виражають відповідно *структуру змісту і форми позитивного права*.<sup>1</sup>

Структурний аспект правової системи будь-якої держави полягає в тому, що усі правові норми, які входять у діюче, позитивне право, *складають єдине ціле* (діюче право у цілому), *що розділяється за змістом* різних норм на відповідні взаємопов'язані частини структури права і законодавства. Основою такої змістовної структури права і законодавства слугує різноманіття видів суспільних відносин, яке є об'єктивним, таким, що знаходиться поза правом, критерієм його поділу на різні частини: галузі, підгалузі, інститути права. Такий об'єктивний критерій ділення єдиного в своїй основі права на галузі інститути тощо носить назву предмета правового регулювання.

Крім предмета регулювання галузі права характеризуються також особливостями методу правового регулювання. Одним галузям (цивільне, сімейне, значною мірою трудове і деякі інші) властивий диспозитивний метод, що допускає широкий вибір засобів регулювання по волі сторін відповідного правовідношення. Іншим галузям права (норми яких регулюють діяльність держави) властивий головним чином метод імперативного регулювання, тобто регулювання за допомогою норм, обов'язкових для виконання учасниками правовідношення.

Крім цієї головної структури в юридичній науці і практиці поряд з дифере-

<sup>1</sup> Див.: Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. В.С.Нерсесянца. – М., 1999. – С.326– 327 (автор главы – А.Мицкевич.)

нціацією правових норм по галузях та інститутах права стійко склалися комплекси і масиви правових норм вторинної структури, у яких головним є не виділення особливих галузей права, а навпаки, інтеграція різних за своєю галузевою належністю норм права, спеціальних для тієї чи іншої сфери діяльності суспільства.

У сучасній літературі структура права і законодавства (тобто нормативної частини правової системи) розкривається також не лише в галузевому (або так званому “горизонтальному”) аспекті. Більшість вчених визнають “вертикальний аспект” розгляду структури законодавства, тобто *співвідношення законів і підзаконних нормативних актів*, а також ієрархію останніх між собою в залежності від їх юридичної сили.

Предметний критерій пізнання і побудови системи права і системи законодавства зв’язує обидві ці системи з тією головною властивістю, якою характеризується будь-яка система: *з упорядкуванням її змісту*, створенням стійких зв’язків елементів внутрішньої структури, здатних виявити і забезпечити дію властивостей цільної системи, не притаманних її окремим елементам. Тому саме предметний підхід і *структурний аналіз змісту права і законодавства* є головними для пізнання і побудови структури права та способів її вираження у законодавстві.<sup>2</sup>

Таким уявляється сучасним теоретикам вирішення проблеми співвідношення понять “правова система”, “система права”, “система законодавства”. Наскільки змінилися підходи у даному питанні порівняно з тими, які мали місце три-чотири десятиліття тому, що нового дала теорія для практики за цей період? Звернемося до публікацій того періоду.

Останнім часом, зауважував Л.С.Явич у 1976 році, намітилося зовсім невинувдане прагнення створювати досить довільні моделі правових систем, які включають цілу ієрархію основних, головних, традиційних і комплексних галузей права, що веде до ототожнення правових систем та систем законодавства. При цьому автор вважав, що від правових систем держав необхідно відрізняти систематику (систему) форм вираження нормативного матеріалу (джерел права) і, найперше, систему законодавства. Якщо правові системи, писав він, складаються історично відповідно до структури суспільних відносин, то системи законодавства створюються раціонально в процесі упорядкування нормативних актів, створення кодексів, зібрань законів тощо. Система законодавства (взагалі форм вираження права) має в своїй основі певну правову систему країни, проте повністю з нею не збігається.<sup>3</sup>

Отже, на відміну від авторів згаданого вище підручника, Л.С.Явич писав про співвідношення “правової системи” і “системи законодавства”, не використовуючи при цьому поняття “система права”. Разом з тим система законодавства розглядалася ним як формальна сукупність джерел права (законодавчих актів тощо), що має в своїй основі (?)

<sup>2</sup> Там само. – С. 328–331.

<sup>3</sup> Див.: Явич Л.С. Общая теория права. – Л., 1976. – С.130–131.

певну правову систему країни, проте з нею не тотожна. Очевидно, що такий абстрактний характер визначення взаємного зв’язку двох названих феноменів мало що пояснює.

У літературі структурна будова права пов’язується з галузями права, що уявляються як своєрідний “скелет” правової системи, каркас, на який спирається система законодавства, утворюючи “тіло” правової системи. Виходячи з цього, від галузі права вимагають анатомічної визначеності, твердості та стійкості (“об’єктивності”), а систему законодавства розглядають як дещо більш довільне, з чим можна експериментувати в межах деякого нормотворчого вибору (“суб’єктивності”).

Перша і основна особливість системи права полягає в тому, що вона становить об’єктивну структурну якість діючого в даному суспільстві права (Шаргородський М.Д. і Йоффе О.С.); систему права необхідно розглядати як явище об’єктивного світу в тому сенсі, що вона складається не довільно, а визначається характером суспільних відносин, які цією системою умовлюють і до регулювання яких, у свою чергу, покликані її норми (Павлов І.В.); структура (а отже, і система права) не вигіді фантазії людей, не результат довільного конструювання і взагалі не породження свідомості людини, а реально існуючий поділ права на певні частини. Структура права – це будова права, спосіб (закон) зв’язку елементів, що його утворюють – галузей, підгалузей, інститутів, норм (Алексєєв С.С.); система у праві – це об’єктивне об’єднання (поєднання) за змістовними ознаками певних правових частин у структурно упорядковану цілісну єдність, що має відносно самостійність, стійкість і автономність функціонування (Керімов Д.А.).

Такий підхід В.К.Райхер називав “об’єктивною теорією”, на відміну від іншого підходу, прибічники якого розглядають систему права як результат систематизації правових норм (“суб’єктивна теорія”). Сам автор вважав кожен з названих теорій “правильною в одному і неправильною в іншому відношенні”.<sup>4</sup> Із свого боку зауважимо, що в таких умоглядних абстрактних конструкціях правової “моделі” не знаходиться належного місця первинній клітині права – *юридичній нормі*, від усвідомлення *дійсного* поняття якої залежить, без перебільшення, розуміння права взагалі.

Показовою в цьому відношенні є така, наприклад, конструкція. Певний вид суспільних відносин регулюється “чітко встановленою групою правових норм, що відбивають їх особливості”, і в цьому вбачається “системний характер самого права”. Основний елемент системи права – галузь права. Пріоритетне положення галузі в системі права пояснюється тим, що вона відбиває й регулює найбільш важливі відносно відокремлені групи суспільних відносин, які відіграють суттєву роль в організації суспільного життя. Галузь права – це група норм, що регулює певний комплекс суспільних відносин, причому регулювання таких відносин здійснюється специфічними прийомами та методами. Отже, галузь права – це елемент системи права, що представляє собою сукуп-

<sup>4</sup> Див.: Райхер В.К. О системе права // Правоведение. – 1975. – № 3. – С. 60 – 70.

ність правових норм, які регулюють якісно однорідну сферу суспільних відносин властивим їй методом правового вшпіву.

У свою чергу галузь права поділяється на взаємопов'язані елементи, котрі називаються інститутами права. Правовий інститут – це відокремлений комплекс правових норм, які є специфічною частиною галузі права і регулюють різновид певного виду суспільних відносин. Первинною клітиною системи права, яка регулює типові суспільні відносини певного різновиду, є правова норма. Таким чином, основні елементи системи права – це галузь права, правовий інститут, правова норма. Основним елементом системи законодавства є галузь законодавства, що містить норми, які регулюють певний вид суспільних відносин. Первинним елементом системи законодавства є стаття нормативного правового акта як форма вираження, спосіб викладення правової норми. Норма права – це логічно завершене правило поведінки, а стаття закону – форма його викладення.<sup>5</sup>

(Поняття системи права автор зводить до обумовленої станом суспільних відносин внутрішньої будови права, що виражається в єдності та узгодженості усіх діючих правових норм та їх логічному розподілі по галузях і правових інститутах. Система законодавства, на його думку, більш глибоко розкривається у порівняльному аналізі з системою права. По-перше, вказує він, якщо система права – це сукупність правових норм, то система законодавства – це сукупність джерел права, що є формою вираження правових норм; по-друге, якщо система права відбиває внутрішню будову права, то система законодавства – це зовнішня видима форма системи права; по-третє, якщо система права носить об'єктивний характер, оскільки відбиває стан суспільних відносин, то система законодавства будується за іншим принципом: в її формуванні значне місце займає суб'єктивний фактор, обумовлений потребою юридичної практики; по-четверте, якщо система права представляє сукупність норм права, розділених за предметною ознакою (галузями права), то система законодавства – це сукупність нормативних актів, яка будується як з урахуванням галузевого принципу, так і без його врахування, тобто в одних випадках законодавство видається стосовно конкретної сфери правового регулювання, в інших – закон містить норми різних галузей права; по-п'яте, первинним елементом системи права слугує норма права, що складається з гіпотези, диспозиції і санкції; первинним елементом системи законодавства є стаття нормативного правового акта, яка не завжди містить усі три структурні елементи правової норми. Таким чином, система законодавства – це сукупність джерел права, які представляють собою форму

<sup>5</sup> Див.: Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 26–27.

вираження правових норм<sup>6</sup>).

Враховуючи, що мова йде про “сучасне тлумачення” системи права і системи законодавства, не можна не відзначити тієї обставини, на яку вказували деякі автори ще чверть століття тому, а саме: відсутність задовільного уявлення про названі тут предмети. “У нашій науці ще не сформульовано чіткого уявлення про те, що ж таке система права, хоча спроб до визначення даного поняття здійснено більш ніж достатньо. Відсутнє чітке визначення і поняття системи законодавства... Нерідко система законодавства ототожнюється з систематикою текстів нормативних актів. Деяким дослідникам здається, що залежно від того, де і як вміщено текст тієї чи іншої правової норми, уже змінюється якщо й не система права, то, в усякому разі, система законодавства. Проте це хибна думка”.<sup>7</sup>

Справді, якщо система права має “об'єктивний характер” і не може “будуватися за суб'єктивним розсудом людей”, то звідки береться “єдність і узгодженість” усіх діючих правових норм та їх логічний поділ “по галузях і правових інститутах”, що виражають внутрішню будову права? В усякому разі не з аналогічного стану суспільних відносин, які “обумовлюють” вказану “будову”... Визначаючи систему права як “сукупність норм права”, варто не забувати, що норми права санкціоновані державою, а отже, опосередковані юридичною діяльністю держави як суб'єкта правотворення, яку (діяльність) неможливо уявити без “суб'єктивного розсуду людей”.

З іншого боку, зводячи систему законодавства до сукупності джерел права як форм вираження правових норм, первинним елементом якої (системи) є “не норма права”, а “стаття нормативного правового акта”, згаданий нами автор не може позбутися присутності норм у системі законодавства, коли називає “основним елементом системи законодавства” галузь законодавства, яка “містить норми, що регулюють певний вид суспільних відносин”.<sup>8</sup> Адже якщо основний елемент системи містить норми, то як може не містити їх уся система, що складається з таких “основних елементів” ?...

А втім, саме в нормі, у взаємних зв'язках юридичних норм потрібно шукати відповіді на питання про дійсну будову права, співвідношення правової системи і законодавства, “механізм” правового регулювання, інші принципи питання теорії права і держави.

Теоретичні спроби уявити єдину правову систему у вигляді двох систем (системи права і системи законодавства) з самого початку по-

<sup>6</sup> Там само. – С. 24.

<sup>7</sup> Див.: Красавчиков О.А. Система права и система законодательства // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 62–63 (переклад мій – О.Ю.).

<sup>8</sup> Див.: Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства. – С. 24–27.

збавлені логічних підстав. “Система права”, що складається з абстрактних “норм права”, не опосередкованих юридичною діяльністю держави (а отже, з правил, які не є юридичними нормами), хоча й може вважатися “нормативною системою”, однак не є системою права, співвідсною з “системою законодавства”, оскільки вона позбавлена юридичної форми. Щодо “системи законодавства”. Оскільки вона розглядається не як система норм, а як відмінна від системи норм абстрактна “сукупність статей нормативних актів” (а тим більше, “сукупність (ієрархія) джерел права”), то така “система законодавства” лише зовнішньо виглядає як правове явище, однак не є таким по суті, не несе в собі регулюючої властивості нормативної системи – суттєвої ознаки, що характеризує суспільне призначення права.

Отже, традиційні уявлення про “систему права” і “систему законодавства”, які склалися в теорії, є односторонніми, метафізичними абстракціями штучно роз’єднаних між собою змістовної та формальної сторін єдиної правової системи, тобто відображають не реально функціонуючу правову систему, а її довільно, уможливно розчленовані фрагменти. Адже за будь-яким законодавчим актом (яким би за формою “джерелом права” він не був) стоїть управлінське рішення державного апарату, в якому формулюються певні нормативні положення, що в сукупності з іншими положеннями утворюють відповідну юридичну норму. Лише як складові юридичної норми вказані положення є необхідними, а не випадковими, довільними управлінськими рішеннями, оскільки вони підпорядковуються у своїй дії процесу необхідності, реалізуючись у формі гіпотези, диспозиції чи санкції юридичної норми. (Мені уже доводилося писати про юридичну норму як процес необхідності, що включає три загальні моменти, а саме: умови, предмет і діяльність. У цьому процесі необхідності визначаються відповідно гіпотеза, диспозиція і санкція юридичних норм, в яких юридичний закон узагалі виявляє свій дійсний зміст<sup>9</sup>). Тому, коли теоретики винаходять різні “первинні елементи” (“норму права” і “статтю нормативного акта”), на основі яких утворюється “система права” і “система законодавства”, пропонуючи “не ототожнювати” останні то, по суті, перша система ґрунтується на пустому формальному наборі елементів норми, абстрагованої від змісту нормативних положень управлінського рішення, а не на юридичній нормі як продуктиві нормотворчої діяльності держави; а друга система спирається на випадковий набір нормативних положень (як продуктів окремих випадкових управлінських рішень), що не об’єднані єдиним процесом

<sup>9</sup> Див.: Ющик О.І. Правова реформа як спосіб перетворення (реорганізації) інститутів держави // Автореферат дис. на здобуття наук. ст. кандидата юридич. наук. – К., 1996. – С. 8–9; він же: Правова реформа: загальне поняття, проблеми здійснення в Україні. – К., 1997. – С. 27–29.

необхідності правового регулювання суспільних відносин.<sup>10</sup>

(У цьому зв’язку важливо підкреслити, що законодавство як таке не є самодостатньою основою, яка визначає як ціль внутрішній зміст діяльності державного апарату. Зміст даної цілі втілюється найближчим чином у потребі державного апарату практично приборкувати суперечливі соціальні інтереси, що існують у суспільстві. Практична боротьба цих особливих інтересів, які завжди дійсно виступають проти загальних та ілюзорно загальних інтересів, робить необхідним практичне втручання та приборкання особливих інтересів за допомогою ілюзорного “загального” інтересу, що виступає у вигляді держави<sup>11</sup>).

Не випадково, тому, прибічникам традиційних уявлень про “систему права” і “систему законодавства” не вдається послідовно дотримуватись чіткого вододілу між вказаними “системами”, наочним підтвердженням чого є застаріла дискусія з приводу визначення критеріїв галузевої диференціації правової системи, гострі дискусії навколо проблеми так званих “основних” і “комплексних” галузей права, а також відсутність задовільного уявлення про правові інститути.

## § 2. Галузі правової системи: критерії диференціації

Загальна характеристика “структурного аспекту” правової системи в літературі зводиться до того, що діюче право у цілому поділяється за змістом різних норм на відповідні взаємопов’язані частини структури права і законодавства; при цьому, основою такої змістовної структури права і законодавства слугує різноманітність видів суспільних відносин, що є об’єктивним, таким, що знаходиться поза правом, критерієм його поділу на різні частини: галузі підгалузі інститути права. Такий об’єктивний критерій ділення єдиного в своїй основі права на галузі інститути тощо має назву предмета правового регулювання. Крім предмета регулювання галузі права характеризуються також особливостями методу правового регулювання. Поділ права на галузі інститути, інші структурні елементи за предметом і методом регулювання

<sup>10</sup> Випадкове, зауважував Гегель, слід розглядати як таке, що може бути і може також не бути, може бути тим або іншим, чие буття чи небуття має свою підставу не в ньому самому, а в іншому. Подолання цього випадкового є взагалі завданням пізнання (див.: Гегель Г. Енциклопедія філософських наук. – М., 1974. – Т.1. – С. 318). “Якщо свавілля в діяльності державного апарату становить випадковий зміст, то, отже, воно є також можливістю чогось іншого, виступає як передумова виникнення цього іншого, котрим стає правова форма як дійсна форма діяльності державного апарату, як необхідність зазначеної діяльності” (див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття... – С.13–14).

<sup>11</sup> Див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Твори. – Т.3. – С.31; див. також: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття... – С.19–20.

вважається основною, головною юридичною структурою предметної диференціації права і законодавства.<sup>12</sup>

У дискусії про систему радянського права, що розгорнулася в другій половині 50-х років, відзначав С.М.Братусь, був зроблений висновок, що підставою поділу радянського права на окремі галузі є предмет регулювання, тобто той чи інший вид суспільних відносин. Мова йшла про певний тип відносин, їх сутність, про те, що є спільним для їх різноманітних зовнішніх проявів в їх емпіричному існуванні. Такими, наприклад, сутнісними відносинами були визнані вартісно-майнові відносини як предмет цивільного права, незалежно від того, в яких конкретних формах вони виявляються. Так само владно-організаційні відносини у сфері державного управління були визнані як предмет адміністративного права.<sup>13</sup>

Щодо іншого критерію розмежування галузей права (похідного, додаткового, вторинного), яким визнавався метод правового регулювання, то, за словами автора, учасники дискусії не досягли єдності думок стосовно його природи та зв'язку з предметом регулювання, як не досягли такої єдності в уявленнях про співвідношення системи права і системи законодавства, дослідженням яких з початку 60-х років приділяється значна увага теоретиків.<sup>14</sup>

На думку автора, у державно-організованому суспільстві різноманітні методи правового регулювання формуються на основі поєднання в різних сполученнях двох магістральних методів, що закріплюють відношення суб'єктів до держави та один до одного. Це метод централізації і метод децентралізації в регулюванні поведінки. Інколи вони ототожнюються з адміністративно-правовим та цивільно-правовим методами регулювання, що "не зовсім правильно, оскільки в дійсності централізація і децентралізація в регулюванні поведінки, а через поведінку – суспільних відносин, які виникають як об'єктивний результат актів поведінки, мають більш широкий зміст і значення". Сполучення імперативного та диспозитивного моментів у правовому регулюванні, за словами автора, можна знайти у будь-якій галузі права.<sup>15</sup>

(Веління, дозвіл, заборона, писав С.М.Братусь, як правило, поєднуються в різних галузях права, проте вирішальними в одних галузях є веління, в інших – дозвіл. Точно кажучи, веління міститься не лише в імперативній нормі але й у диспозитивній. Втім, зауважував він, "веління, дозвіл, заборона (остання – зворотна сторона веління) як методи (способи) регулювання самі по собі, узяті абстрактно, незалежно від об'єкта, з яким пов'язана їх спрямованість, не можуть слугувати підставою для поділу права на галузі. З тих же підстав не можуть слугувати такою підставою і різні види санкцій. Не випадково державне, адміністративне, цивільне, кримінальне право розглядаються як про-

<sup>12</sup> Див.: Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. В.С.Нерсисянца. – С. 328 – 329.

<sup>13</sup> Див.: Братусь С.Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод // Советское государство и право. – 1979. – № 11. – С.22.

<sup>14</sup> Там само. – С.22– 25.

<sup>15</sup> Там само. – С.26.

філюючі "традиційні" галузі права. У них в найбільш "чистому" вигляді виявляються охарактеризовані вище магістральні способи регулювання суспільних відносин"<sup>16</sup>).

Відтак, більш-менш певним критерієм визначення галузі права названо метод централізації та метод децентралізації в регулюванні поведінки; а засновані переважно на одному з цих методів державне, адміністративне, цивільне та кримінальне право визнані "профілюючими", "традиційними" галузями права, на відміну від усіх інших галузей, походження яких не вказує на магістральний метод "в його чистоті".

Але якщо при визначенні одних галузей метод "спрацьовує", а при визначенні інших – ні, то слід визнати, що такий критерій є щонайменше сумнівним, логічно некоректним.

У пошуках більш певних критеріїв, перекладаючи поняття методу галузі права "на мову системних категорій", В.М.Протасов вказує, що метод "відбиває у синтезованому, нерозчленованому вигляді доцільні властивості та функції галузі права як системного утворення, які обумовлені об'єктом (предметом) та ціллю галузевого регулювання".<sup>17</sup> Отже, галузь права розглядається ним як продукт свідомого законодавчого конструювання, що орієнтується на ті чи інші "доцільні властивості" та "функції". Очевидно, що таке уявлення суттєво відрізняється від попереднього розуміння галузі права як об'єктивного феномена і впливає з розуміння названим автором співвідношення системи законодавства і системи права, які за його словами, є хоча й не тотожними, але разом з тим жорстко взаємопов'язаними системами: право – це інформаційно-управляюча система, а законодавство – система, призначення якої зберігати правову інформацію та оптимізувати її використання.<sup>18</sup>

Залишаючи осторонь державне право, "своєрідність якого визначається тим, що воно закріплює політичні, економічні, соціально-культурні основи державного ладу в конституційних нормах, реалізація яких у багатьох випадках опосередковується нормами інших галузей права", і не торкаючись специфіки кримінального права та процесуального права (цивільного і кримінального), оскільки вони "не викликають будь-яких спорів (дискусійною залишається лише пропозиція розглядати обидва процеси як частини єдиного судового права)", С.Н.Братусь наводив далі характеристику ряду галузей права, що "відділилися від адміністративного та цивільного права і визнаються більшис-

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Див.: Протасов В.Н. Что и как регулирует право: Учебн. пособие. – М., 1995. – С.43.

<sup>18</sup> Там само. – С. 44– 45. Навряд чи виправдано представляти законодавство як набір посуду для зберігання правової інформації, абстрагований від його змісту, який міститься в юридичних нормах, утворюючи, якщо хочеться автору, інформаційно-управляючу систему, а не порожню "правосховище".



ттю авторів як самостійні галузі”. Серед таких галузей він назвав трудове, фінансове, земельне, колгоспне та сімейне право. При цьому предметна спеціалізація вказаних галузей виявляється досить строкаатою (від сфери праці до сім’ї та природних ресурсів), для яких (предметів) важко знайти єдиний критерій розмежування. Більше того, навіть щодо визначення у системі права місця правових норм, які регулюють *однорідні* відносини, пов’язані з використанням вод, надр, лісів, у системі права однозначна відповідь відсутня. Чи включати їх у єдину галузь природно-ресурсного (земельного в широкому сенсі слова) права чи вважати самостійними галузями, – питання залишається відкритим.<sup>19</sup>

З того часу характер дискусій з приводу галузевої будови системи права та системи законодавства, як свідчать публікації останніх років, істотно не змінився.<sup>20</sup> Є підстави вважати, зауважує В.Д. Сорокін, що домінуючій зараз загальнотеоретичній конструкції про галузевий предмет і метод “властива глибока внутрішня суперечливість”. Використання методології системного аналізу, на переконання автора, *обов’язково* має привести до принципово інших висновків, що кардинально змінюють уся звичну правову картину, яка існує уже багато десятиків років. (Гадаємо, однак, що треба вести мову про діалектико-матеріалістичну методологію – *О.Ю.*)

Справді, не можна не відзначити, що тривалі дискусії в теорії права про систему права і систему законодавства, про існування та визначення тих або інших галузей права тощо мають умоглядний характер, оскільки уявлення про них абстрагуються від їх *основи*, від *змістовних визначень юридичної норми*. Відтак, теоретиками пропонуються штучні конструкції правової системи, галузей та інститутів права, як, наприклад, така, згідно з якою в межах галузей права *одні норми* передбачають умови застосування галузевого законодавства, *другі* – встановлюють правила діяльності відповідних суб’єктів і *треті норми* – визначають санкції.

При цьому, переконує автор, те, що властиве різним групам норм (інститутам) в їх сукупності, відсутнє в окремої норми. У кожній одиничній нормі немає гіпотези, диспозиції і санкції. Те, що приписується окремій нормі права як її структурі, насправді є *характеристикою і вимогою до організаційної побудови галузей права*... Визначення загальних умов застосування галузевого законодавства, встановлення самих правил діяльності і вказівка на міри відповідальності властива галузі права в цілому і досягається за допомогою інститутів цієї галузі (На думку автора, існує закономірність, за якою властивості і характеристики, які належать системній цілісності (у нашому випадку галузі права), не можуть одночасно бути у кожного окремого елемента, що складає

<sup>19</sup> Див.: Братусь С.Н. Отрасль советского права: понятие, предмет, метод. – С.26–28.

<sup>20</sup> Див.: Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс // Правоведение. – 2000. – № 4. – С.34–35.

подібну цілісність, тобто у норми права. Отже, наполягає він, твердження про триланкову будову норми права методологічно безпідставні і вже тому не можуть бути правильними).<sup>21</sup>

Залишається пояснити, звідки беруться “властивості і характеристики” галузі права, якщо не з властивостей самих норм, що складають певну галузь, які (властивості) виявляються у взаємних зв’язках цих норм.

Якщо галузь права чи правовий інститут визначати як певні сукупності або групи норм (а саме так традиційно уявляються названі феномени в теорії права), то навіть таке поверхове визначення передбачає наявність у тих норм, які утворюють дану сукупність, якоїсь *спільної ознаки*, за якою дана група вирізняється серед інших. Це означає, що вказана ознака є саме *ознакою юридичної норми*, властивою кожній нормі даної сукупності, а не ознакою чогось іншого (суспільних відносин, які регулюються цими нормами, чи абстрактної “групи норм” тощо). Зрозуміло, що особливостями суспільних відносин зумовлюються певні специфічні ознаки норм, однак галузь права утворюють *безпосередньо* юридичні норми, а не ті відносини, що підлягають правовому регулюванню.

Чинне цивільне законодавство Російської Федерації, відзначається в літературі, відмовилось від поділу майна на засоби виробництва і предмети споживання. Але якщо такий поділ втратив юридичне значення, то з економічної точки зору він допомагає з’ясувати сутність найманної праці... Власник засобів виробництва не може бути економічно залежним. У перекладі на мову трудового права це означає, що особа, яка економічно панує над “плодоносними” об’єктами власності (тобто засобами виробництва), може бути лише роботодавцем. Відсутність же права власності на ці об’єкти у економічно залежного найманого працівника не може бути проігнорована законодавцем, і економічна нерівність не повинна перетворитися в юридичну рівність... Відтак, діяльність керівника на підставі договору (контракту) з організацією юридично цілком відповідає класичному трудовому правовідношенню. Економічна сутність його праці залишається найманою, тому правове регулювання його праці робить висновок автор, повинно залишитися в межах галузі трудового права.

При цьому автор зауважує, що визначення належності суспільних відносин, пов’язаних з працею, до тієї чи іншої галузі права залишається досить проблематичним. Певну складність становить розмежування цивільних і трудових відносин. З прийняттям Цивільного кодексу РФ, появою договорів, близьких до трудового, як, наприклад, договір послуги, проблема загострилась і набула принципового, навіть концептуального характеру... Постає питання про самостійність трудового права як галузі.<sup>22</sup>

Проблема, очевидно, не в належності *суспільних відносин*,

<sup>21</sup> Див.: Пугинский Б.И. О норме права // Вестник Моск. ун-та. Сер.11, Право.– 1999.– №5.– С.27.

<sup>22</sup> Див.: Бондаренко Э.Н. Об отраслевой принадлежности правоотношений, связанных с трудом // Журнал российского права.– 2000.– № 11.– С. 31, 35–36.

пов'язаних з працею, до галузі трудового права, або до іншої галузі права, а у визначенні галузевої належності тих чи інших юридичних норм, що регулюють дані суспільні відносини.

З цієї точки зору, скільки б не твердити про наявність чи відсутність у норми гіпотези, диспозиції та санкції, це аж ніяк не впливає на визначення галузі права, оскільки за цією ознакою (наявності або відсутності триланкової структури) усі норми розглядаються однаково, а отже, не дають підстави для їх диференціації взагалі. Навпаки, наявність у галузі права властивості визначати умови застосування галузевого законодавства, правила діяльності та міри відповідальності, на яку вказує Б.І.Пугинський, означає, що усі норми, до якої б галузі права вони не належали, мають дещо спільне, що однаково обумовлює вказану триедину властивість галузі. Отже, завдання полягає в тому, аби віднайти, виявити це спільне.

Цим однаковим, очевидно, є функціонування кожної юридичної норми як єдності трьох моментів процесу необхідності. У цьому процесі становлення юридичного закону як дійсного закону наявне буття окремих нормативних актів є чимось випадковим; своєї реальної, конкретної завершеності юридична норма набуває в нормативній одиницності, якою є юридичний обов'язок, у реальному виконанні якого здійснюється державна санкція юридичної норми.<sup>23</sup>

Але якщо наявне буття окремих нормативних актів з точки зору дійсності юридичного закону, як такого, є чимось випадковим, це означає, що фактичне вираження змісту юридичних норм у нормативних положеннях різних нормативних актів ніколи повно не відбиває необхідний зміст кожного з названих вище моментів юридичної норми. В одних випадках у сукупності нормативних положень, що становлять зміст відповідних норм, недостатньо відображається усе коло умов дії права (гіпотеза), в інших – механізм його гарантування (санкція), у третіх узаконюються суб'єктивні домагання (диспозиція), реальна можливість гарантування яких у даних умовах виявляється відсутньою або надто ускладненою, тощо.

Таким чином, законодавство стає неповним, неточним, викривленим відбиттям змісту юридичного закону, втіленого у системі юридичних норм, а разом з цим і галузевої диференціації правової системи. Не випадково тому дослідники сучасних правових систем по-різному класифікують юридичні норми, знаходячи у цих системах найрізноманітніший склад правових галузей.

Як підкреслюється в "Міжнародній енциклопедії порівняльного права", найбільш важливою класифікацією норм у системі романо-германського права

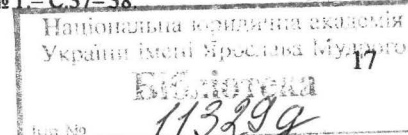
є поділ їх на норми публічного і приватного права. Сьогодні, за даними західних дослідників, налічується майже два десятки різного роду доктрин, які стосуються поділу норм на норми публічного і приватного права. Зрозуміло, що на процес класифікації значний вплив справляють різні фактори. Цим пояснюється, зокрема, те, що в межах навіть однієї правової сім'ї перелік галузей та інститутів права, віднесених до категорії публічноправових чи приватноправових, далеко не однаковий. Так, у Франції публічноправовими звичайно визнаються: конституційне право, адміністративне право, фінансове право і міжнародне публічне право; до приватноправових відносять "власне приватне право" (droit civil), комерційне право (що включає в себе також морське право), цивільне процесуальне право, кримінальне право, трудове право, сільськогосподарське право, право індустріальної власності, право інтелектуальної власності, лісове право, право соціального забезпечення, транспортне право, повітряне право, право, що регулює відносини у вугільній промисловості, і міжнародне статутне право. У Німеччині, на відміну від Франції, крім названих вище, галузями публічного права вважаються кримінальне право, кримінально-процесуальне і цивільне процесуальне право, система правових норм та інститутів, пов'язаних з банкрутством, церковне право і так зване "узгоджувальне право".<sup>24</sup>

Втім, як би по-різному не визначався склад галузей правової системи, вони не розглядаються авторами як рівноцінні, хоча за формальною логікою є однопорядковими явищами (див. наведені вище міркування С.Н.Братуся). Цю обставину теоретики пояснюють особливостями застосування критеріїв диференціації (предмета або методу), що не є переконливим аргументом. Разом з тим, якщо виходити з діалектичної логіки, галузі правової системи справді мають у правовій системі не однакове значення.

Якщо більш уважно поглянути на існуючі в світі правові системи, не можна не помітити певної закономірності, на яку дослідники права чомусь не звертають уваги (мабуть, через її очевидність), згідно з якою практично жодна з правових систем не обходиться без конституції (або конституційних законів) та кримінального кодексу (кримінальних законів). При цьому названі галузі законодавства (конституційне та кримінальне) мають досить певний стійкий предмет, що залишається тотожним у процесі галузевої диференціації (на відміну від таких "традиційних" галузей як цивільне та адміністративне законодавство, поряд з якими утворився, відокремившись від них, цілий ряд самостійних законодавчих галузей). Ця обставина пояснюється, очевидно, тим, що конституційним та кримінальним законодавством регулюються відносини в усіх сферах суспільного життя, тоді як усі інші галузі законодавства стосуються

<sup>23</sup> Див.: Ющик О.І. Законодавчі акти в системі законодавства України / Парламентська реформа: теорія і практика. Збірн.наук.праць.– К., 2001.– С.151–153.

<sup>24</sup> Див.: Марченко М.Н. Отличительные особенности романо-германского права // Вестник Моск. ун-та. Сер.11, Право.– 2000.– № 1 – С.37–38.



кожна лише окремої сфери (сфер) останнього.

Відмінність між названими двома галузями полягає в тому, що конституційне законодавство у загальній, найбільш концентрованій формі визначає зміст юридичних норм у цілому, в усіх моментах норми, встановлюючи таким чином правові начала та межі правового регулювання існуючої системи суспільних відносин; а кримінальне законодавство визначає у концентрованій формі лише частковий, специфічний зміст санкції юридичних норм, до того ж лише один вид санкції (кримінальне покарання) за найбільш істотні (злочинні) порушення існуючих юридичних норм.

Наявність вказаної тотожності предметної сфери, що охоплюється конституційним і кримінальним законодавством (на відміну від інших галузей) настільки очевидна, що дає привід деяким авторам визнавати кримінальне право галуззю конституційного. Наприклад, В.Г.Беляєв вважає, що кримінальне право (в позитивному сенсі) є винятковою галуззю конституційного права, яка регулює надзвичайні міри охорони найважливіших інтересів і благ від надзвичайних посягань на них (злочинів). Кримінальне право (репресивне або негативне) – виняткова галузь конституційного права, яка регулює застосування надзвичайних заходів боротьби (покарань) з надзвичайними правопорушеннями (злочинами).<sup>25</sup>

У зв'язку з цим постає питання про визначення місця кримінального права в системі права взагалі

Кримінальне право як соціальне явище, відзначає В.В.Мальцев, на відміну від кримінального законодавства... не може бути визначене поза зв'язками з факторами, що його обумовлюють, без вказівки на його соціальне призначення і на реальні форми його суспільного існування. Кримінальне право – це дійсне соціальне явище і тому його поняття повинно відображати причини його виникнення, призначення, зміст і механізм впливу на поведінку людей.<sup>26</sup>

Виходячи з цього, автор визначає кримінальне право як обумовлену суспільно небезпечною поведінкою людей і призначену для охорони найважливіших суспільних відносин галузь права, яка містить у собі систему правових норм, що визначають коло суспільно небезпечних і таких, що визнані злочинними, діянь, умови призначення, вид і розмір покарань, які застосовуються за вчинення таких діянь. Охорона обумовлених соціальним устроєм суспільства відносин здійснюється через відносини, що виникають на підставі кримінально-правових норм і вчинення злочинів, між державою та громадянами, і регулюють правила поведінки, зміст і застосування мір кримінальної відповідальності у разі порушення громадянами цих правил. Кримінальне право, зазначає далі автор, тісно пов'язане з іншими галузями права, існує, реалізується лише в системі галузей права. Тому і розуміння кримінального права без усвідомлення його місця в такій системі не буде повним. Навряд чи треба доводити, пише він, що усвідомлення змісту і характеру міжгалузевих зв'язків криміна-

льного права слід починати з розгляду його зв'язку з конституційним правом. Виходячи з пріоритету конституційних норм, що мають “вищу юридичну силу, пряму дію”, слід визнати, вважає автор, що “зв'язок між ними і нормами кримінального права має вертикальний характер”.<sup>27</sup>

Разом з тим, продовжує він, треба мати на увазі, що конституційне право виступає і як пріоритетне, і як виток щодо кримінального права в основному з тієї причини, що саме в ньому відбивається найважливіший зріз “практики як реального суспільного життя”, закріплюється система суспільних відносин існуючого суспільства. Іншими словами, зазначає автор, у Конституції в концентрованій формі відображається реальний об'єкт кримінально-правової охорони. І якою мірою це відображення відповідає дійсності, наскільки широко воно охоплює сфери суспільного життя, такою мірою і настільки Конституція впливає на кримінальне право. Звичайно, і конституційні норми, що неповно відображають реальні згаданого об'єкта, впливають на зміст кримінально-правових норм. Однак цей вплив, по-перше, послаблюється безпосереднім впливом на кримінальне право його соціального субстрату (суспільно небезпечної поведінки людей) і, по-друге, набуває неадекватної, викривленої форми, “спотворює” кримінальне законодавство.<sup>28</sup>

Оскільки, за словами автора, конституційне право створюється людьми, воно може мати більший або менший соціальний потенціал. Але у будь-якому випадку уже через своє верховенство над іншими законами конституційне право здатне і слугувати причиною зміни кримінального законодавства, і породжувати такі, що не відповідають соціальним реаліям, кримінально-правові норми. Таким чином, підсумовує В.В.Мальцев, характер міжгалузевого зв'язку кримінального і конституційного права виражається в односторонньому (“вертикальному підпорядкуванні”) впливі норм конституційного права на зміст і структуру кримінального права. Зі змістовного боку цей зв'язок може бути розглянутий у двох аспектах: соціальному і юридичному. Соціальний аспект обумовлений змістом відображених у Конституції реальних соціальних явищ і за способом впливу на кримінальне право нагадує відношення між об'єктом кримінально-правової охорони та кримінальним законодавством. Юридичний аспект визначається пріоритетом конституційних норм над кримінально-правовими, а отже, і обов'язком, що виникає у законодавця та суб'єктів правозастосування, дотримуватися вимог конституційних норм і у сфері кримінальної правотворчості, і у сфері застосування кримінального законодавства. Кримінальне право у свою чергу здійснює пріоритетну охорону закріплених у Конституції соціальних цінностей.<sup>29</sup>

Насамперед, зауважимо, що автор не виходить за межі традиційних уявлень теоретиків, якими юридична норма хронічно ототожнюється з нормативними положеннями, що текстуально відображають норму в різних нормативних актах. Відтак, виглядає непереконливою його критика точки зору про кримінальне право як виняткову галузь конституційного права.

<sup>25</sup> Див.: Беляєв В.Г. Применение уголовного закона. – Волгоград, 1998. – С.34.

<sup>26</sup> Див.: Мальцев В.В. Понятие и место уголовного права в системе отраслей права // Государство и право. – 2000. – № 5. – С.50– 51.

<sup>27</sup> Там само.

<sup>28</sup> Там само. – С. 51– 52.

<sup>29</sup> Там само. – С. 52.

Навіть гіпотетично вважати кримінальне право, заявляє В.В.Мальцев, галуззю конституційного права (при тому, що воно дійсно охороняє систему суспільних відносин, закріплених у Конституції) не лише теоретично неправильно, але й шкідливо у практичному відношенні, бо з такої позиції галузь права, яка справді містить норми, що мають вищу юридичну силу, немовби “розчиняється” у тих галузях права, які стоять нижче її в ієрархічній системі, а Конституція “розбирається” на окремі норми, втрачає свій зміст і самостійне значення... Кримінальне право не є якоюсь винятковою галуззю права хоча б уже тому, що таке твердження рівнозначне вимозі виведення кримінального права за рамки єдиної системи галузей права, орієнтуванню судів на вибір найбільш жорстких покарань.<sup>30</sup>

Справді якщо не вважати, що конституційне право “поглинає” усю систему права, то йому залишається бути окремою галуззю права; отже, кримінальне право некоректно розглядати як “виняткову галузь конституційного права”, тобто галузь у галузі Разом з тим, “вертикальний”, “підпорядковувачий”, “ієрархічний” характер зв’язку між двома названими галузями неможливо пояснити тим, що конституційна галузь “містить норми, що мають вищу юридичну силу”. Адже юридична сила не є іманентною властивістю юридичної норми, вона виступає як юридична сила *нормативного акта*, як верховенство його обов’язковості порівняно з іншими актами. Якщо, наприклад, у звичайному законі відтворюється певне конституційне положення, то це не означає, що воно має одну й ту саму юридичну силу в конституції і звичайному законі (в останньому це положення взагалі має не нормативний, а інформативно-технічний характер).

З тієї обставини, що Конституція є актом вищої юридичної сили порівняно з Кримінальним кодексом, впливає тільки те, що нормативні положення, які містяться в останньому, повинні узгоджуватися з відповідними конституційними положеннями, а у разі їх невідповідності мають застосовуватися положення Конституції. Ця властивість конституційних положень не дозволяє їм “розчинитися” у будь-яких інших положеннях актів, що стоять нижче конституції в ієрархії нормативних актів.

Отже, справа не в “ієрархії” правових норм або правових галузей, як вважає В.В.Мальцев, і не в тому, що кримінальне право є галуззю, норми якої охороняють найважливіші суспільні інтереси і блага від злочинних посягань. З точки зору юридичного закону *всі* інтереси, санкціоновані державою, тобто “зведені в закон”, є “найбільш важливими”, оскільки усі вони мають загальносуспільне значення (інакше вони не були б юридичним законом). Іншого *об’єктивного* критерію визначення “найбільшої важливості” інтересів, що реалізуються через право, теорією не запропоновано. Навпаки, у літературі висловлюва-

<sup>30</sup> Там само. – С.51.

лася критика з цього приводу у зв’язку з визначенням критерію розмежування суб’єктивного права та законного інтересу.<sup>31</sup>

Суть справи в даному випадку полягає у тому, що *одна й та сама юридична норма*, як “первинна клітина” юридичного закону, визначена в *загальній формі* у конституційному законі, в процесі ієрархічної нормативної спеціалізації *конкретизується* у спеціальному (кримінальному) законі в *частині санкції цієї норми*, пов’язаної зі злочинними порушеннями останньої. Іншими словами, кримінальний закон виступає як законодавчий акт, нормативні положення якого визначають санкцію окремої юридичної норми, передбаченої конституцією, в її *конкретизованому* (спеціальному) вираженні, а саме, у вигляді нормативних положень про злочинні порушення цієї норми і покарання за них. Сукупність таких положень кримінального закону становить окрему (спеціальну) галузь законодавства, яку традиційно називають “кримінальне право”.

Зрозуміло, однак, що міжгалузеві зв’язки кримінального права не обмежуються його “вертикальним підпорядкуванням” конституційному праву, оскільки юридичні норми, що містять кримінальну санкцію, відображають різноманіття вихідних суб’єктивних прав у правовій системі, що відбивається в *предметній* диференціації цих норм (“горизонтальний аспект”). Інакше кажучи, юридичні норми, санкції яких об’єднані у кримінальному праві, мають різні диспозиції, представляють різноманітні узаконені суб’єктивні домагання (і отже, інтереси, що виражаються в них), які за своїм предметним визначенням належать до різних сфер суспільного життя та утворюють різні галузі правової системи. Разом з тим, названі узаконені домагання гарантуються державою і захищаються від їх порушення не лише у кримінально-правовий спосіб, а, отже, санкції юридичних норм не обмежуються тільки тими, що об’єднані у кримінальному праві. За словами В.М.Кудрявцева, немає потреби підкреслювати ту загальновідому обставину, що державне визнання правила поведінки тягне за собою встановлення відповідних правових гарантій, юридичних санкцій, форм та підстав відповідальності тощо, що робить право ефективним інструментом державного управління суспільством.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Див., наприклад: Малєин Н.С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. – 1980. – № 1. – С.31–32. Досить ознайомитися, зазначає автор, з нормами цивільного та інших галузей законодавства, аби переконатися, що поряд з важливими інтересами в якості суб’єктивних прав закріплені й менш суспільно значущі порівняно з тими, які відносяться до законних інтересів. Автор називає критерій “важливості” неприйнятним.

<sup>32</sup> Див.: Кудрявцев В.Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. – 1980. – № 2. – С.15.

Таким чином, виникає розгалужена складна мережа внутрішньо-системних зв'язків кримінального права у рамках правової системи.

Горизонтальні зв'язки характеризують відношення кримінального права з більшістю інших галузей права. На думку В.В.Мальцева, із змістовної сторони можна виділити два типи таких зв'язків: 1) обумовлені суспільно небезпечною поведінкою людей; 2) такі, що визначаються необхідністю кримінально-правової охорони суспільних відносин, які становлять предмет регулювання інших галузей права. Злочин і проступки – це виявлення єдиної суспільно небезпечної поведінки. Водночас саме єдина суспільно небезпечна поведінка і зв'язує кримінальне право з тими галузями права, які тією чи іншою мірою обумовлені таким різновидом суспільно небезпечної поведінки, як проступок. Оскільки різні види суспільно небезпечної поведінки характеризуються єдиною спрямованістю на порушення суспільних відносин, що охороняються правом, таким галузям права властиві й охоронювальні функції. Насамперед, це твердження стосується адміністративного і цивільного права (у широкому значенні останнього, тобто включаючи не лише власне цивільні, але й іменні трудові тощо правопорушення).

Звичайно, зауважує автор, “спорідненість” кримінального кодексу та кодексу про адміністративні правопорушення обумовлено єдністю суспільно небезпечної поведінки та завданнями цих нормативних актів, що полягають в охороні суспільства від суспільно небезпечних діянь. Проте не можна заперечувати й того очевидного впливу, який справляло і справляє кримінальне право на формування і функціонування адміністративного права, як і навпаки, не менш сильного впливу останнього на кримінальне право. Взаємний вплив (“тяжіння”) цих двох галузей права ґрунтується і на частковому збігові предметів правової охорони, оскільки нерідко злочин та адміністративний проступок відрізняються між собою лише тяжкістю шкоди, завданої одному й тому ж об'єкту.<sup>33</sup>

Схоже, однак, що “спорідненість” кримінального кодексу та кодексу про адміністративні правопорушення впливає з того, що обидва містять нормативні положення, які належать до *одного й того ж елемента юридичних норм* (значною мірою, однорідних норм), а саме – до *санкцій* норми, яка (санкція) пов'язана з порушенням даної норми; а відмінність їх між собою визначається *формою* санкції: кримінальна (більш жорстка) чи адміністративна (менш жорстка) санкція за правопорушення.

Адміністративне право ближче до кримінального права, ніж усі інші галузі права, через те, що серед норм адміністративного права значне місце займають норми про відповідальність за адміністративні правопорушення. Крім того, адміністративно-правові санкції і за змістом, і за суворістю більше ніж санкції інших галузей права наближаються до деяких кримінальних покарань (арешт – до позбавлення волі, адміністративний штраф – до кримінально-

правового штрафу тощо<sup>34</sup>).

Розглядаючи кримінальне та адміністративне право як “охоронювальні” галузі, В.В.Мальцев водночас визнає їх “окремими галузями (підсистемами) права, які самостійно виконують свої завдання”. Тому, за його словами, одна з найскладніших і актуальних проблем їх взаємодії – встановлення галузевої належності норм, що застосовуються при охороні *спільної сфери суспільних відносин*, до кримінального чи адміністративного права.<sup>35</sup> Звичайно, визначити галузеву належність юридичної норми, положення якої містяться і в Конституції, і в одному з галузевих законів, і в кодексі про адміністративні правопорушення, і у кримінальному кодексі досить непросто, особливо якщо настійливо плутати нормативні положення різних актів з юридичною нормою, яку вони виражають лише у своїй сукупності.

Навпаки, цивільне право, на думку названого автора, “загалом не може бути охарактеризоване як “охоронювальна галузь права”, оскільки крім зв'язків, обумовлених єдністю суспільно небезпечної поведінки, набагато більше цивільне право пов'язане з кримінальним правом необхідністю кримінально-правової охорони суспільних відносин, що становлять предмет цивільно-правового регулювання. Це саме та матеріальна галузь права, яка призначена для кримінально-правової охорони”. Разом з тим, зауважує він, було б помилкою не враховувати змісту першого з названих типів зв'язку між кримінальним і цивільним правом, оскільки саме в цій площині можуть бути правильно вирішені питання розмежування майнових злочинів і цивільно-правових деліктів, співвідношення та змісту кримінально-правових і цивільно-правових санкцій, в цілому усунені колізії, що існують та виникають між даними галузями права. При охороні суспільних відносин, врегульованих цивільним правом, не можна не враховувати характеру цих відносин (об'єкта кримінально-правової охорони), а отже, і змісту цивільно-правових норм. Тому цивільному праву тут належить певний пріоритет над кримінальним правом, однак такий “змістовий” пріоритет не переростає у вертикальні відносини “підпорядкування”, оскільки юридична сила даних галузей права однакова.<sup>36</sup>

З наведених міркувань можна зробити висновок, що їх автор нечітко уявляє зміст юридичної норми. Об'єктом кримінально-правової охорони (кримінальної санкції) *безпосередньо* виступає *предмет даної норми*, тобто її диспозиція, і лише *опосередковано* – через нормативне визначення – вказані суспільні відносини, що визначені в диспозиції норми, яка й забезпечується її санкцією.

<sup>34</sup> Див.: Наумов А.В. Реализация уголовного права и деятельность следователя. – Волгоград, 1983. – С.38.

<sup>35</sup> Див.: Мальцев В.В. Понятие и место уголовного права в системе отраслей права. – С.53. Не випадково, говорячи про зв'язок між кримінальним та адміністративним правом як галузями права, автор фактично розглядає співвідношення двох згаданих кодексів, хоч галузь адміністративного права не обмежується законодавством про адміністративні правопорушення.

<sup>36</sup> Там само. – С.54.

<sup>33</sup> Див.: Мальцев В.В. Понятие и место уголовного права в системе отраслей права. – С.52–53.

Досить нагадати, що “характером відносин” *однаково* визначаються як їх цивільно-правове регулювання, так і кримінально-правова охорона, оскільки дані відносини є *одним і тим же об'єктом правового регулювання*, незалежно від галузевої диференціації юридичних норм. Зрозуміло тому, що диспозиція норми має “пріоритет” перед санкцією, однак його природу не варто шукати в неіснуючій “юридичній силі” галузей права, про що уже було сказано.

Продовжуючи характеристику міжгалузевих зв'язків кримінального права, В.В.Мальцев далі зазначає, що до числа “вертикальних” відносять зв'язки кримінального права з кримінальним процесом та кримінально-виконавчим правом. Однак, вважає він, міжгалузеві зв'язки кримінальним і кримінально-процесуальним правом, як найбільш широкі і насичені в соціальному плані, просто не можуть бути виражені через окремі залежності, що існують між вказаними галузями, або окремі, нехай і досить значущі та об'ємні інститути кримінального права (“кримінальної відповідальності”, “вини” тощо). Тому він робить висновок, що “в аспекті міжгалузевих зв'язків кримінально-процесуальне право є не чим іншим, як *однією з форм* (проявів) реалізації кримінального права”. Іншими формами автор вважає правомірну поведінку громадян, не пов'язану з застосуванням кримінально-правових і, отже, кримінально-процесуальних норм, та кримінально-виконавче право. Кримінальний закон визначає спільність цілей і завдань, принципів правового регулювання суспільних інститутів і норм кримінального та кримінально-виконавчого законодавства, єдність понятійного апарату. Цей зв'язок кримінального права з кримінально-виконавчим правом, як і з кримінально-процесуальним, у цілому можна охарактеризувати як односторонній вертикальний зв'язок реалізації кримінального права у названих галузях права.<sup>37</sup>

Отже, за логікою автора виходить, що в одному випадку “вертикальний” характер міжгалузевого зв'язку визначається різною “юридичною” силою галузей права (конституційне і кримінальне право), а в другому випадку – пов'язується з визначенням галузей як “змістовних” і “формальних”, оскільки “юридична сила” у них однакова, але одні галузі стають “формою реалізації” інших (кримінальне право та кримінально-процесуальне і кримінально-виконавче право). В усіх інших випадках міжгалузеві зв'язки кримінального права мають “горизонтальний” характер, в тому числі з: а) галузями, яким властиві охоронювальні функції; б) галузями, що потребують кримінально-правової охорони. При цьому з'ясовується, що адміністративне та цивільне право знаходяться з кримінальним правом у міжгалузевих зв'язках обох типів.

Але якщо це так, то зв'язок типу “б” означає зв'язок кримінальної санкції з адміністративно-правовою або ж цивільно-правовою диспозицією *однієї й тієї ж* норми адміністративного чи цивільного права, тобто органічний “вертикальний” зв'язок, обумовлений *структурою юридичної норми*. Такий зв'язок кримінальне право має з усіма галу-

зями права (включаючи конституційне, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче), юридичні норми яких воно охороняє від *злочинних порушень*. Навпаки, зв'язок типу “а” – це зовнішній зв'язок різних *видів* санкцій, що належать до *єдиної* санкції норми; отже, тут йдеться про “горизонтальний” зв'язок у рамках одного й того ж *елемента* норми. Набір видів санкцій норми залежить від особливостей її предмета та необхідності охорони даної юридичної норми від порушень, незалежно від того, до якої галузі права вона належить.

Виявляється, таким чином, що *усі міжгалузеві зв'язки кримінального права в межах правової системи зводяться до “вертикальних” зв'язків кримінальних санкцій з диспозиціями тих норм різних галузей права, які потребують кримінально-правової охорони, або до “горизонтальних” зв'язків кримінальних санкцій з іншими видами санкцій в межах єдиної санкції одних і тих же юридичних норм*. У першому випадку мова йде про кримінально-правову охорону від порушень юридичних норм саму по собі безвідносно до інших форм нормативно-правової охорони останніх; у другому випадку – про кримінально-правову охорону в її *співвідношенні* з іншими нормативно-правовими формами охорони цих норм (адміністративними, цивільно-правовими, дисциплінарними, господарськими тощо санкціями). Перші зв'язки обумовлюють *якісну* (змістовну) визначеність кримінального права, другі – його *кількісну* (формальну) визначеність.

А проте сама лише проста сукупність названих міжгалузевих зв'язків кримінального права не дає уявлення про його *цілісну* галузеву визначеність, оскільки залишається невідомо, яким чином визначені кількісно і якісно кримінальні санкції юридичних норм, належних до різних галузей права, утворюють *єдність кримінального права як окремої галузі права*.

Взагалі питання про *кількісну* та *якісну* визначеність галузі правової системи в їх *органічній єдності* чомусь не розглядається теоретиками, хоча без його вирішення говорити про визначеність будь-якої галузі як *окремого предмета* розгляду немає достатніх логічних підстав. Схоже, однією з причин цього є те, що уявлення про предмет правового регулювання (як підставу для визначення галузі права) не узгоджується з уявленням про галузь права як певну сукупність юридичних норм. Справді якщо визнати, що вказаний предмет становлять суспільні відносини, які підлягають правовому регулюванню, то виявиться, що особливості цих відносин не є *безпосередньою* кваліфікуючою ознакою *правової галузі* (зважаючи на те, що вказані відносини взагалі не належать до сфери права, а є *самостійним об'єктом* регулювання як права, так і моралі та інших соціальних ре-

<sup>37</sup> Там само. – С. 54–55.

гуляторів).<sup>38</sup>

Оскільки, як вважається, галузь права утворюється певною сукупністю юридичних норм, то саме особливостями цих норм має визначитися самостійний характер тієї або іншої правової галузі. З цього випливає, що предметне визначення галузі права *безпосередньо* зводиться до предмета у правовому регулюванні (тобто, предмета юридичної норми), а не “предмета правового регулювання” у значенні зовнішнього об’єкта, на який орієнтується норма (суспільні відносини тощо). А це, у свою чергу, означає, що з визнанням як предмета у правовому регулюванні *диспозиції* юридичних норм (тобто санкціонованих державою суб’єктних прав та відповідних юридичних обов’язків)<sup>39</sup> не що інше, як *певне коло вихідних прав, і становить основу утворення тієї чи іншої галузі права*, єдиний предмет галузевої диференціації правової системи.

Найвизність єдиного предмета правового регулювання для усієї системи права в цілому, вважає В.Д.Сорокін, – факт, що не викликає сумнівів, якщо право розглядати як цілісність, яка об’єднує відповідні елементи всіх рівнів її структури.<sup>40</sup> Втім, називаючи єдиним предметом правового регулювання “суспільні відносини соціально-правового середовища”, автор, схоже, не вбачає різниці між вказаним предметом і предметом у правовому регулюванні, тобто предметом юридичних норм, який *безпосередньо* диференціюється на правові галузі.

З практичною та науковою метою, зауважує Л.Б.Тіунова, класифікація норм може здійснюватися за різними підставами, проте структура права повинна ґрунтуватися не на будь-якому поділі суспільних відносин, а лише на такому, який враховує їх державно-правове значення та юридичну специфіку. Структура права повинна, по-перше, охопити увесь обсяг відносин, що регулюються правом, по-друге, поєднувати в юридичному критерії об’єктивний, логічний та оціночний аспекти.<sup>41</sup> Залишається додати, що таким юридичним критерієм якраз і є реальний зміст диспозиції юридичної норми, уся сукупність вихідних прав, а завершена *цілісна система* суспільних відносин, що має певну галузеву диференціацію і як *такий об’єкт* підлягає правовому регулюванню, існує лише в уяві теоретиків права.

Звідси постає питання: що об’єднує різні вихідні права, визначені диспозиціями відповідних юридичних норм, в окрему галузь права?

<sup>38</sup> Сучасна наука, виділяючи способи регулювання організації виробництва, що визначають поведінку людей на етапі виробляючої економіки, розрізняє, як відзначено в літературі, шість таких регуляторів: 1 – біолого-психологічний, 2 – шлюбно-сімейний, 3 – корпоративно-груповий, 4 – міфолого-релігійний, 5 – правовий і 6 – моральний (див.: Думанов Х.М., Першиц А.И. Мононорматика и начальное право // Государство и право. – 2000. – № 1. – С.100).

<sup>39</sup> Див.: Ющик А.И. Правовая реформа как способ преобразования (реорганизации) институтов государства / Дисс. на соиск. науч. ст. канд.юридич. наук. – К., 1996. – С.47–49.

<sup>40</sup> Див.: Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс. – С.37.

<sup>41</sup> Див.: Тіунова Л.Б. Система правовых норм и отраслевое подразделение права. – С.66.

Очевидно, таким об’єднуючим моментом є *узагальнена (родова) форма* вихідного права, що виступає як конституційне, сімейне, земельне, трудове, адміністративне, цивільне, кримінальне, фінансове право, право соціального забезпечення, комерційне, сільськогосподарське, лісове, транспортне, повітряне, морське право, міжнародне право, церковне право та інші. Ця узагальнена форма вихідного права є *консолідованим вираженням* сукупності окремих вихідних прав (отже, відповідних юридичних норм), пов’язаних однією спільною специфічною *суттєвою ознакою*, що *змістовно* об’єднує вказану сукупність прав навколо їх спільного визначення.

Насправді, зазначає Л.Б.Тіунова, спільною властивістю, що з’являється на рівні численності норм, можна вважати фіксацію змісту правового регулювання – упорядкування суспільних відносин, які визнані та охороняються державою, та заходів щодо їх забезпечення, охорони організованим примусом... У реальній дійсності формування нормативно-правового масиву відбувається в різних конкретно-історичних умовах під впливом багатьох різноманітних соціальних факторів. Нормотворча діяльність держави стосовно завдання цілісного регулювання усієї системи суспільних відносин виявляється скоріше хаотичною, ніж планою чи системною, оскільки переслідує безпосередні завдання, виражаючи волю найперше конкретних суб’єктів правотворчості. Основна і визначальна у кінцевому підсумку передумова системності правових норм – єдність та цілісність реальних відносин – діє на процес перетворення поступово, опосередковано, лише як загальна тенденція.<sup>42</sup>

Справді, якщо мова йде про вихідні права (тобто, узаконені суб’єктивні домагання) *членів сім’ї*, то усе коло юридичних норм, предмет яких становлять ці права, утворює *сімейне право*; права, що пов’язані з *працею*, об’єднуються у *трудова права*; права суб’єктів у сфері *адміністративного управління* об’єднуються в *адміністративне право*; права держави на застосування *кримінальних санкцій* за злочини в різних сферах суспільного життя утворюють єдине *кримінальне право*, а сукупність *цивільних прав* утворює галузь *цивільного права*; права на *соціальне забезпечення* у своїй сукупності утворюють *право соціального забезпечення*; сукупність прав різних суб’єктів на *землю* або інші *природні ресурси* утворює *земельне (водне, лісове тощо) право* і т.д.

Як такі *консолідовані* узагальнені вираження, вказані права набувають форми *позитивного права* (законного права), утворюючи кожного разу *особливу галузеву структуру* єдиної правової системи, виступаючи як особливий у кожному випадку кількісний і якісний склад правових галузей.

Кількість галузей права в сучасних державах, відзначає Л.Б.Тіунова, зростає з багатьох причин, в тому числі внаслідок ускладнення відносин, їх диферен-

<sup>42</sup> Там само. – С. 65.

ціації Нові галузі права утворюються на стику кількох галузей, в межах однієї з них або складаються цілком самостійні галузеві утворення. Зараз уже немисливо говорити про якісь єдині критерії галузевої диференціації права (норм). Навіть дотримуючись обережнішої позиції, виділяючи досить обмежену кількість галузей, знайти такі об'єктивні критерії досить складно. Але якщо це так, то галузі не можуть бути представлені як більш-менш стабільні, а тим більше закономірні елементи системи права, і являють собою лише його відносно стійкі автономні утворення. Якщо ми, продовжує автор, візьмемо увесь обсяг правових норм, які діють у тій чи іншій країні, то жодна описана в літературі галузева структура не охопить його повністю. Галузі права опосередковують не всі відносини, що регулюються правом, а виділяють їх вибірково. З цього, на думку автора, випливає, що структура права на рівні галузей не може розглядатися як система права, а галузь – як її елемент. Аналіз же конкретних галузей права показує, що якраз традиційний критерій їх виділення (вид суспільних відносин) тут не витриманий.

(Так, пише Л.Б.Тіунова, цивільне право регулює не лише майнові, але й особисті немайнові відносини. У той же час значна частина майнових відносин випадає зі сфери цивільного права і опосередковується адміністративним, сімейним, трудовим, земельним, фінансовим тощо законодавством. Очевидно, що межі такого давнього, на перший погляд стійкого, предмета цивільного права виявляються розмитими. Кримінальне право взагалі не має свого матеріального предмета регулювання і відрізняється від інших галузей за способом (методом) впливу – санкції кримінально-правових норм чітко віддиференційовані. Це пояснюється аж ніяк не предметом регулювання, а суспільною небезпечкою поведінки, що відхиляється, з юридичної точки зору – видом правопорушення, характером протиправності. Отже, тут класифікаційна ознака – вид відповідальності, а не вид відносин. Немає необхідності доводити, що автономія процесуальних відносин пов'язана з існуванням особливої форми застосування права. Адміністративне право регулює управлінські відносини, проте це – неодмінний компонент владних відносин у широкому сенсі слова, організація яких у сучасному суспільстві закріплюється конституційним або державним правом. Управлінські відносини властиві і господарській діяльності, в тому числі виробництву, плануванню, фінансам, транспорту, зв'язку тощо. Ще більш проблематичний предмет державного права. Дана галузь опосередковує відносини щодо організації влади, однак конституційні норми закріплюють основні права та обов'язки громадян у різних сферах життя, тобто в загальному вигляді регулюють різноманітні види відносин.

Таким чином, робить висновок автор, виявляється, що одні галузі права ніби опосередковують єдиний предмет регулювання, проте лише в основному, а не повністю. Другі віддиференційовані за державною функцією (влада, управління, правосуддя), треті – за характером

юридичної відповідальності<sup>43</sup>).

Спроби доповнити основний критерій галузевої диференціації норм права додатковим – методом регулювання – не внесли ясності у вирішення питання. Для більшості визнаних нині галузей права, продовжує Л.Б.Тіунова, характерним є сполучення способів регулювання (трудова, колгоспна, космічна, природоохоронна тощо). Але ж сама наявність “особливого сполучення” методів, за словами автора, лише підтверджує, що чіткого методу регулювання жодна галузь не знає, за винятком, хіба що, цивільного та адміністративного права. З точки зору методу досить стабільним є поділ права на публічне та приватне, однак такого не було у минулому при азійському способі виробництва, і взагалі при феодальному, немає його і в сучасному так званому англосаксонському праві (Англія, США, Канада, Австралія, Нова Зеландія тощо). Зі сказаного цілком очевидно, що “прив'язка” галузей права до методу правового регулювання проблематична. Марні й спроби вивести єдиний критерій для галузевих утворень права. Цілком можливо, підсумовує автор, що галузевий поділ права, а також автономні утворення кількох галузей (публічне та приватне, матеріальне і процесуальне право) швидше представляють підрозділ діючої в країні або на міжнародній арені правової системи, ніж просто диференціацію норм. Це стосується й інститутів права, як галузевих, так і міжгалузевих. В основі такої відокремленості лежить об'єктивна розділеність соціальної діяльності, що набуває в даних історичних умовах важливого значення для держави. Відтак, на формування галузей права впливають одночасно і об'єктивний (відокремлення відносин, диференціація діяльності), і суб'єктивний (їх значущість для забезпечення панування класу або народу) фактори.<sup>44</sup>

Таким чином, підсумовуючи наведені вище уявлення, можна зробити висновок, що предмет і метод правового регулювання в їх “традиційному” розумінні, яке стало пануючим у теорії права в останні десятиліття, виявилися настільки ненадійними критеріями галузевої диференціації юридичних норм, що дали привід деяким авторам заперечувати взагалі наявність єдиного критерію такої диференціації. А між тим, існування значної кількості різних юридичних норм, об'єднаних в одну правову систему, є достатньою передумовою їх диференціації; а визнання необхідності зазначеної галузевої диференціації безумовно передбачає її єдиний критерій, і такий критерій справді існує. Цим єдиним критерієм є предмет юридичних норм – те, що властиве усім без винятку нормам (неможливо уявити безпредметну норму), але, разом з тим, змінюється від однієї норми до іншої. То-

<sup>43</sup> Там само. – С.66–67.

<sup>44</sup> Там само. – С.67–68. Не без підстав критикуючи логічну хибність “традиційних” критеріїв галузевої диференціації права, автор у наведеній аргументації не завжди переконлива. Це стосується “безпредметності” кримінального права, відсутності відносин, що становлять об'єкт його регулювання, надто “широкого” розуміння управлінських відносин та загального висновку про “марність спроб вивести єдиний критерій для галузевих утворень права”.



му навряд чи можна погодитися з категоричним твердженням Л.Б.Тіунової, що, всупереч традиційним уявленням, галузевий поділ права не має єдиного критерію, охоплює не лише юридичні норми і не тотожний їх системі.<sup>45</sup> Цей висновок орієнтується на поверхові уявлення про право, “систему права” та “правову систему”, зокрема, уявлення про те, що категорія “правова система” вважається “набагато ширшою” за поняття “система права”, оскільки “вона характеризує не лише стан та взаємозв’язок галузей права, тобто систему права, але й розвиток і структуру законодавства – систему законодавства, а також визначає сукупність правових установ у державі і в першу чергу, судову систему”.<sup>46</sup>

### § 3. Про “два поверхи” галузевої диференціації права

Оскільки галузі права розглядаються як більш-менш усталені автономні нормативні утворення, що спостерігаються в будь-якій правовій системі, виступаючи як загальна внутрішня будова останньої, то це не виключає диференціації *самих галузей* за ознаками, відмінними від тієї, що є галузеутворюючою ознакою (юридичних норм, які складають певну предметну спільність – те чи інше позитивне право). Відтак, у правовій системі складається група *процесуальних галузей* і група галузей так званого *матеріального права*. За ще одним критерієм галузі правової системи розподіляються на дві великі “галузеві сім’ї” – приватного та “публічного права”. Можливість різних варіантів системи права, відзначав В.К.Райхер, обумовлена тим, що правові норми можуть систематизуватися за різними своїми ознаками, а також тим, що можливі варіації навіть відносно однієї й тієї самої ознаки, наприклад, предмета регулювання.<sup>47</sup>

Ми не будемо тут зупинятися на проблемах співвідношення публічного і приватного права (про це трохи далі), матеріального і процесуального права, а розглянемо докладніше існуючі в теорії уявлення про “дві категорії” галузей права, так звані основні та комплексні галузі.

Думка про те, що система права диференціюється на дві категорії галузей – основні та комплексні – вперше була висловлена В.К.Райхером у 1947 р. Через десять років ця ідея була підтримана Ю.К.Толстим, який, за

<sup>45</sup> Там само.

<sup>46</sup> Див.: Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства. – С.22. На це можна зауважити, що без юридичних норм немає законодавства, як і останнє є лише формою втілення юридичних норм. Правовідносини і правосвідомість також не існують поза юридичними нормами, як їх змістовною основою. А що стосується “правових установ”, то це складова *держави*, а не *права*, яка впливає на функціонування останнього як зовнішня для нього умова.

<sup>47</sup> Див.: Райхер В.К. О системе права. – С.69.

словами О.О.Красавчикова, висвітлює її найбільш чітко і ґрунтовно. Ю.К.Толстой вбачає такі відмінності між основними та комплексними галузями права. По-перше, кожна основна (самостійна) галузь права характеризується предметною єдністю, а комплексні галузі позбавлені такої єдності, оскільки регулюють різнорідні відносини. По-друге, до складу основних галузей не можуть входити норми інших галузей права; навпаки, комплексна галузь складається з норм інших (основних) галузей права. По-третє, кожній основній галузі права властивий свій специфічний метод регулювання, тоді як комплексна галузь використовує ряд методів правового регулювання, запозичених з основних галузей. Нарешті, основні галузі займають певне місце в системі права, тоді як комплексні галузі ніякого місця в системі права не посідають; їм відводиться лише умовне місце (залежно від цілей систематизації) при систематизації права.<sup>48</sup>

(Ю.К.Толстой та інші прибічники даної концепції, на думку автора, безпідставно вживають термін “галузь” щодо явища, котре таким не є. Двозначність терміна “галузь” створює неправильне уявлення, ніби комплексне (сформоване з суб’єктивних міркувань) зібрання текстів правових норм, хоча й не самостійна (“основна”), але тим не менш комплексна галузь. Отже, міркування про існування “комплексних галузей” права (так само і законодавства), за словами автора, базується на непорозумінні або, як кажуть математики, на некоректному використанні термінології. Це веде до плутанини понять, ускладнення й без того складних проблем. У кінцевому підсумку дана концепція практично знімає наукове дослідження системи права і системи законодавства (Там само). Звичайно, не просто знайти *реально існуючим* галузям правової системи місце в уявних, надуманих “системах”, які не мають відношення до дійсної правової системи, а тим більше “науково досліджувати” ці штучні вигадки).

Відстоюючи ідею “двох систем”, О.О.Красавчиков пояснював, що “відправним, первинним елементом у системі права є правова норма. Сукупність норм утворює правові інститути, які на більш високому рівні виявляються взаємопов’язаними у межах галузі права. Таким чином, *система права* є за своєю *сутністю об’єктивний суттєвий взаємозв’язок правових норм*”. Під законодавством, продовжував він, слід розуміти усю сукупність нормативних форм права, тобто нормативних актів, якими встановлюються (змінюються або скасовуються) певні правові норми. “Законодавство є сукупність нормативно-правових форм. Отже, і *система законодавства* не може бути нічим іншим, як *системою даних форм вираження правових норм* (а не системою самих норм).” Галузь законодавства – це не сукупність галузевих норм права, а сукупність юридичних форм (у даному випадку актів), в яких вказані норми знаходять своє реальне вираження і закріплення, тобто сукупність нормативних актів. Загальновідомо, що до цих форм належать закони, укази, постанови, інструкції тощо. Через це первинним елементом системи законодавства є не норма права і тим паче не правовий інститут, а та конкретна правова форма

<sup>48</sup> Див.: Красавчиков О.А. Система права и система законодательства. – С.64–65.

(закон, указ, постанова тощо), в якій виражена дана правова норма або певна сукупність норм...

Інакше кажучи, нормативно-правові форми не мають "порту приписки" в якійсь лише одній галузі права, що виключає можливість їх використання в інших галузях. Це відбувається, як відомо, через те, що нормативно-правова форма (подібно до будь-якої іншої форми) має відносну самостійність, завдяки чому виключається можливість повного відриву форми від змісту, тобто тих правових норм, які знаходять у ній своє об'єктивоване вираження. Арсенал нормативно-правових форм, їх використання в той чи інший історичний період життя суспільства визначається волею законодавця, і в цьому сенсі система законодавства (як система правових форм) визначається державою. Щодо галузеві диференціації законодавства, то тут нормотворчі органи цілком зв'язані системою існуючих суспільних відносин, юридично відбитою в системі права. Форма права не може бути відірвана від свого змісту (права), а тому і галузєва диференціація законодавства об'єктивно не може бути іншою, ніж система самого права – галузей законодавства рівно стільки, скільки галузей права. У протилежному випадку форма перестане бути формою свого змісту і, отже, перетвориться або у беззмістовну оболонку ("юридичний міраж"), або, відірвавшись від "свого" змісту, стане обслуговувати якісно інший ("чужий") зміст, за яким і слід судити про галузєву належність даної "суперечливої" форми. Саме через це і немає не лише "комплексних галузей" права, але й "комплексних галузей" законодавства.<sup>49</sup>

Неважко помітити, що наведені міркування автора відзначаються таким же некоректним використанням термінології, за яке він критикував інших. Незрозуміло, чому звичайну ієрархію нормативно-правових актів треба називати "системою законодавства", якщо вказана "система" абстрагується від змісту законодавства, що міститься в нормативних положеннях цих актів. Так само непереконливою є аргументація автора щодо визначення системи законодавства (як системи правових форм) волею законодавця, державою та цілковитої зв'язаності нормотворчих органів у галузевій диференціації вказаної системи "системою існуючих суспільних відносин, юридично відбитих у системі права", оскільки, за словами О.О.Красавчикова, "форма права не може бути відірваною від свого змісту (права)". Очевидно, що тут терміном "право" підміняється термін "система права". Якщо "змістом" є взагалі "право" як *таке*, в єдності його змісту і форми, то що являє собою, крім такого права, ще й "форма права", яку намагаються "відірвати" від права, залишається таємницею автора. Відтак, "система права", що не формалізована в нормативних положеннях законодавчих актів, виявляється позбавленою змістовної визначеності, тобто є беззмістовним уявленням.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Там само. – С. 68–69.

<sup>50</sup> За словами Гегеля, форма і зміст являють собою пару визначень, якими рефлектуючий розум часто користується і переважно таким чином, що зміст розглядається ним як суттєве і самостійне, а форма, навпаки, як несамостійна і несуттєва. Проти цього він

А проте, залишається питання: "як усе ж бути з тими нормативними масивами, які на думку багатьох дослідників, претендують на роль якщо й не комплексних галузей права, то хоча б комплексних галузей законодавства?" Проблема, на думку О.О.Красавчикова, вирішується просто: потрібно лише умовити прибічників "комплексних галузей" відрізяти поняття галузі права та нормативно-правового масиву.

(Уся справа в тому, писав він, що поняття галузі права інколи ототожнюється з будь-яким хоча б трохи окресленим у теорії або на практиці *нормативним масивом*. Під галуззю права, як відомо, розуміється певна сукупність норм (як елемент системи права), що характеризується єдністю предмета і методу регулювання. Що ж до нормативних масивів, то, хоча відповідний термін і використовується у правових дослідженнях, тим не менше чітких логічних (науково визначених) меж він ще не має, а тому нерідко прямо ототожнюється з поняттям галузі права (або непрямо через галузь законодавства). "Методологічну базу" такого ототожнення становить, на думку автора, "ігнорування рівнів і характеру взаємозв'язків галузей права, інститутів і норм"<sup>51</sup>).

Гадаємо, однак, що ототожнення галузі права з "нормативним масивом" відбувається через *наукову невизначеність саме галузі права*, оскільки вона, як сукупність норм, також належить до категорії "нормативного масиву" (остання є *родовим* поняттям для галузі). Правові галузі мають визначитися за певними *видовими ознаками* певних "нормативних масивів", а не навпаки. Інша справа, що "єдність предмета і методу", як було відзначено, є *непевною* ознакою для наукового визначення правової галузі однак цього, звичайно, не бажають визнавати прибічники традиційних уявлень про "систему права" і "систему законодавства".

У пошуках більш-менш переконливого визначення "галузі права" автор звертається до взаємозв'язку правових норм, інститутів та галузей права.

В узагальненому вигляді писав О.О.Красавчиков, взаємозв'язок правових норм та інститутів, з яких складаються галузі, може бути двох видів: предметним і функціональним. Під предметним взаємозв'язком правових норм та інститутів слід розуміти такий, який визначається єдністю предмета регулювання і втілений в однопорядковості взаємопов'язаних норм та інститутів. Під функціональною єдністю правових норм, інститутів та галузей слід розуміти таку форму єдності правових норм, яка визначається наявністю двох або більше різ-

зауважував, що насправді обидва однаково суттєві і що немає безформного змісту, так само як немає безформної речовини; відрізняються ж вони (зміст і речовина, або матерія) одне від одного тим, що речовина, хоч вона в собі й не позбавлена форми, у своєму наявному бутті виявляє себе байдужим до неї; навпаки, зміст як такий є тим, чим він є, лише завдяки тому, що він містить у собі розвинуту форму (див.: Гегель Г. Енциклопедія філософських наук. – Т.1. – С.298–299).

<sup>51</sup> Див.: Красавчиков О.А. Система права и система законодательства. – С.69.

норідних самостійних предметів правового регулювання, що знаходяться між собою у стані взаємодії; юридичним відображенням цього й слугують різні функціональні форми взаємозв'язку різногалузових норм та інститутів.

Функціональна єдність правових норм, продовжував автор, не веде до формування в системі права (законодавства) або його галузей якихось нових інститутів, що не виключає виокремлення в теоретичному аналізі тих або інших взаємозв'язків з метою найповнішого пізнання норм, що взаємодіють, інститутів та галузей. Інакше кажучи, виявивши, наприклад, взаємодію норм цивільного та фінансового права, не слід вважати, що здійснено "відкриття" "банківського права" тощо. Те ж саме треба сказати і про господарське право, так само як і про інші "комплексні" галузі права і законодавства (житлове, транспортне, винахідницьке тощо). Це не галузі права і не галузі законодавства, а у крапцю випадку функціональні нормативні масиви, окремим частинам яких (через мозаїчність предмета регулювання) властиві різні методи правової регламентації.

Нормативний масив може бути виражений в одному нормативному акті, хоча практично для вказаної функціональної спільності норм характерним є наявність ряду актів, що встановлюють (змінюють, доповнюють тощо) різногалузові норми права та інститути... На перший погляд може здатися, що законодавець об'єднує інколи в межах одного нормативного акта різногалузові норми із суто практичних міркувань (зручність користування текстом закону, постанови тощо). Однак такі міркування ніколи не були визначальними. Сутність і тенденція розвитку структури правового регулювання не "підвладні" юридичній техніці. Отже, є якісь інші підстави, які роблять необхідним сполучення в одному й тому самому нормативному акті норм, наприклад, цивільного і адміністративного права, права фінансового та адміністративного, цивільного і земельного тощо. Таке сполучення явище не випадкове, а закономірне. Воно викликане тим, що відповідні організаційно-управлінські та майнові відносини певним чином взаємопов'язані і взаємодіють.

Втім, підкреслював у черговий раз автор, функціональні нормативні масиви належать до числа тих категорій, юридична природа яких тільки починає пізнаватися правовою наукою. Спроби зведення їх у ранг галузей права (галузей законодавства) з одного боку ускладнюють рішення проблеми системи права, з іншого<sup>52</sup> – перешкоджають аналізу функціональних взаємозв'язків правових норм.

Таким чином, навіть не маючи наукового уявлення про "юридичну природу" функціональних нормативних масивів, автор апріорі заперечує їх визначення не лише як галузей права, але й галузей законодавства. Доводиться припустити, що феномен "функціональних нормативних масивів" покликаний "зняти" проблему "комплексних галузей права" у досить простий спосіб, а саме: назвати останні "функціональними нормативними масивами", заборонивши вважати їх "галузями". У такому випадку, справді як казав автор, "немає потреби драматизувати обстановку і кидати додаткові звинування на

<sup>52</sup> Там само. – С.69–71.

адресу прибічників "комплексної концепції" права і законодавства. Мабуть, досить буде звернутися до них з проханням називати речі своїми іменами: правом називати право, законодавством – законодавство, а галуззю права – саме галузь права тощо". Залишіться дрібниця: осягнути не лише назви, але й дійсні *поняття* кожного з тих явищ, які тут згадані.

Ми не будемо тут займатися дослідженням проблеми, чому законодавець інколи об'єднує "в межах одного нормативного акта різногалузові норми": із суто практичних міркувань (які, виявляється, ніколи не були визначальними), чи з "інших підстав", що роблять таке об'єднання "закономірним" (всупереч "цілковитій зв'язаності" нормотворчих органів диференціацією галузей "системи права"). Очевидно, що вказана проблема належить до проблем *юридичної техніки*, де й має бути розглянута. Значно більший інтерес у даному випадку викликає дослідження *дійсної* основи галузевої диференціації правової системи. Адже уже не одне десятиліття завданням юридичної науки вважається обслуговування процесу вдосконалення законодавства, виявлення об'єктивної основи системи законодавства, яка склалася, та напрямів її розвитку.

Доводиться, однак, констатувати, відзначалося у цьому зв'язку в літературі, що висновки та практичні рекомендації вчених стосовно даних проблем далекі від єдності, часто суперечливі... Можна стверджувати, що в галузі законодавства, зокрема, цивільне, кримінальне, адміністративне, що являють собою об'єднання нормативних актів відповідних галузей права. Проте уже природа трудового, земельного, фінансового та іншого законодавства буде предметом розбіжностей, оскільки не всі вчені визнають існування відповідних галузей права. І тим більше спірними будуть і саме існування, і правова природа таких об'єднань законодавства, як транспортне, будівельне, сільськогосподарське право тощо... Завдання науки полягає, таким чином, у тому, щоб виявити об'єктивну основу системи законодавства, яка склалася, та напрямів її розвитку.

Відповідаючи на це запитання, В.Ф.Яковлев загалом виходив з традиційних уявлень про існування "системи права" і "системи законодавства". Законодавство як сукупність діючих нормативних актів, зазначав автор, є зовнішня форма права. Через це воно за своєю будовою неминує відбивати внутрішню, сутнісну форму права, що розуміється як його структура. Зовнішня форма права на різних її рівнях (статей, глав, розділів правових актів, їх об'єднань, системи законодавства у цілому) відбиває структуру права на вах її рівнях (норми, субінституту, інституту, підгалузі, галузі і нарешті, права у цілому). Таким чином, безпосередньо об'єктивною основою системи законодавства слугує система самого права. Основними галузями законодавства повинні бути і справді є об'єднання нормативних актів за галузями права, що слугують зовнішньою формою існування відповідних галузей права. А проте, як багато разів відзначалося в літературі з теорії права, звертав увагу автор, повного збігу системи законодавства і системи права немає. *Це безспірне поло-*

<sup>53</sup> Див.: Яковлев В.Ф. Отраслевая дифференциация и межотраслевая интеграция как основы системы законодательства // Правоведение.– 1975.– № 1.– С.16–17.

ження базується на фактах існування міжгалузевого, комплексного законодавства. Тому поряд з галузями законодавства, за якими стоять галузі права (цивільне, кримінальне тощо), виявляються галузі законодавства (транспортне, будівельне та інші), у яких відсутня така орієнтація і які мають, очевидно, іншу основу та правову природу. На думку автора, причиною існування комплексних актів і галузей законодавства є взаємодія галузей права в процесі управління певною сферою суспільного життя, що відбиває об'єктивний зв'язок самих суспільних відносин та соціально-економічних закономірностей, під впливом яких вони складаються. Система галузей законодавства будується на основі сполучення систем галузей права і галузей державного управління, і саме останні безпосередньо визначають структуру комплексних галузей законодавства.<sup>54</sup>

Однак, визначивши таким чином правову природу "галузевого" і "комплексного" законодавства, автор змушений далі визнати, що в теорії та нормотворчій практиці і правозастосуванні їх "далеко не просто" чітко розрізнити, оскільки вони мають значну зовнішню схожість. У цьому, вважає автор, одна з причин дискусій про систему права, що продовжуються явно або приховано. Відсутність у теорії досить надійних критеріїв розмежування галузевих і комплексних нормативних об'єднань призводить до того, що галузь права часто вбачають там, де має місце об'єднання різногалузевих норм, які взаємодіють. Не сприяє внесенню ясності в дану проблему і невідпрацьованість термінології. Оскільки вчені розглядають комплексні утворення норм як комплексні галузі права. Сам автор вважає найбільш вдалою "з точки зору термінології" позицію, відповідно до якої структурні підрозділи другого рівня розглядаються не як галузі права, а як галузі законодавства. (Не варто, переконував В.Ф.Яковлев, переоцінювати значення розбіжностей у позиціях вчених, одні з яких визнають існування комплексних галузей права, а інші комплексних галузей законодавства. Важливішим тут є те, що ці позиції зближує, а саме: по-перше, визнання подвійної структури в праві (на рівні його внутрішньої організації та побудови його зовнішньої форми) і, по-друге, невключення комплексних галузей у первинну, внутрішню структуру права, тобто чітке розмежування галузей права і комплексних утворень як структурних елементів різного рівня... Категорією, що концентрує в собі юридичну своєрідність та однорідність юридичного змісту галузі, слугує галузевий метод регулювання відносин. Саме він інтегрує якісні особливості галузі як правового явища. Тому галузевий метод – та юридична ознака, яка дозволяє безпомилково відрізнити одну галузь права від іншої, а також об'єднання норм, що є галуззю права, і об'єднання, що такою визаним бути не може... За ознакою предмета регулювання, як особливої групи або сфери суспільних відносин, можна сконструювати безліч "галузей" права. Але якщо дана сукупність відносин реально не обумовила формування особливого типу регулювання, вона не являє собою предмета самостійної галузі права<sup>55</sup>).

Таким чином, предмет правового регулювання, як особлива група

<sup>54</sup> Там само. – С.17–19. При цьому В.Ф. Яковлев дійшов висновку, що, незважаючи на однакову об'єктивну визначуваність галузевого і комплексного законодавства, вони мають різну правову природу і корені їх існування. Галузеве законодавство, яке нерозривно пов'язане з діленням права на галузі, з властивими кожній з них особливими способами впливу на суспільні відносини, має своєю основою диференціацію в праві. Навпаки, міжгалузеве законодавство, що є зовнішньою формою, виявленням, способом взаємодії галузей права, в основі має інтеграцію в праві (Там само).

<sup>55</sup> Там само. – С.20–22.

або сфера суспільних відносин, безпосередньо не є визначальною ознакою галузевої диференціації права, оскільки за ознакою такого предмета, виявляється, можна "сконструювати безліч "галузей" права". Для того, щоб стати предметом самостійної галузі права, певна сукупність відносин повинна "реально обумовити формування особливого типу правового регулювання", тобто "галузевого методу". І лише останній є тією юридичною ознакою, яка дозволяє "безпомилково" розрізнити галузі права та відрізнити їх від "об'єднання норм", що не є галуззю.

Але якщо це так, то було б логічним називати групи або сфери суспільних відносин *об'єктом* правового регулювання, а *предметом* останнього вважати лише такий об'єкт, який реально обумовлює формування відповідного "галузевого методу". Однак тоді постає питання про *особливості об'єкта* правового регулювання, залежно від яких названий метод в одних випадках визначається як "галузевий", в інших – такого визначення не відбувається; а у зв'язку з цим виникає потреба дослідити об'єкт, *що не належить до сфери права*. Крім того, очевидно, що оскільки правове регулювання здійснюється державою, то його метод не може не визначатися особливостями юридичної діяльності державного апарату. Інакше кажучи, для чіткого уявлення про "галузевий метод", як інтегруючу якісні особливості галузі юридичну ознаку, необхідно: а) визначити, чи є певна група або сфера суспільних відносин *предметом* правового регулювання, б) з'ясувати, які особливості юридичної діяльності зумовлюються даним предметом і відбуваються в "галузевому методі", в) чи є ці особливості такими, що утворюють "галузь права", чи вони є особливостями, які утворюють "галузь законодавства". І лише на підставі таким чином визначеного "галузевого методу" певна норма права може бути "зарахована" до штату відповідної галузі права, а певний нормативний акт – до галузі законодавства.

Це означає, що, як відзначено в літературі, один з основних постулатів концепції, згідно з яким предмет галузі вважається визначальним щодо її методу, по суті лише проголошується, але практично не витримується.

Так, уже на початку 60-х років, відзначає В.Д.Сорокін, довелося дещо відійти від згаданого постулату, визнавши, що найбільш яскраво особливості методу правового регулювання виражаються в таких галузях права, як адміністративне і цивільне. Природно, виникла потреба пояснити, чому при конструюванні методів більшості галузей "будівельним матеріалом" завжди виявлялися елементи методів виключно двох галузей права – адміністративного та цивільного. Справа доходила до того, що один і той самий вчений по-різному пояснював це неприємне для концепції явище: цивільне і адміністративне право – найбільш "старі" галузі або вони висту-

пають як безпосередньо регулятивні.<sup>56</sup>

Надалі штучний поділ правової системи на “систему права” та “систему законодавства”, за відсутності чітких уявлень про критерії визначення “галузі права” і “галузі законодавства”, логічно веде до конструювання теоретиками “двоповерхової” галузевої диференціації правової системи, в якій “перший поверх” займають “галузі права”, а другий – “галузі законодавства”.

Таке уявлення зближує позиції різних авторів, однак за цим тут же починаються розбіжності. Одні вважають, що на “другому поверсі” розміщуються галузі законодавства “двох сортів” (“основні” і “похідні”, тобто такі, що утворюються з комбінації різних галузей, “комплексні галузі”). На думку інших авторів, на “другому поверсі” знаходяться як “галузі законодавства”, так і “нормативні об’єднання” (“масиви”), що не є галузями; а деякі автори взагалі заперечують про-ти “приписки” “комплексних галузей” до будь-якого “поверху” галузевої диференціації.

Для конкретнішої оцінки уявлень про “двоповерхову” диференціацію не зайве звернутися до проблеми існування такої “галузі права”, як *судове право*, питання про яку, як зазначалося в літературі, неодноразово дискутувалося на сторінках юридичних видань, під час теоретичних конференцій, спільних з’їздів різних наукових установ тощо впродовж кількох десятків років.<sup>57</sup>

Основне питання, від вирішення якого залежить концепція судового права, писав М.С. Строгович, – це питання про співвідношення кримінального та цивільного судочинства, кримінально-процесуального та цивільно-процесуального права. В юридичній науці його розроблено слабо, а іноді взагалі уникають. Питання ж про співвідношення процесуальної галузі права та відповідної галузі матеріального права – кримінального процесу та кримінального права, цивільного процесу та цивільного права – навпаки, привертає до себе велику увагу і є предметом дослідження та обговорення. І саме та обставина, що зв’язок процесуального права з відповідною галуззю матеріального права є дуже суттєвим і очевидним, інколи висувається як перешкода для концепції судового права.

А проте кримінально-процесуальне право, пов’язане з кримінальним правом, умови та порядок застосування якого воно встановлює, має самостійне значення окремої галузі права, що регулює певну сферу суспільних відносин, які виникають та розвиваються при здійсненні правосуддя у кримінальних справах (подібно до того, як при здійсненні правосуддя у цивільних справах виникають і розвиваються цивільні процесуальні відносини). Правосуддя – складна, однак єдина у своїй основі галузь державної діяльності. Закон встановлює різні процесуальні порядки здійснення правосуддя у різних категоріях

<sup>56</sup> Див.: Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс.– С.36.

<sup>57</sup> Див.: Строгович М.С. Судебное право: предмет, система, наука // Советское государство и право.– 1979.– № 12.– С.59.

справ. Отже, норми права, що визначають організацію суду і порядок його діяльності у справах, підвідомчих суду, об’єднуються тим, що усі вони стосуються правосуддя, різних сторін цієї діяльності держави. Звідси – зв’язок судоустрою, кримінального судочинства і цивільного судочинства. Природно, виникає питання про вираження їх зв’язку у системі права.

Одне його вирішення таке: судоустрій, кримінальне судочинство і цивільне судочинство, що є окремими галузями права, об’єднуються в більш широку комплексну галузь права, в якій вони, зберігаючи свою самостійність та специфічні риси і властивості окремих галузей права, пов’язуються безпосереднім відношенням кожної з них до єдиної галузі державної діяльності – правосуддя. Інше рішення: кожна галузь процесуального права приєднується до відповідної галузі матеріального права (кримінальне судочинство – до кримінального права, цивільне судочинство – до цивільного права); що ж до судоустрою, то його в цьому випадку можна віднести до сфери державного права. Це рішення означає заперечення судового права в його основі, неприйнятність концепції судового права. У зв’язку з цим автор пояснював, що питання зовсім не ставиться так: потрібно чи ні створювати судове право як нову, таку, що раніше не існувала, галузь права? Питання ставиться інакше: чи існує в діючому праві складна, комплексна галузь права, що об’єднує судоустрій та різні види судочинства (незалежно від того, чи називати її судовим правом чи якось інакше), чи такої галузі права немає, а судове право – надумана, штучна, непотрібна конструкція? Автор висловлював упевненість, що така галузь права існує, вона була впродовж усієї історії радянського права, її наявність виявляється дедалі виразніше в існуючому законодавстві про судоустрій і судочинство. Разом з тим, запевняв він, прийняття концепції судового права ні в якому разі не означає перебудови системи діючого права, створення нового “кодексу судового права”, злиття кримінального та цивільного процесів у “судовий процес” тощо.

(В історії радянського законодавства, відзначав автор, чітко виявляється зближення принципів та форм кримінального процесу і цивільного процесу при збереженні, звичайно, усіх властивих їм специфічних відмінностей. Це особливо помітно у порівнянні двох кодифікацій (20-х та 58–60-х років). Обидва вказані процеси, на думку автора, є видами більш загального поняття процесуального права. При цьому М.С. Строгович заперечував “широке” розуміння процесуального права, відстоюючи традиційну концепцію процесуального права як судового процесуального права, визначаючи юридичний процес як судовий процес, судочинство. До процесуального права належить усе, що охоплюється поняттям кримінальний процес, а також судочинство в адміністративних справах... Крім різних видів процесуального права, до складу судового права входить судоустрій, що органічно пов’язаний з судочинством. Законодавство про судоустрій містить визначення не лише організації судової системи, але й основних принципів правосуддя, що реалізуються в усіх видах судочинства. Не випадково у німецькій мові судоустрій позначається терміном, що

буквально означає “судова конституція”<sup>58</sup>).

Виходячи з наведеної тут концепції “судового права”, її автор не вбачав нічого дивного в тому, що в системі права можуть співіснувати самостійні “первинні” “галузі права” (кримінально-процесуальне та цивільно-процесуальне право) і “похідна” від них “комплексна” галузь “судового права”, у складі якої вони зберігають свою галузеву самостійність. При цьому “комплексна галузь” утворюється *об’єктивно* на основі деякої загальної ознаки кількох “первинних” галузей, що їх об’єднує. У випадку “судового права” такою об’єднуючою загальною обставиною виступає *судова функція держави*, що регулюється галузями як цивільного процесуального, так і частково кримінально-процесуального права. А проте, крім згаданих галузей, в регламентації судової функції виявляються задіяними норми конституційного права, а також кримінального, адміністративного, трудового, цивільного, фінансового права та інших, тобто значної кількості “галузей права” (“галузей законодавства”).

Однак, якщо керуватися цим підходом, то чому б у такому разі не говорити про наступні логічні рівні узагальнення? Наприклад, судову функцію розглядати як складову однієї з трьох основних функцій держави, а саме – *правоохоронної функції*.<sup>59</sup> За логікою концепції “судового права” треба визнати існування “правоохоронного права” як ще однієї “комплексної галузі”, а поряд з нею також називати “парламентське право” та “адміністративне право”, як такі “комплексні галузі”, що пов’язані з відповідними державними функціями. (У зв’язку з цим слід було б переглянути усталене розуміння “парламентського права” як підгалузі “конституційного права” і визнати, що уявлення про “адміністративне право” як “основну”, “первинну” самостійну “галузь права” та аналогічну “галузь законодавства” потребують додаткового теоретичного дослідження і конкретизації. Адже, наприклад, В.М. Протасов вважає предметом адміністративного права певний *юридично однорідний аспект діяльності різних соціально-економічних систем*. При цьому адміністративне право, виявляється, “зовсім не спрямоване на формування цілісної структури в масштабах свого предмета”.<sup>60</sup> Разом з тим, якщо взяти таку, наприклад, традиційно “основну” галузь, якою є цивільне право, то, як зазначається в літературі, “поєднання у предметі цивільно-правового регулювання майнових і немайнових відносин не є особливістю, винятком у правовій системі. Майнові і немайнові відносини входять також у предмет трудового, сімейного та інших галузей права”. Багато авторів визнають, що галузі права (за винятком державного і міжнародного) мають лише три групи відносин – май-

нові, особисті і організаційні (управлінські); вони є спільними і наскрізними для предмета усіх галузей права. З цього робиться висновок, що однорідність суспільних відносин не є обов’язковою вимогою для визначення предмета галузі права<sup>61</sup>).

Ще більш високий рівень узагальнення передбачав би існування у правовій системі таких “комплексних галузей”, як єдине “державне право” (не плутати з галуззю “конституційного права”) та “муніципальне право” (право місцевого самоврядування), що являють собою однорідну “комплексну галузь” так званого “публічного права”; а наступний за ним рівень узагальнення пов’язаний взагалі з переходом до *якісно іншої основи диференціації правової системи* (за характером інтересів: приватний і публічний), внаслідок чого остання поділяється на дві галузеві “сім’ї” – галузей “публічного права” і галузей “приватного права”.

Очевидно, однак, що мова у даному випадку повинна йти не про “комплексні галузі” у правовій системі, а про різні *комплекси галузей*, пов’язаних тим чи іншим загальним для окремих галузей моментом. У такому розумінні в правовій системі можуть визначатися різні за своїм складом *комплексно-галузеві утворення*, що охоплюють більш-менш значні *нормативні масиви*, однак не є галузями права або законодавства.

Досліджуючи проблему становлення нових галузей права, С.В. Поленіна зауважувала, що “сама природа галузі права як категорії соціальної дійсності виключає можливість існування “комплексних” галузей права”. Однак ця обставина, важлива для розуміння процесу становлення нових галузей права, або взагалі випадає з поля зору дослідників існування “комплексних” галузей права, або недооцінюється ними.<sup>62</sup>

На це слід відповісти, що *єдину* “природу” галузі права необхідно шукати не в *особливостях* галузевого предмета і методу, а в тому, що є *загальним для усіх галузей* критерієм визначення галузевої диференціації законодавства, тобто у *позитивному праві* (як узагальненій формі вихідного права), про що було сказано раніше. Уже на *першому*, найбільш абстрактному рівні диференціації правової системи на *приватне* та *публічне право* вказана основа диференціації виявляє себе, виступаючи у *загальній формі* усієї сукупності *публічних вихідних прав* або усієї сукупності *приватних вихідних прав*. Саме тут необхідно шукати витoki “панування методів цивільного та адміністративного права”, елементи яких, за словами В.Д. Сорокіна, завжди слугують “будівельним матеріалом” при конструюванні методів більшості галузей права, а не ділити галузі на “старі” та “молоді”, “безпосередньо

<sup>58</sup> Там само.– С. 58– 63.

<sup>59</sup> Див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття ...– С.21– 22.

<sup>60</sup> Див.: Протасов В.Н. Что и как регулирует право.– С.42.

<sup>61</sup> Див.: Малейна М.Н. О предмете гражданского права // Государство и право.– 2001.– № 1.– С.29.

<sup>62</sup> Див.: Поленина С.В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права // Правоведение.– 1975.– №3.– С.77– 78.

регулятивні” чи “нерегулятивні” тощо. Об’єктивну основу таких комплексних утворень становить те загальне, навколо якого об’єднуються певні галузі чи їх частини, тому вони не можуть вважатися надуманими, штучними, непотрібними конструкціями.

З цієї точки зору намагання порівнювати або протиставляти “основні” галузі та “комплексні” галузі права (законодавства) позбавлені достатніх логічних підстав. Якщо співвідношення комплексно-галузевого утворення з окремою галуззю в його складі підпорядковується логіці відношення *загального і окремого*, то “логіка” співвідношення “комплексних” та “основних” галузей виглядає непослідовною і суперечливою. За словами В.М.Протасова, “комплексні” галузі є повноцінними галузями права, “хоча й дуже своєрідними”. Уся справа в тому, що їх становлення відбувається на принципово інших началах, ніж у тих, які називаються основними. Якщо формування основної галузі йде від *юридичного начала* – методу, то комплексної – від *соціального начала*, тобто предмета... Наявність у комплексної галузі особливого предмета обумовлює для неї свій власний, особливий метод... Кожна комплексна галузь має не просто своєрідний, а юридично *унікальний* метод, що пояснюється якісно перетворюючим характером структури, яка здатна з одних і тих же елементів утворювати залежно від мети найрізноманітніші системи юридичних прийомів, тобто різні методи. Таким чином, підсумовує автор, поділ права на основні галузі являє собою його “функціональну” організацію, а поділ на комплексні галузі відбувається за “територіальним” (предметним) принципом, “де регулювання полягає у створенні та правовому забезпеченні цілих соціальних формуваль (систем), кожна з яких і становить предмет тієї або іншої комплексної галузі”.<sup>63</sup>

Виходячи з логіки автора, необхідно визнати, що “основні” галузі пов’язуються з *безціпним функціонуванням* правової системи, тоді як *предметну, доцільну* сторону її функціонування забезпечують саме “комплексні” галузі. Разом з тим від *єдності предмета і методу*, як основи галузевої диференціації системи права, традиційні уявлення приходять до *протиставлення* предмета і методу у співвідношенні “основних” та “комплексних” галузей права, відмовляючись, по суті, від *єдиного* критерію вказаної диференціації.

З іншого боку, розуміння природи комплексно-галузових утворень у правовій системі потребує дослідження внутрішніх зв’язків усередині таких утворень. Останнє не є якимось абстрактним, відірваним від практичних потреб теоретизуванням, воно відкриває шлях до раціональної систематизації законодавства, до економії нормативного матеріалу в процесі нормотворчої діяльності, насамперед, за рахунок узагальнення близьких між собою нормативних положень, усунення паралелізму в правовому регулюванні тощо. Таким чином збільшується арсенал засобів *юридичної техніки*, удосконалюється законодавчий процес.

Значення концепції “судового права”, вважав М.С.Строгович, зокрема, по-

<sup>63</sup> Див.: Протасов В.Н. Что и как регулирует право. – С.41 – 43.

лягає в тому, що завдяки їй стимулюється зближення кримінального процесу та цивільного процесу в законодавчій і судовій практиці таким чином, аби при збереженні усіх специфічних властивостей того й другого процесу посилювалися, поглиблювалися загальні їх риси і принципи.<sup>64</sup> На думку С.В.Поленіної, сучасне природоохоронне право являє собою групу міжгалузових інститутів, в основному земельного, водного, лісового та деяких інших галузей права, що мають утворити самостійну галузь права. У процесі комплексної регламентації природоохоронних відносин, потреба в якій уже зараз не викликає сумнівів, будуть, очевидно, віднайдені нові методи правового регулювання відносин, пов’язаних з охороною природи, сформульовані властиві саме природоохоронному праву принципи та розроблений специфічний механізм правового регулювання даних відносин.<sup>65</sup>

Разом з тим відмова від надуманого поділу галузей правової системи на “основні” та “комплексні”, обумовлена наявністю *єдиного* критерію галузевої диференціації (позитивного права як узагальненої форми вихідного права), передбачає необхідність *конкретизації* даного критерію, оскільки характер вихідного права вказує на *якісну* визначеність галузі, простіше кажучи, дає певну назву галузі (“трудове”, “сімейне”, “кримінальне” право тощо), але залишає відкритим питання про *кількісну* визначеність галузі.

Питання про розміри і параметри галузеутворюючої “критичної маси” нормативного матеріалу, відзначала С.В.Поленіна, потребує вивчення і теоретиками права, і спеціалістами галузових юридичних дисциплін. Очевидно, однак, що найважливішим показником перетворення групи взаємопов’язаних “пограничних” інститутів у нову галузь права повинна слугувати поява нових, властивих тільки даній групі інститутів, понять і конструкцій, а також формування загальної частини, яка містить принципи та загальні засади, котрі поширюються однаково на всі відносини, що регулюються цією галуззю. Таким чином, накопичення групою взаємопов’язаних “пограничних” правових інститутів “критичної маси” – не просте розростання нормативного матеріалу до певної межі, досягнення якої автоматично означало б визнання факту існування нової галузі права. При досягненні “критичної маси” кількість переходить у якість, відбувається скачок, в результаті якого з’являються нові властивості, що стосуються предмета, методу, принципів і механізму правового регулювання певної галузі суспільних відносин.

(Саме тому, вважає С.В.Поленіна, визнання існування комплексних інститутів не тягне за собою обов’язкового визнання наявності “комплексних” галузей права, що розуміються як сукупність комплексних інститутів. Більше того, сукупність “пограничних” міжгалузових комплексних інститутів лише тоді і остільки може кваліфікуватися як нова галузь права, коли і оскільки вона набуває якісно нових властивостей і, отже, втрачає ознаку комплексності. У цьому зв’язку автор

<sup>64</sup> Див.: Строгович М.С. Судебное право: предмет, система, наука. – С.64.

<sup>65</sup> Див.: Поленіна С.В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права. – С.79.

відзначає намагання С.С.Алексєєва відійти від уявлення про “комплексні” галузі як повноцінні галузі системи права, вважати умовністю термін “комплексні галузі права”, які найбільш точно було б позначати терміном “напівгалузі”, та відповідно розглядати їх як момент у становленні основних галузей права<sup>66</sup>).

Отже, в наведених міркуваннях кількісна визначеність галузі правової системи пов’язується з консолідацією певних (“міжгалузевих”) правових інститутів, в результаті якої виникає нова якість нормативного масиву, що охоплюється названими інститутами. Для перетворення “пограничного” інституту в нову галузь права, за словами автора, крім усього іншого, необхідно, щоб він настільки розрісся у ширину та глибину, що утворив по суті деякий комплекс взаємопов’язаних “пограничних” інститутів, які мають однорідні властивості<sup>67</sup>.

Тобто, за логікою автора, існують деякі *первинні*, “вихідні” галузі з яких поступово виділяються “міжгалузеві” правові інститути, складаючи основу утворення майбутніх нових галузей. У такому випадку слід пояснити, яким чином формуються *перші галузі* правової системи, оскільки без наявності хоча б двох “першогогалузеві” неможливе утворення “міжгалузевого” правового інституту (Схоже, тут автор залишається під впливом концепції “подвоєння структури права”, яка передбачає існування поряд з основною “вторинної структури, що нашаровується над головною”<sup>68</sup>).

За уявленням С.В.Поленіної, окремою галуззю права є така нормативна сукупність, яка об’єднує групу *взаємопов’язаних “пограничних” інститутів* (що мають складатися з відмінних від інших, *специфічних* для *даних* інститутів, “понять і конструкцій”) навколо *єдиних* для певної галузі відносин, врегульованих цією сукупністю норм, *принципів* і *загальних начал*, сформованих певним чином у “*загальну частину*”. Внаслідок такого об’єднання предмет, метод, принципи і механізми правового регулювання вказаної галузі відносин набувають *нових властивостей*, відмінних від інших галузей.

Таким чином, з точки зору названого тут автора, для конкретнішого визначення галузі права необхідно: а) встановити групу взаємопов’язаних “пограничних” інститутів; б) виявити властиві лише цій групі інститутів поняття і конструкції; в) усвідомити єдині для даної галузі відносин принципи і загальні засади регулювання, відмінні від принципів і засад регулювання інших галузей відносин, та сформулювати їх як “загальну частину” вказаної групи правових інститутів. Відтак, визначення галузі права виявляється неможливим без чіткого уявлення про такий феномен як “правовий інститут”. Але це уже інший предмет, який ми розглянемо в наступній главі.

# ПРАВОВІ ІНСТИТУТИ ЯК ФОРМА ІНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

### §1. Правовий інститут: між нормою і галуззю права

Визначаючи поняття правового інституту, В.С.Якушев ще у 1970 році зауважував, що термін “правовий інститут”, або “інститут права”, в юридичній літературі є одним з найвживаніших, однак досі він ще не набув достатньої визначеності. У самому широкому вигляді правовий інститут розуміється як дещо середнє між нормою і галуззю права, що, звичайно, не відповідає ні теоретичним, ані практичним потребам. Автор посилався при цьому на Л.І.Дембо, який ще раніше писав, що в літературі “прийнято зловживати цим терміном, застосовувати його дуже широко, до будь-якого правового явища, не вкладаючи у цей термін по суті якогось конкретного змісту”. Це звучить актуально, стверджував він, і в даний час.<sup>69</sup>

Правовий інститут, вказував В.С.Якушев, звичайно визначається як “сукупність норм, що регулюють ту чи іншу галузь однорідних суспільних відносин”, або як “сукупність норм, що регулюють відособлені суспільні відносини в межах тієї групи суспільних відносин, що становлять предмет галузі”, або як “сукупність норм, що окреслюють певне типізоване правовідношення”. Інші визначення за своєю сутністю аналогічні наведеним.

Вважаючи існуючі визначення поняття правового інституту недостатніми, автор критикував надзвичайно широке розуміння правового інституту, зокрема, у цивільному праві, де в перелік інститутів потрапляють загальна частина, право власності, зобов’язальне право та інші і одночасно визнаються інститутами також угоди, договори житлового найму, купівлі-продажу, майнового найму, страхування, договір поставки, підрядний договір на будівництво, позовна давність, конкурс та інші.

Відповідаючи на запитання, яку сукупність норм можна визнати правовим інститутом, автор стверджував, що відповідь *слід шукати за межами права*. Основу правового інституту, як і основу галузі права, повинні становити певні суспільні відносини, об’єднані своєю однорідністю. Критерій поділу права на галузі, на думку автора, набувають вирішального значення і при визначенні правового інституту. Відтак, матеріальною ознакою правового інституту є наявність відносно самостійного за своїм змістом і наслідками економічного або такого, що не має економічного змісту, суспільного відношення. Крім матеріальної ознаки правовий інститут повинен мати також юридичну ознаку, оскільки вказане відношення закріплюється в законі.

<sup>66</sup> Там само. – С.77–78.

<sup>67</sup> Там само. – С.76–77.

<sup>68</sup> Див.: Алексєєв С.С. Структура советского права. – М., 1975. – С.28.

<sup>69</sup> Див.: Якушев В.С. О понятии правового института // Правоведение. – 1970. – №6. – С.61.

<sup>70</sup> Там само. – С.62–63.



Можна вважати загально визнаним, переконував автор, що правовий інститут – основа галузі права, первинний самостійний структурний підрозділ галузі. У підсумку автор давав таку дефініцію інституту: “Правовий інститут – це заснована на законі сукупність норм, призначених регулювати в межах предмета даної галузі права певне, таке що є відносно самостійним, суспільне відношення, а також пов’язані з ним похідні відносини”.

Отже, тут *не право як таке* диференціюється на галузі та інститути, а *позаправова* сфера суспільних відносин. При цьому, однак, у літературі не зустрічається варіантів диференціації вказаної сфери відносин за будь-яким її *власним* критерієм. Навпаки, теоретиками висловлювалося побоювання, що поділ права на галузі за предметом регулювання може спиратися на будь-яку довільну класифікацію системи суспільних відносин.

Поділ галузей права виключно за предметом регулювання, стверджував В.Ф.Яковлев, або потай усе ж враховує особливості методу, або здійснюється у кінцевому рахунку на основі того чи іншого суб’єктивного критерію, що насправді означає відмову від визнання права об’єктивного реальністю... Матеріалістична концепція поділу права на галузі за предметом регулювання може стати основою досить довільного поводження з об’єктивно існуючою системою права, оскільки, за словами автора, суспільні відносини можна класифікувати за різними ознаками: за суб’єктами, змістом поведінки, сферами діяльності, інтересами і цілями їх учасників тощо. Проте не усяка класифікація відносин відбивається у праві. Тільки виявлені відносини, *однорідні з точки зору права* (виділено мною – О.Ю.), ми визначимо юридичні особливості тієї або іншої галузі права, що обумовлюють єдність методу регулювання нею цих відносин. Метод – найбільш містка категорія, яка виражає в узагальненому вигляді специфіку регламентації відносин даною галуззю права. Заперечення того, що галузь має єдиний метод регулювання, неминує веде і до фактичного заперечення залежності правових форм від суспільних відносин.<sup>72</sup> На це слід сказати, що “*виявлення відносин, однорідних з точки зору права*”, в процесі якого (виявлення) визначається *предмет* певної галузі, якраз і стає “основою досить довільного поводження” з галузеву диференціацією правової системи.

Кількома роками пізніше, у монографії про структуру радянського права, С.С.Алексєєв також відзначав: термін “інститут” використовується в літературі інколи занадто широко, що у деяких випадках позбавляє його необхідної визначеності. За його словами, “з точки зору звичайного слововикористання усе в галузі права можна називати інститутом, починаючи від самого права і закінчуючи його одиничними нормами”, тим більше, що цей термін вживається для позначення й інших соціально-політичних явищ (наприклад, інститути демократії, парламентаризму тощо); і нерідко таке значення терміну переноситься у галузь права.

Проте, якщо використовувати термін “інститут” для характеристики структури права, то, на думку автора, він набуває точного, причому однолінійного значення. З точки зору регулятивних властивостей кожний правовий інститут забезпечує самостійну регулятивну дію на певну ділянку відносин. Ця ознака – головна, яка виокремлює ті чи інші спільності норм в інститути права.<sup>73</sup>

При цьому автор визначав правові інститути, розглядаючи правову систему під двома кутами зору: “усередину” і “знизу вгору”, як результати диференціації та як результати інтеграції.

Правова система, зазначав С.С.Алексєєв, не лише розчленоване, диференційоване соціальне утворення, але й таке утворення, всі елементи якого інтегровані... Лише під вузьким кутом зору, коли структура кожної ланки визначається “усередину”, перед нами виявляються усе більше роздрібнені, диференційовані підрозділи – галузі, потім інститути, далі норми. Якщо ж змінити кут зору і поглянути на правову систему “знизу вгору”, то з’ясується, що кожна наступна ланка є *результатом інтеграції елементів попередніх ланок*: правові інститути складаються в результаті інтегрування нормативних приписів, галузі – в результаті інтегрування інститутів.<sup>74</sup>

Насамперед, необхідно звернути увагу на відмінності між *кінцевим* елементом диференціації та *вихідним* елементом інтеграції: у першому випадку мова йде про “норми”, у другому – про “нормативні приписи”, що не одне й те саме, попри намагання автора ототожнити ці “елементи”. (Поняття нормативного припису “не треба протиставляти поняттю правової норми”. Припис (норма-припис), переконував С.С.Алексєєв, і є “жива” юридична норма розвинутої правової системи, що відзначається високим рівнем спеціалізації. Поняття норми використовується для характеристики первинних зв’язків у правовій системі, таких зв’язків, які виявляють державно-владні властивості права. Але в цьому випадку перед нами не норма-припис, а *логічна норма*. Таким чином, терміни “нормативний припис” і “норма права” є синонімами. Якщо ж до терміну “норма права” додається слово “логічна”, то мова йде про композицію, закономірні зв’язки між приписами або їх елементами<sup>75</sup>).

Наведена аргументація виглядає надуманою. Юридична норма (за термінологією автора – “логічна правова норма”) – це абстракція, що не існує інакше як у “живому вигляді” *нормативних положень* у різних “джерелах права”, які викладаються у відповідній текстовій формі, співвідносячись з нормою як її частини з цілим. Незважаючи на схвальні оцінки автором терміна “нормативний припис” (введений в обіг А.В.Мицкевичем), точнішим є, на мій погляд, термін “нормативне положення”, як *загальний* термін щодо

<sup>71</sup> Там само. – С. 64–67. (переклад мій – О.Ю.).

<sup>72</sup> Див.: Яковлев В.Ф. Объективное и субъективное в методе правового регулирования // Правоведение. – 1970. – № 6. – С. 58.

<sup>73</sup> Див.: Алексєєв С.С. Структура советского права. – С. 120–121.

<sup>74</sup> Там само. – С. 35–36.

<sup>75</sup> Там само. – С. 82–83.

“нормативного припису”. Показовою у цьому зв’язку є спроба автора позначати як “приписи” *правові принципи*. “Ці положення (виділено мною – О.Ю.) в преамбулах кодифікованих актів, – пише він, – також можуть бути охарактеризовані як приписи, лише викладені відповідно до особливостей преамбул не у наказовій, а у розповідній, описовій формі”<sup>76</sup>.

Втім, справа не в назвах. Головне полягає в тому, що, за словами автора, у нормі-приписі слід розрізнити два елементи: *гіпотезу і диспозицію* (санкцію). “Концепція, яка зводить структуру норм лише до триланкової схеми, – вважає С.С.Алексєєв, – крім усього іншого, збіднює наші уявлення про право. Якщо спробувати розкласти увесь зміст права за нормами з “трьома елементами”, то це призведе не лише до зникнення багатьох важливих моментів у змісті регулювання, але й до усунення з права усіх законодавчих узагальнень, що виражають досягнення правової культури. Право виявиться таким, що складається з описових, повторюваних формул, позбавлених того впливу науки і результатів об’єктивного процесу спеціалізації, які властиві йому в даний час”... А втім, додає він, до такого результату вказану теорію призвело прагнення абсолютизувати триланкову схему. Правильна для характеристики логічних норм, тобто первинних зв’язків в ідеальній структурі права, що виражає його державно-владні властивості, ця схема непридатна для аналізу реальних частин правової системи, яка відрізняється високим рівнем спеціалізації<sup>77</sup>.

По суті, розриваючи органічний зв’язок між триланковою структурою юридичної норми та *фактичним вираженням* його в нормативних положеннях різних нормативно-правових актів (про що було сказано вище), автор тут визнав практичну і теоретичну безперспективність уявлення про “логічну норму”. Спроба відшукати “первинні зв’язки в ідеальній структурі права”, позначивши їх невідалим терміном “логічна норма” (зауважимо, терміном, не сприйнятим теорією), що невідомо як виражає “державно-владні властивості права”, засвідчила лише потребу піднятися над “традиційним” розумінням норми права, якимось позбутися численних логічних суперечностей у ньому, однак, насправді, ще більше заплутує розуміння предмета. *Чого варта вказівка на існування зв’язку між нормативними приписами різних актів, якщо цей зв’язок не розглядається як необхідність?* Подібно до інших представників “традиційних” уявлень про юридичну норму, автор навіть не намагається усвідомити природу триланкового поділу норми як виявлення процесу необхідності юридичного закону, тому його позиція принципово не відрізняється від уявлень про норму права більшості теоретиків.

Отже, наведені міркування С.С.Алексєєва засвідчують, що пра-

<sup>76</sup> Там само. – С. 87.

<sup>77</sup> Там само. – С. 95.

вовий інститут розглядається ним як деяка *сукупність*, “комплекс”, “комплект” *нормативних приписів* (в інших випадках – норм), що утворюється в процесі їх інтеграції і становить первинний “блок”, “агрегат” галузі.

Вважаючи нормативний припис вихідним елементом, “живою” клітиною правової матерії, автор розглядає правовий інститут як деяку “первинну правову спільність”, що являє собою відносно відокремлений “блок”, “агрегат” галузі. Для характеристики правового інституту більше ніж для інших структурних підрозділів прийняте поняття “підсистема”. Порівняно з галузями правові інститути менш автономні, вони не утворюють таких відносно замкнених механізмів регулювання, які властиві галузям. Зосереджені на регулюванні певної, часто досить вузької ділянки суспільних відносин даного виду або роду, правові інститути лише у сполученні, у взаємодії забезпечують галузеве регулювання. Водночас головна функція правового інституту полягає в тому, аби в межах своєї ділянки суспільних відносин даного виду чи роду забезпечити цілісне, відносно завершене регулювання. Це означає, що правовий інститут повинен мати повний “комплект” норм, за допомогою яких можна охопити “усі суттєві моменти регулювання відповідної ділянки”. Стейкі, відносно замкнуті комплекси норм, що називаються інститутами, можуть мати різні види, бути в різних зв’язках один з одним, але “усі вони в принципі знаходяться в одній площині, в одному ряду головної структури права (із такою одноманітністю інститутів є лише один виняток – це комплексні галузеві і міжгалузеві інститути, що виражають певне подвоєння структури на даному її рівні)”<sup>78</sup>.

У той же час згадувана вище С.В.Полєніна звертала увагу на наявність у правовій системі поряд із “звичайними” також “комплексних” правових інститутів, підкреслюючи водночас дискусійність питання про існування в системі права комплексних утворень.<sup>79</sup>

Міжгалузеві комплексні правові інститути, писала вона, поділяються на міжгалузеві функціональні та міжгалузеві “суміжні” (“пограничні”) інститути. Перші виникають на стику суміжних неоднорідних галузей права, наприклад, цивільного та адміністративного, між нормами яких встановлюються лише функціональні зв’язки. Враховуючи, що “функціональний характер таких інститутів є стабільним”, автор не розглядала їх як проміжну (перехідну) форму, наявність якої свідчить про можливість виникнення у даній сфері нової галузі права. Щодо міжгалузевих “суміжних” інститутів, які утворюються на стику суміжних однорідних галузей права, наприклад, цивільного і сімейного, то між їх нормами існує рухливий предметно-регулятивний зв’язок. Останній виявляється найчастіше в тому, що на предмет однієї галузі права накладаються деякі елементи методу правового регулювання іншої галузі. Прикладом може

<sup>78</sup> Там само. – С. 119 – 120.

<sup>79</sup> Див.: Полєніна С.В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права. – С. 71–74. Не підтримуючи ідею про існування “комплексних” галузей права, автор разом з тим вважала реальним фактом існування комплексних правових інститутів (міжгалузевих, внутрішньогалузевих, загальноправових).

служувати інститут відшкодування шкоди, спричиненої життю або здоров'ю працівника у зв'язку з виконанням ним трудових обов'язків.<sup>80</sup>

Перетворення "суміжного" правового інституту, а точніше, групи взаємопов'язаних "суміжних" інститутів у нову галузь права можливе лише при досягненні ними певної "критичної маси". Але проблему її визначення автор пропонує вирішувати іншим. Прикладом перетворення найближчим часом у самостійну галузь права, на її думку, може стати природоохоронне право, яке складають міжгалузеві "суміжні" інститути, в основному земельного, водного, лісового та деяких інших галузей права, про що вже було сказано.<sup>80</sup>

Очевидно, перше загальне визначення правового інституту як деякої нормативної сукупності, що складається з певної групи юридичних норм, потребує чіткішого якісного та кількісного визначення останньої, виходячи з її власних суттєвих ознак. А проте, аналізуючи наведені тут уявлення про правовий інститут, необхідно визнати, що вони фактично зводять даний феномен до невизначеного абстрактного "комплекту" норм, зорієнтованого на забезпечення "цілісного відносно завершеного" регулювання "своєї ділянки" суспільних відносин "даного виду чи роду". У цьому уявленні в черговий раз виявляється той самий "традиційний" підхід, що використовується авторами для конструювання з правових інститутів "галузей права" та умоглядної "структури права", виходячи з предмета і методу правового регулювання.

Навіть спеціалізовані інститути, за словами С.С.Алексєєва, присвячені окремим операціям у процесі правової дії, характеризуються такою системною суцільністю, таким "набором" приписів, які дозволяють з достатньою повнотою регламентувати дану ділянку суспільних відносин і, отже, з більшою певністю виявляти їх регулюючи "енергію"... Кожний правовий інститут виокремлюється у правовій системі і за своїм інтелектуально-вольовим змістом. Регулюючи чітко визначену ділянку суспільних відносин, правовий інститут відзначається фактичною і юридичною однорідністю. Його зміст виражений у специфічній групі понять, загальних положень, термінів... Один з найяскравіших яскравих показників регулятивних особливостей та інтелектуально-вольового змісту правового інституту – *своєрідність властивої інституту юридичної конструкції*. Якщо та чи інша група норм – бодай навіть зовнішньо виділена в системі нормативних актів або в структурі окремого акта – не об'єднана суцільною правовою конструкцією, то у такому випадку немає і підстав говорити про наявність правового інституту.<sup>81</sup>

Відтак, роль "юридичної конструкції" є аналогічною ролі методу галузевого регулювання; а оскільки використання тієї чи іншої регулятивної "конструкції" відбувається у процесі нормотворчої діяльності законодавця, то, виходячи з логіки автора, визначення правового інституту спирається не стільки на *об'єктивну* предметну основу правового регулювання, скільки на *суб'єктивне* "інтелектуально-вольове" втілення в цьому регулюванні

"юридичних конструкцій".

Враховуючи відзначений нами раніше особливий характер правової галузі *конституційного права*, певний інтерес викликають уявлення про її правові інститути. Тим більше, що, як відзначається в літературі, у правовій науці досі відсутня єдність поглядів стосовно критеріїв систематизації конституційно-правової матерії, а також кількості та назви її структурних складових.<sup>82</sup>

Конституційне право, зауважує О.А.Бабошин, важко структурувати за аналогією з іншими галузями національної правової системи. Внутрішнє членування нормативного масиву галузі конституційного права ускладнюють такі фактори. По-перше, дуєдина природа предмета правового регулювання. Особливість його полягає в тому, що одні сфери суспільних відносин закріплюються конституційним правом безпосередньо, а другі – опосередковано. Нормами конституційного права закріплюються тільки основи цих відносин. Детальна їх регламентація здійснюється іншими галузями права: адміністративним, цивільним, земельним тощо. По-друге, внутрішньогалузева, іманентно властива конституційному праву, міжінституціональна розчленованість його норм. Норми одного й того ж інституту або підгалузі конституційного права можуть одночасно тяжіти до норм інших його інститутів та підгалузей. Наприклад, у такій підгалузі, як "виборче право", є норми про вибори, про демократичну правову державу, про конституційний статус особи, про статус представницьких органів державної влади. По-третє, міжгалузевий характер значної кількості конституційно-правових інститутів. Так, у регламентації інституту виборчого процесу бере участь адміністративне право; інститут громадських об'єднань регулюється також і цивільним правом; в інституті правового статусу депутатів крім конституційно-правових норм присутні окремі норми кримінально-процесуального та деяких інших галузей права, що передбачають гарантії депутатської недоторканності. Нарешті, по-четверте, статусний характер галузі конституційного права. Інституційні сторони відносин, що регулюються нормами цієї галузі, набувають форми конституційно-правового статусу, а сама галузь – якості статусного права.<sup>83</sup>

Критеріями систематизації конституційно-правової матерії автор вважає сукупність об'єктивних факторів, що диференціюють єдиний нормативно-правовий масив галузі на відносно самостійні і автономні структурні правові сільності – підгалузі та конституційно-правові інститути. До цих критеріїв належать кілька ознак: а) коло суспільних відносин, на регулювання яких спрямовані норми певного структурного компонента галузі (його предметна спеціалізація); б) особливість суб'єктного складу, до якого адресовані норми того чи іншого елемента галузі; в) специфічні принципи і функції, властиві галузевим структурним підрозділам; г) рівень участі інших галузей права в регулюванні підвідомчих їм відносин; д) видова специфіка норм, що утворюють певний конституційно-правовий інститут, а також особливості їх реалізації

<sup>80</sup> Там само. – С. 75 – 79.

<sup>81</sup> Див.: Алексєєв С.С. Структура советского права. – С.122 – 123.

<sup>82</sup> Див.: Бабошин О.А. К вопросу о системе отрасли конституционного права Российской Федерации // Журнал российского права. – 2001. – № 2. – С. 86.

<sup>83</sup> Там само. – С. 86 – 87.

Загальнови́знано, продовжує О.А.Бабошин, що первинним структурним компонентом будь-якої галузі права є правова норма. Другими за рівнем структурними ланками системи конституційного права виступають правові інститути. На думку, що склалася у вітчизняній теорії права, *правовий інститут являє собою систему взаємопов'язаних норм, що регулюють відносно самостійну сукупність суспільних відносин або які-небудь їх компоненти, властивості*.

Виходячи з цього, автор вважає провідним критерієм для систематизації інститутів конституційного права предмет регулювання (головний системоутворюючий фактор). Відзначивши дискусійний характер визначення підгалузей у конституційному праві та запропонувавши свій варіант їх складу, автор далі стверджує, що *підгалузі* складаються з відповідних правових інститутів. Зокрема, підгалузь "Виборче право", на його думку, включає в себе конституційно-правові інститути: а) виборчої системи; б) виборчого процесу; в) принципів виборчого права; г) виборів Президента РФ; д) виборів депутатів Державної Думи Федеральних Зборів РФ; е) виборів вищих посадових осіб та законодавчих (представницьких) органів у суб'єктах РФ. Підгалузь "Парламентське право" включає конституційно-правові інститути: а) Федеральних Зборів – парламенту РФ; б) законодавчого процесу; в) правового статусу депутатів Державної Думи і членів Ради Федерації ФЗ РФ; г) законодавчих (представницьких) органів державної влади суб'єктів РФ; д) правового статусу депутатів законодавчого (представницького) органу суб'єкта РФ.<sup>84</sup>

Звичайно, маючи перед собою зразок наведеного ним *установленого* в правовій науці рідкісно *беззмислового* визначення (дефініції) правового інституту, можна сконструювати безліч правових інститутів, підгалузей тощо, "забуваючи" про головну теоретичну вимогу – пізнання їх *необхідності*.

Отже, доводиться визнати: уже багато років теорія права обмежується в осягненні поняття правового інституту, повторюючи вислів С.С.Алексеева, "точкою зору звичайного слововикористання", називаючи інститутом "усе в галузі права, починаючи від самого права і закінчуючи його одиничними нормами". І, як виявляється, використання терміна "інститут" для характеристики структури права не додає йому "точного, причому однолінійного значення", оскільки правовий інститут пов'язується не з *відповідним* соціально-політичним явищем (яким для нього є *суспільний інститут*, як родове поняття), а з абстрактною "ділянкою суспільних відносин", яких ("ділянок") при бажанні можна "нарізати" у багатоманітній сфері суспільних відносин скільки завгодно і яких завгодно.

## §2. Інституціоналізація у праві

А втім, свідоме чи неусвідомлене підпорядкування теорії права *матеріалістичному* підходу в розумінні суспільних явищ зумовило

певну єдність уявлень різних авторів про *витоки* утворення правового інституту. Вказані витоки пов'язуються з існуванням відповідних *комплексів суспільних відносин*, що регулюються нормами правових інститутів. Відтак, слід, насамперед, конкретизувати уявлення про ці відносини в їх співвідношенні з уявленнями про інститут.

Якщо звернутися до існуючих тлумачень терміна "інститут", то цей термін має декілька варіантів використання; тому необхідно знайти таке тлумачення, яке охоплювало б відповідне значення даного терміна *одночасно* у сфері суспільних відносин, що регулюється правом, і *у самому праві*. Цим визначенням є *інституціоналізація* (institutionalization) – "процес, а також результат процесу, в якому соціальні дії стають впорядкованими у стійкі соціально-структурні особливості".<sup>85</sup> Очевидно, мабуть, що правові інститути фігурують як *необхідні моменти вказаного процесу*, відіграючи роль його *правового забезпечення*. Звідси має бути зрозумілим, що правовий інститут не може бути відірваний від його *змістовної* основи, яку становить відповідний *суспільний інститут*.

Визначення суспільного інституту в правовій системі як правового інституту означає, що даний суспільний інститут визнаний таким чином державою *необхідним установленням*, існування якого стає обов'язковим моментом правопорядку і, відтак, забезпечене санкцією держави. Виходячи з цього, правовий інститут виступає як *нормативно-юридичний спосіб* визнання державою необхідності суспільного інституту. Нормативно-юридичне визначення суспільних інститутів стає ключовим моментом нормотворчої діяльності державного апарату, становить *квінтесенцію* цієї діяльності, оскільки за суспільними інститутами стоять *загальні*, властиві багатьом суб'єктам інтереси, і отже, саме взаємні відношення таких інтересів є визначальними у суспільному розвитку. Природно тому, що вказана діяльність зосереджується найперше на врегулюванні протиріч між цими загальними інтересами. В результаті одні інститути створюються і (або) підтримуються публічною владою, інші, навпаки, заперечуються або обмежуються нею, залежно від того, на боці якого з протилежних інтересів виступає дана влада.

Таким чином, суспільні інститути є об'єктивною *передумовою* цілеспрямованої юридичної діяльності державного апарату, який не лише узаконює їх, але й змінює окремі суспільні інститути та умови їх функціонування, в тому числі шляхом соціальних, еконо-

<sup>85</sup> Див.: Джери Девид, Джери Джулія. Большой толковый социологический словарь.– М., 1999.– Т.1., А– О.– С. 248.

<sup>84</sup> Там само. – С.88– 91.

мічних, політичних, гуманітарних тощо реформ.<sup>86</sup>

(У літературі вказується, що серед соціологічних правових концепцій особливе місце посідає *інституціоналізм*, основи якого були закладені відомим французьким адміністративістом Морісом Оріу (1856–1929). Теорію інститутів названого автора вирізняє серед інших єдність політичної та правової теорії, яка досягалася завдяки тому, що обидві вони базувалися на єдиному понятті інституту – діючого комплексу упорядкованих відносин, що виступає як єдність об'єктивного (фактичного) і суб'єктивного (вольового, психологічного). Реальність права – в об'єктивності нормативних інститутів, які внаслідок їх тривалого існування містять принцип справедливості М.Оріу вважав, що норми права створюються інститутами як автономними соціальними утвореннями (державою, торговими товариствами, профспілками тощо) і в процесі тривалого застосування перетворюються в правові “інститути-речі”. Тому дійсним об'єктивним елементом юридичної системи є не норма права, а інститут. “Корпус” інституту є об'єктивним елементом, і цей “корпус” з його спрямовуючою ідеєю та організованою владою набагато значніший за юридичною силою, ніж правова норма. Саме інститути породжують норми права, але не норми права – інститути. Існування даного виду правових норм пояснюється необхідністю примусового регулювання відносин у соціальних колективах. Інститут, таким чином, містить потроєний нормативний потенціал: він є тривале існування плюс організація влади, плюс консенсус.<sup>87</sup>

Найповніше правова теорія інституціоналізму викладена в працях Ж.Ренара (1876–1943). Як і М.Оріу, він виходив з того, що індивіди не є єдиними суб'єктами соціальних відносин. Крім індивідів у суспільстві взаємодіють безліч соціальних інститутів – комерційні асоціації, сім'я, профспілки, партії, різного роду корпорації, держава, церква тощо. Усім інститутам, незалежно від їх функціональних особливостей та місця, яке вони займають у суспільстві, властиві такі основні ознаки: наявність організуючої ідеї, владність та нормативно-правовий характер. І хоча в межах будь-якої соціальної організації діють ті ж кон-

<sup>86</sup> Див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття ...– С.29. У деяких випадках роль фактичного і правового засновника виконує Конституція. З прийняттям Конституції (або на основі зміни окремих її положень) створюються, наприклад, нові державні органи, ліквідуються раніше існуючі, вводяться додаткові, не відомі практиці елементи в суспільно-політичні інститути. Зрозуміло, усі первинні конституційні рішення повинні бути обумовлені суспільними потребами і мати для свого здійснення економічні, політичні, ідеологічні умови (див.: Лучин В.О. Функциональные аспекты действия Конституции // Советское государство и право.– 1983.– № 11.– С.14.).

<sup>87</sup> Див.: Воротилин Е.А. Онтология права в теории институционализма // Правоведение.– 1990.– № 5.– С. 43– 45.

кретні індивіди, інститут завдяки переліченим ознакам перевищує за тривалістю існування соціальний час життєдіяльності його членів і тому стає об'єктивною, незалежною від “суб'єктивних капризів” системою.

Ж. Ренар вважав інститути юридичними організаціями, що мають внутрішню владно упорядковане життя, автономну авторитарну структуру. Індивіди, які взаємодіють в інститутах, об'єднуються навколо влади, метою якої є “покровительство та керівництво рухом щодо реалізації специфічних інтересів колективу”. Між окремими особами, колективом і владою організації внаслідок єдності мети з необхідністю виникають органічні солідарні зв'язки, що стають нормою існування даного об'єднання. Відтак, теорія інституту, на думку Ж.Ренара, є переважно нарис юридичної онтології. Вона має на меті встановити стани суб'єкта права, враховуючи його буття та класифікуючи інститути за їх нормативною силою.

Заперечуючи проти отождолення права і позитивного законодавства, автор під правом розумів систему інституційно оформлених соціальних фактів, наполягаючи на легітиматії закону в інституті *У суспільстві існує стільки юридичних систем, скільки існує інститутів* (підкреслено мною – О.Ю.). Як юридичні системи інститути суть протиага, що формується для обмеження прав держави і стримування її інтервенціоністської політики. Якби не було інститутів, якби індивід залишався один на один з державною владою, то його боротьба за свої права була б не більш успішною, ніж “похід глиняного глечика проти чугунного котла”. Але, оскільки інститути мають ту саму природу, що й держава, остання не є вже ні політичною державою ліберальної школи, ні економічною державою соціалістів. У політично диференційованій системі суспільства вона лише спрямовує взаємодію інститутів, залишаючись нейтральною, керівною силою.<sup>88</sup>)

Намагаючись побудувати теорію права, в якій існує, фактичне розумілося водночас і як належне, зауважує автор статті, представники концепції інституціоналізму виділяли як самостійне дослідницьке завдання питання про нормативний зміст суспільних відносин. Визнаючи практичну значущість даної проблеми, автор разом з тим не погоджується з онтологічною інтерпретацією права, запропонованою прибічниками інституціоналізму. Нормативність, пише він, є функцією, поряд з аксіологічною, виховною тощо усіх форм суспільної свідомості. Нормативне не є ні автоматичною похідною від матеріальних умов життя даного суспільства, ні самодостатнім, відірваним від реальних суспільних відносин началом. Нормативне як регулятор є засіб організації людської діяльності (її упорядкування, регламентації) і поза соціальними відносинами виникнути не може, оскільки лише в них людина здійснює свою діяльність. Сказане зовсім не означає, зауважує автор, що відносини, необхідні з

<sup>88</sup> Там само. – С. 45–46.

точки зору життєдіяльності тієї чи іншої суспільної групи, самі собою несуть нормативність. Соціальні приписи і норми створюються конкретними людьми. Саме тому і може не збагатися об'єктивно необхідне для колективу з його суб'єктивним відбиттям у нормах, і так само можливе узаконення як загальних таких інтересів, які ними зовсім не є... Суспільне відношення, що опосередковує класові інтереси, закріплюється за допомогою норми права як зразок (модель), а його постійне відтворення у даному вигляді забезпечується політичною владою.<sup>89</sup>

З наведених тут уявлень випливає, що правовий інститут не зводиться до абстрактних відносно автономних частин позитивного права (трудового, сімейного, адміністративного тощо), до деякої спільності нормативних положень, яка визначається властивими лише їй предметом і методом правового регулювання. Основу дійсного правового інституту, як деякої особливої *нормативно-правової форми* санкціонування державою відповідного суспільного інституту, становлять закони функціонування останнього, що обумовлюють існування певного позитивного права, яке передбачає необхідний набір юридичних норм.

Натомість, конструкція "правового інституту", яка фігурує у традиційних уявленнях, являє собою "правову спільність" деяких абстрактних норм або уможлядне об'єднання нормативних приписів, відірваних від їх реальної основи. Іншими словами, правовий інститут визначається виходячи з хибного протиставлення абстрактного і конкретного в його понятті; через це виглядають непереконливими теоретичні спроби штучно "закріпити" той чи інший інститут за певною галуззю права.

Із сказаного випливає, що правовий інститут набуває свого якісного визначення в опосередкуванні відповідного суспільного інституту юридичною діяльністю державного апарату, яка перетворює цей суспільний інститут в особливого суб'єкта позитивного права. Названий суб'єкт виявляє себе в організованій певним чином взаємодії індивідів у процесі функціонування даного суспільного інституту, виступаючи як особлива нормативна цілісність, характер якої визначається соціальним призначенням (соціальною природою) вказаного інституту, підпорядковуючись необхідності його існування у конкретному суспільстві.

"Законодавець, – зазначав К.Маркс, – повинен дивитися на себе як на дослідника природи. Він не робить законів, він не винаходить їх, а тільки формулює, він виражає у свідомих позитивних законах внутрішні закони духовних відносин. Ми повинні були б кинути докір законодавцєві в безмежному свавільстві, якби він підмінив суть справи своїми вигадками. Але так само і законодавець має право розглядати як безмежне свавільство той випадок, коли при-

ватні особи хочуть здійснити свої капризи всупереч суті справи. Нікого не змушують брати шлюб, але кожного змушують користися законам шлюбу, якщо він узяв шлюб. Той, хто бере шлюб, не *створить* шлюбу, не *винаходить* його, він так само мало творить і винаходить шлюб, як плавець – природу і закони води та ваги. Тому шлюб не може бути підпорядкований свавільству того, хто взяв шлюб, а, навпаки, свавільство того, хто взяв шлюб, повинно бути підпорядковане суті шлюбу...

Шлюбна розлука є тільки встановлення факту: даний шлюб є *помертий* шлюб, його існування є тільки видимість і обман. Само собою розуміється, що ні сваволя законодавця, ні сваволя приватних осіб, а тільки *суть справи* вирішує кожного разу, помер шлюб чи ні, бо *встановлення факту смерті*, як відомо, залежить від суті справи, а не від *бажань* заінтересованих сторін. *Упевненість* в тому, що *умови*, при яких існування тих чи інших моральних відносин не відповідає більше їх суті, констатуються правильно, без упереджених думок, у відповідності як з досягнутим рівнем науки, так і з сформованими в суспільстві поглядами, – ця впевненість, звичайно, тільки тоді може мати місце, коли закон є свідомим виразом народної волі, отже – коли він виникає разом з нею і нею створюється... Щодо шлюбу законодавець може встановити тільки ті умови, при яких *дозволяється* розірвати шлюб, тобто при яких шлюб по суті своїй є вже *розірваним*. Судове розірвання шлюбу може бути тільки протоколюванням його внутрішнього розпаду. Точка зору законодавця є точка зору необхідності. Законодавець, виходить, *поважає* шлюб, визнає його глибокоморальну суть, коли він вважає його досить сильним, щоб витримати безліч колізій, не втрачаючи при цьому своєї суті. М'якість щодо бажань індивідів перетворилася б у жорстокість щодо того, що становить суть цих індивідів, щодо їх морального розуму, який втілюється в моральних відносинах".<sup>90</sup>

Виявляється, таким чином, що у процесі інституціоналізації визначаються характер і спосіб взаємодії людських індивідів, відбувається підпорядкування їх взаємних відносин, їх життєдіяльності законам функціонування тих чи інших суспільних інститутів. У цьому зв'язку не зайве згадати, що, критикуючи Л.Фейербаха за зведення ним релігійної сутності до *людської* сутності, К.Маркс заперечував проти розуміння сутності людини як абстракту, властивого окремому індивідові. У своїй дійсності вона є сукупність усіх суспільних відносин, вважав він. (Фейербах, який не займається критикою цієї дійсної сутності, через це, за словами Маркса, змушений: 1) абстрагуватися від ходу історії, розглядати релігійне почуття відособлено і припустити абстрактного – *ізольованого* – людського індивіда; 2) через це у нього людська сутність може розглядатися тільки як "рід", як внутрішня, німа спільність, що зв'язує безліч індивідів тільки природними узами<sup>91</sup>). Отже, за логікою Маркса, *дійсна родова сутність* людини, якою є сукупність

<sup>89</sup> Там само. – С. 46–47.

<sup>90</sup> Див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Твори. – Т.1. – С.154 – 156.

<sup>91</sup> Див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Твори. – Т.3. – С. 2 – 3.

усіх суспільних відносин, конкретизується у сутності видовій, в особливих сукупностях (сферах) суспільних відносин, у різних суспільних інститутах. Відтак, індивід виступає не просто як суспільний індивід взагалі, а як учасник суспільного виробництва (власник або трудящий), як член сім'ї, громадянин держави, релігійна особа тощо, тобто визначається залежно від його належності до різноманітних суспільних інститутів.

А оскільки ці закони так чи інакше усвідомлюються і санкціонуються державним апаратом, вони набувають значення *юридичного закону*, втілюючись у певних *юридичних нормах*, які складають у своїй сукупності *сферу позитивного законодавства*. З цього випливає, що зміст юридичних норм, якими опосередковується функціонування конкретного суспільного інституту, залежить від особливостей нормативної організації даного інституту, особливостей, що виявляються не інакше як у *взаємному відношенні юридичних норм*.

Системні якості права виявляються в різноманітних функціональних зв'язках між його елементами, завдяки чому одні правові норми розглядаються як гарантії інших. Взаємодія явищ допомагає зрозуміти їх сутність, вона за вама своїми характеристиками може слугувати самостійним об'єктом дослідження. Саме у відношеннях з іншими речами виявляються властивості даної конкретної речі. Гарантії правових норм як діалектична категорія – не є “дещо зовнішнє” щодо правових норм, і навіть не самі норми, а відношення між ними.<sup>92</sup>

Схоже, однак, що природа юридичних норм як *необхідно пов'язаних складових правового забезпечення суспільного інституту* не досить чітко усвідомлюється теоретиками права. Припис, зазначає, наприклад, С.С.Алексєєв, повною мірою виявляє усі свої якості, в тому числі нормативні, державно-владні властивості, *через зв'язки*, що включають його в єдиний правовий організм. Тому припис як правове явище повинен розглядатися в єдності з іншими приписами, іншими підрозділами правової системи... Конкретний нормативний припис немов “обшлутаний” цілою мережею різноманітних зв'язків; у такому стані він і функціонує і завдяки цим зв'язкам справляє різнобічну, глибоку дію на суспільні відносини. Звідси випливає, продовжує автор, що розвиток правової системи полягає в удосконаленні не тільки конкретних нормативних приписів, але й усього комплексу норм, з якими ці приписи пов'язані. Більш широке використання в нормативних актах узагальнених, норм-принципів, норм-завдань тощо означає не лише посилення ідеологічного змісту актів, їх виховної сили, але й збагачення зв'язків між конкретними приписами, що виражають їх регулятивну “енергію”.<sup>93</sup>

Як бачимо, тут фактично відсутнє уявлення про дійсну роль суспільного інституту у визначенні змісту та характеру взаємодії

юридичних норм. Між тим, розвиток правової системи полягає в удосконаленні не стільки *самих по собі* конкретних нормативних приписів, і навіть “усього комплексу норм”, з якими вони пов'язані, скільки з *необхідністю* правового регулювання *усіх сторін функціонування певних суспільних інститутів*, які потребують такого регулювання, і тільки *цією необхідністю* об'єктивно зумовлюється удосконалення окремих приписів чи розвиток їх сукупностей.

Даний висновок, на мій погляд, переконливо підтверджується практикою правової інституціоналізації політичних партій у сучасному світі і формуванням так званого “партійного права”.

Правова інституціоналізація політичних партій, зазначає Ю.А.Юдін, це процес перетворення їх у правовий інститут шляхом дедалі ширшого регулювання правом комплексу відносин, пов'язаних з утворенням, організацією та діяльністю партій.<sup>94</sup> Таке розуміння цього правового феномена, зауважує він, є пануючим у вітчизняній та зарубіжній науці конституційного права. Разом з тим інституціоналізація політичних партій нерідко безпосередньо пов'язується з їх правовим регулюванням. Не треба, однак, забувати, що партія – це насамперед політичний інститут, тобто формалізована організація з уяма притаманними їй ознаками (певна структура відносин, ієрархія влади різних рівнів, дисципліна членів тощо). Отже, продовжує автор, поняття “інституціоналізація політичних партій” має ширше значення: воно включає в себе також і процес створення формалізованої організації (корпоративними) нормами (статут, внутрішній регламент тощо).<sup>95</sup>

Практично правова інституціоналізація політичних партій, і найперше, становлення їх як найважливішого конституційно-правового інституту, починається на другому етапі світового конституційного процесу (між двома світовими війнами). У цей період посилюється втручання держави в життя суспільства і відповідно розширюються межі конституційного регулювання. Ні теоретики права, ані позитивне право не могли більше ігнорувати зростаючу роль партій у політичній системі суспільства, у функціонуванні державного механізму. Саме тоді набула широкого поширення концепція “партійної держави” (“держави партій”), що стала обґрунтуванням необхідності правового регулювання діяльності партій. Проте у цей період можна говорити лише про тенде-

<sup>94</sup> Див.: Юдин Ю.А. Политические партии и право в современном государстве. – М., 1998. – С. 5.

<sup>95</sup> Там само. – С. 5–6. Автор при цьому наводить думку відомого польського конституціоналіста М.Соболевського про те, що “феномен визнання правом політичних партій в науці часто називають процесом інституціоналізації партій, хоча точніше слід було б говорити про правову інституціоналізацію”. Він також відзначає, що в літературі зу-стрічаються й інші точки зору на інституціоналізацію політичних партій (називають дві форми інституціоналізації: конституційну та законодавчу, дві форми правового регулювання партій – конституціоналізацію та інституціоналізацію, тощо). Сам автор вважає, що сутність феномена визнання правом політичних партій найбільш точно відбиває поняття “правова (юридична) інституціоналізація” (Там само. – С. 6–8).

<sup>92</sup> Див.: Боброва Н.А. Системность государственного-правовых норм как гарантия их функционирования // Правоведение. – 1980. – № 6. – С. 29–30.

<sup>93</sup> Див.: Алексєєв С.С. Структура советского права. – С. 85–86.

нцію, що намітилася, до правового регулювання політичних партій. Найбільш чітко вона виявилася у законодавстві штатів США на початку 20-х років і меншою мірою – в конституційному законодавстві західноєвропейських країн.

Разом з тим правову регламентацію партій почали широко здійснювати виборче і парламентське право. У цьому відношенні відзначалася Чехословаччина, законодавство якої регулювало навіть відносини політичних партій з їх депутатами у парламенті. Своєї особливості мала правова інституціоналізація партій у тоталітарних державах (Італія, Німеччина, Іспанія). Власне, зауважує автор, в останньому випадку навряд чи можна говорити про “партії” у традиційному значенні, оскільки партія перетворюється в орган держави.

На сучасному етапі світового конституційного розвитку, що розпочався на рубежі 80 – 90-х років, процес правової інституціоналізації політичних партій набув дальшого розвитку. За незначними винятками усі новітні конституції закріплюють основи правового статусу партій. Крім того, прийняті десятки спеціальних законів про партії, їх діяльність стала предметом регулювання різними галузями національного права, тобто набула справді комплексного характеру.<sup>96</sup> (Відзначимо, у свою чергу, що в Україні відбувається аналогічний процес. Від регламентації політичних партій в рамках єдиного закону про об’єднання громадян на початку 90-х років законодавчий процес невинно рухався до спеціального закону про політичні партії І, звичайно, слід сказати про закріплення загальних засад створення і функціонування політичних партій у новій Конституції України, а також згадати про дедалі детальнішу детальну регламентацію участі партій у виборчому законодавстві нашої держави – О.Ю.).

Комплексний характер правового регулювання даного інституту вбачається в тому, що ним охоплюються питання юридичного визначення політичної партії, завдання, функції, права та обов’язки політичних партій, порядок утворення, зупинення та припинення діяльності політичних партій, правова регламентація їх ідеологічних та організаційних основ, а також питання фінансової діяльності політичних партій, їх взаємовідносин з іншими інститутами політичної системи.

На завершення наведемо деякі міркування автора щодо галузевого визначення у правовій системі правової інституціоналізації політичних партій.

Розширення обсягу правового регулювання інституту політичних партій, зазначає він, привело до появи концепцій про формування у сучасних державах особливого “партійного права” (“права партій”). Постає питання, чи є “партійне право” самостійною галуззю національного права? Деякі зарубіжні автори відповідають на нього позитивно.<sup>97</sup> На думку автора, для виділення “партійного права” у самостійну галузь немає достатніх підстав. Можна вважати “партійне право” однією з підгалузей конституційного права (як, наприклад, виборче право, парламентське право). Специфіка його полягає в комплексному характері, оскільки відносини, що є предметом регулювання, регламентуються не лише конституційно-правовими, але й іншими нормами (напри-

<sup>96</sup> Там само. – С. 8–13.

<sup>97</sup> Згадуваний уже М.Соболевський на це питання відповідає так: право політичних партій є у небагатьох буржуазних державах, воно з’явилося нещодавно і розвинене слабо (Там само. – С.18).

клад, тими, що стосуються набуття і втрати партіями легального статусу, їх фінансової діяльності).<sup>98</sup>

Приклад правової інституціоналізації політичних партій становить інтерес не лише з точки зору підтвердження *практикою* нашого висновку, про який було сказано вище. Набагато цікавішим є цей приклад у плані *критики* “традиційних” критеріїв визначення галузей права (предмета і методу) під кутом зору дослідження проблеми галузевого статусу “партійного права”. Адже, і в даному випадку підхід Ю.А.Юдіна до вказаної проблеми нічим *по суті* не відрізняється від наведених міркувань з цього приводу інших теоретиків, автор залишається в полоні “загальноновизнаної” теоретичної концепції.

Звичайно, важко долати усталені, такі, що склалися десятиліттями, наукові погляди, особливо в таких “глобальних” питаннях правової теорії, як структура правової системи, її галузева диференціація тощо. Але є питання, на які автор мав би дати собі відповідь, досліджуючи проблему визначення “партійного права” у правовій системі. Поставимо ці питання замість автора.

Насамперед, чому відносини інституту політичних партій, що становлять предмет регулювання “партійного права”, регламентуються не лише конституційно-правовими, але й іншими нормами права? Якщо ці відносини є *неоднорідними* з точки зору права, то чому вони об’єднані в *один предмет* правового регулювання? Чому норми “чужих” галузей регулюють “не свій власний” галузевий предмет? Що це за “інші норми”, яких галузей права? І яке місце займають вони в такому випадку у “своєї” галузі?

Можна, звичайно, оголосити *нормативні положення*, які регулюють порядок реєстрації партій, “нормами адміністративного права”; положення, що встановлюють порядок їх фінансування, назвати “нормами фінансового права”; положення, якими регулюються цивільні відносини партій з іншими суб’єктами або трудові відносини громадян з політичними партіями, вважати відповідно “нормами цивільного права” та “нормами трудового права”...

Відтак, у предметі адміністративного права ми зустрінемо мозаїчний фрагмент *відносин, пов’язаних з реєстрацією* (партій, громадських організацій, засобів масової інформації, суб’єктів господарювання, актів громадянського стану, просто громадян, зброї, домашніх тварин та ще багато чого). Що дає ця “мозаїка” для теорії, а особливо, для практики? Невже у когось виникне бажання об’єднати усі ці строкати *положення про реєстрацію* в один адміні-

<sup>98</sup> Там само. – С.18–19.



стративно-правовий “інститут реєстрації” чи прийняти єдиний законодавчий акт (“адміністративно-реєстраційний кодекс”)? Але ж практика йде іншим шляхом: положення про реєстрацію того чи іншого суб’єкта, об’єкта, акта містяться, звичайно, у тих нормативних актах, які стосуються безпосередньо цих суб’єктів, об’єктів, актів (у законі про політичні партії, законі про зброю тощо). Чому так? Мабуть, тому, що *сама по собі реєстрація не має ніякого значення, вона має певний сенс лише у зв’язку з тими суспільними інститутами, щодо яких держава вважає за необхідне здійснювати адміністративну реєстрацію. Адже саме з реєстрацією пов’язується набуття партією чи іншим суб’єктом певного юридичного статусу в умовах існуючого правопорядку. Тому реєстрація політичної партії має розглядатися як необхідний момент її правової інституціоналізації, і, отже, нормативні положення щодо реєстрації партій належать до “партійного права”.*

З іншого боку, навряд чи правильно назвати предметом регулювання “партійного права” трудові відносини громадян, які працюють у структурах апарату партії. Чому? Знову таки, мабуть, тому, що вказані відносини не є *необхідними* для існування даного суспільного інституту, не є *суттєвою ознакою* у визначенні політичної партії, складовою, без якої не може відбутися її правова інституціоналізація. Разом з тим трудові відносини є *суттєвим* моментом життєдіяльності другої сторони цих відносин – громадянина, в них реалізується його *трудове право*. А оскільки з точки зору останнього вказані відносини принципово не відрізняються від трудових відносин громадянина з іншими суб’єктами (інститутами), то нормативне регулювання цих відносин здійснюється в межах *загального регулювання трудових відносин*, нормативними положеннями актів *трудового права*. Саме тому спеціальні закони (про політичні партії, про засоби масової інформації, про профспілки, про релігійні організації тощо) не повинні містити і, як правило, не містять положень, що регулюють трудові відносини. Лише за наявності *специфічних особливостей* цих відносин положення, що відображають ці особливості, з’являються в нормативних актах “партійного права”, “парламентського права” тощо.

Те ж саме стосується правового регулювання цивільних, господарських, земельних, виборчих та інших відносин за участю політичних партій.

Отже, нормативні положення, якими регулюються *однорідні* суспільні відносини (у нашому випадку – трудові), можуть міститися в нормативних актах як трудового права (якщо ці відносини мають загальний характер), так і в нормативних актах, що належать до інших сфер законодавства (залежно від специфіки цих відносин,

зумовленої особливостями відповідного суспільного інституту). Що стосується співвідношення вказаних нормативних положень з юридичними нормами, то останні формуються з тих положень, які зумовлені *необхідністю санкціонування відповідного позитивного права*. Таким чином, “партійне право” складається з тих юридичних норм, які є *необхідними виключно для забезпечення правової інституціоналізації політичних партій*; способом актуалізації цих норм стає *законодавство про політичні партії*.

Однак це не означає, що функціонування партій не підпадає також під дію інших юридичних норм, призначених для регулювання їх участі у відносинах, що є *однорідними*, загальними для багатьох суспільних інститутів (як, наприклад, трудові, цивільні, адміністративні, господарські тощо). Ці норми, так би мовити, “міжправового” характеру неначе “винесені за дужки” особливої у кожному випадку правової інституціоналізації різних суспільних інститутів, як дещо для цієї останньої *загальне*.

Як видно, ми зовсім не торкалися в своїх міркуваннях методу правового регулювання. У зв’язку з цим виникає питання: чи не є взагалі метод правового регулювання (в його “традиційному” розумінні) *методичною складовою цього загального правової інституціоналізації суспільних інститутів, чи не належить вказаний метод до сфери юридичної техніки?* Можливо. Але, в усякому разі, очевидно, що метод як абстрактний критерій галузевої диференціації правової системи скоріше заплутує пізнання структурної будови права, ніж допомагає йому. Мабуть, не в останню чергу це пояснюється тим, що досі в юридичній науці, як не дивно, відсутнє задовільне поняття “юридичної техніки”. На думку деяких теоретиків права, спостерігається, з одного боку, чітка тенденція до відмови від старих підходів, надання проблемі нового ракурсу, а з іншого – незавершеність процесу, відсутність чіткої системи категорій для позначення юридичної техніки.<sup>99</sup>

### § 3. Інституційне право – необхідний момент поняття права

Якщо послідовно додержуватися наведеного вище уявлення про характер взаємодії юридичних норм, необхідно визнати, що у правовій системі юридична норма та відповідні нормативні положення, в яких вона втілюється, не існують як *автономні* управлінські рішення державного апарату, якими санкціонується те або інше

<sup>99</sup> Див.: Муромцев Г.И. Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // Пра- воведение.- 2000.- № 1.- С.18 - 19 ; див., також: Ющик О.І. Юридична техніка: проблеми визначення поняття // Парламентаризм в Україні: теорія та практика / Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. - К., 2001.- С. 644 - 649.

окреме суб'єктне право; юридична норма функціонує тільки як *необхідна складова певної нормативної цілісності*, деякого нормативного утворення, що виступає як певне *позитивне право*.

Інакше кажучи, взаємозв'язки юридичних норм мають значення не як абстрактні зв'язки між окремими нормативними приписами в абстрактному "єдиному правовому організмі" чи абстрактній "єдності з іншими приписами, іншими підрозділами правової системи", а саме як взаємозв'язки *юридичних норм певного позитивного права*, яке *суттєво* об'єднує вказані норми. У такому сенсі позитивне право являє собою *дещо загальне*, своєрідне осереддя *родової спільності* тих вихідних суб'єктних прав, які визначені в юридичних нормах, що становлять "нормативний набір" даного позитивного права.

Так, вихідне суб'єктне право неповнолітньої дитини на її утримання є "родовою належністю" *сімейного* позитивного права, поряд з іншими однорідними "сімейними" суб'єктними правами (на опіку і піклування, на виховання дитини, усиновлення тощо). Зрозуміло також те, що вихідні трудові права, кримінальні права держави або адміністративні права тощо не є *однорідними* з названими тут та іншими "сімейними" правами, а являють собою *іншого роду* позитивні права: трудове, кримінальне, адміністративне і т.д.

Таким чином, правовий інститут логічно розглядати як деяке *особливе*, як необхідний момент *визначення позитивного права* у правовій системі.<sup>100</sup> Разом з тим він є моментом визначення змісту юридичних норм, які представляють *дещо одиничне*.<sup>101</sup> При цьому в названому процесі визначення юридичних норм *реально* виявляє себе "вертикальний" (ієрархічний) аспект нормативної спеціалізації, тобто процес конкретизації вихідних юридичних норм у законодавчих та підзаконних нормативних актах.

З цієї точки зору позитивне право, оскільки воно розглядається на рівні особливості та одиничності, як *момент процесу конкретизації права*, виступає як *інституційне право* (яке утворюють право-

ві інститути) та як *суб'єктне право*. Отже, у правовій системі будь-якої держави *офіційне право* набуває *форми позитивного права, інституційного права та суб'єктного права*, в їх єдності й суперечливості, в яких відбивається *закон функціонування* офіційного права.

(Діалектична логіка, відзначав М.М.Розенталь, розглядає поняття як відбиття сутності, суттєвих, закономірних зв'язків предметів. Сутність речей розкривається шляхом узагальнення. Поняття – це результат узагальнення маси одиничних явищ, воно є суттєво загальне... Обмеженість формальної логіки полягає в тому, що вона своїми способами узагальнення не розкриває діалектичні протиріччя. Справді, узагальнення – це виявлення взаємозв'язку, взаємовідношення загального і одиничного. Формальна логіка, вирішуючи свої завдання, здійснює узагальнення шляхом порівняння ознак речей. Одиничні ознаки – це такі, що властиві лише даному предмету; загальні – це ознаки, однакові для багатьох предметів. Для створення загального поняття необхідно відкинути ознаки, властиві одиничним явищам, і залишити тільки ознаки, спільні для всього класу явищ. При цьому способі узагальнення загальне протистоїть одиничному, різноманітним одиничним явищам. Загальне і одиничне розділяються і вивчаються кожне окремо. Звичайно, такий поділ і вивчення важливі це необхідно для того, щоб відрізнити один предмет від іншого, одиничні ознаки від загальних, вид від роду тощо.

Однак, зазначав автор, при такому способі узагальнення загальне не виступає як суперечлива сутність, як єдність загального і одиничного. Оскільки формальна логіка трактує поняття лише як сукупність ознак, а взаємовідношення загального і одиничного також розглядає лише з точки зору належності ознак до того чи іншого поняття, то для неї важлива не діалектика загального і одиничного, зв'язки, переходи одного в друге, а їх відмінність, відособлення. Такого роду узагальнення Гегель називав "абстрактними загальностями", оскільки загальне тут виступає саме собою, а одиничне саме собою, поза зв'язком одного з одним, не як тотожність протилежностей. Загальне протистоїть різноманітному світові одиничних явищ, а не включає його в себе діалектично, у "знятому" вигляді Гегель зауважував, що в такому випадку "усяке різноманіття стоїть *поза поняттям*, і останньому притаманна лише форма абстрактної загальності". Діалектична природа загального як вираження сутності, закону речей полягає в тому, що багатство одиничного не згасає у загальному, а зберігається. Таке узагальнення суттєво відрізняється від узагальнення, в якому багатство одиничного випаровується, і залишається

<sup>100</sup> Особливе, зазначав Гегель, містить ту загальність, яка становить його субстанцію... Особливе не лише містить загальне, але й показує його також *через свою визначеність*; тим самим загальне утворює собою ту *сферу*, яку повинно вичерпати особливе... Особливість є цілокупність у собі самій і *проста* визначеність, по суті своїй *принцип*... Загальне визначає себе; у цьому сенсі воно саме є особливе. Особливе має загальність у самому собі як свою сутність... Особливість є не що інше, як визначена загальність (див.: Гегель Г. Наука логіки. – М., 1972. – Т.3. – С. 40–44).

<sup>101</sup> Так само як загальність уже безпосередньо в собі і для себе є особливість, так і особливість... є *одиничність*, яку слід розглядати найперше як третій момент поняття, оскільки її фіксують як таку, що *протистоїть* двом першим... *Загальність і особливість* виявили себе, з одного боку, як моменти *становлення* одиничного. Однак в одиничності вони не переходять у щось інше (Там само. – С. 48–55).

одна порожня абстракція<sup>102</sup>).

Повну відсутність діалектичного підходу до визначення позитивного та суб'єктивного права, не кажучи про відсутність взагалі уявлення про інституційне право, наочно демонструють наступні спроби пояснити гносеологічний аспект "права в об'єктивному і суб'єктивному сенсі". Відмінність між правом в об'єктивному і суб'єктивному сенсі, зазначає М.І.Матузов, склалася в науці давно, вона мала місце ще в римській юриспруденції, а потім у наступних правових системах як на європейському континенті, так і в США. Найбільший розвиток і обґрунтування ця концепція одержала, зокрема, у німецькій юриспруденції XIX ст., а також у працях російських дореволюційних правознавців. (Зауважимо: далі автор відзначає негативне ставлення французьких правознавців до розмежування цих двох видів права, і особливо до використання терміна "суб'єктивне право" – О.Ю.).

Власне, ідея двох видів права, за словами автора, закладена у природно-правовій доктрині, хоча існування понять права в об'єктивному і суб'єктивному сенсі завжди породжувало у юристів спори, часто стало причиною різного розуміння та вирішення багатьох інших правових проблем. Автор тут же робить застереження, що поняття об'єктивного і суб'єктивного права не слід плутати з *проблемою об'єктивного і суб'єктивного в праві*. Це різні питання, хоча і взаємопов'язані. Що стосується категорій "об'єктивне право" і "суб'єктивне право", то вони є умовними фразеологічними поняттями (виразами, словосполученнями), прийнятими у світовій юридичній науці і практиці. Це не філософський аспект, а "головним чином логіко-понятійний, гносеологічний, який стосується походження вказаних понять, процесу їх утворення, змісту, природи, онтологічного статусу, методології дослідження".

Термін "право", продовжує автор, багатозначний. Він не завжди й не усма вживається в одному й тому ж сенсі, а набуває різного значення залежно від того, яке юридичне явище хочуть виразити. Коли з'явилася лінгвістична потреба розмежувати два різних явища шляхом утворення двох самостійних понять, то слово "право" стало вживатися з визначеннями "об'єктивне" і "суб'єктивне". Виникли вирази: "об'єктивне право" і "суб'єктивне право", котрі й призначені були *позначити і закріпити такі, що відділилися одна від одної реальності* (підкреслено мною – О.Ю.). Правова наука, на думку М.І.Матузова, скористалася визначеннями "об'єктивне" і "суб'єктивне" не випадково і не для того тільки, щоб розмежувати два таких, що тісно скупуються, але не збігаються, явища, а для того щоб повніше відобразити їх суспільно-юридичну природу, функціональну роль і соціальне призначення. І "якщо вже говорити про більш чи менш вдалу і точну термінологію, то в науковому відношенні, теоретично, коли право в сенсі правоможності конкретної особи зіставляється з правом в об'єктивному сенсі (норма), кращий якраз термін "суб'єктивне право", оскільки він більш правильний і адекватно виражає суть і специфічні особливості позначуваного явища".<sup>103</sup>

Називаючи "суб'єктивне" і "об'єктивне" право двома видами

<sup>102</sup> Див.: Розенталь М.М. Принципы диалектической логики. – М., 1960. – С. 211–215.

<sup>103</sup> Див.: Матузов Н.И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 131–134.

права, існування яких зумовлюється природно-правовою доктриною, автор не полишає позиції, яка критикувалася ще в 20-і роки минулого століття.<sup>104</sup> Наведені тут уявлення М.І.Матузова про "об'єктивне" і "суб'єктивне" право зводяться, по суті, до тих "абстрактних загальностей", про які писав Г.Гегель. Роз'єднуючи поняття та ізолюючи їх одне від одного, розриваючи сутнісні зв'язки, марно розраховувати на "більш повне" пізнання "суспільно-юридичної природи" права, його "функціональної ролі" та "соціального призначення". Розглядати суб'єктивне право і сукупність норм права як два види права так само логічно, як зіставляти зернину з колосом, називаючи їх двома "видами" жита.

Очевидно, що відштовхуючись від ідеї "двох видів права", наврод чи вдасться досягнути *поняття* правового інституту, оскільки традиційне уявлення пов'язує його лише з одним "видом" права (а саме, з "об'єктивним правом"), розглядаючи названий інститут як деяку *формальну* сукупність норм. Навпаки, визначення правового інституту як нормативно-правової форми санкціонування державою певного суспільного інституту є *суттєвим, загальним* поняттям, що визначає правовий інститут *взагалі*, як явище правового життя, *змістовно* пов'язане з визначенням суспільного інституту.

Разом з тим правовий інститут взагалі – це абстракція, але абстракція розумна, оскільки, як зазначав К.Маркс, вона дійсно виділяє загальне, фіксує його і тому звільняє нас від повторень.<sup>105</sup> А оскільки існування правового інституту органічно пов'язується з певним суспільним інститутом, що зумовлює формування відповідного позитивного права, то загальне поняття правового інституту не може абстрагуватися від визначення останнього як моменту позитивного права. Іншими словами, загальна визначеність правового інституту в правовій системі пов'язується з позитивним правом, передбачаючи, що правовий інститут взагалі, як *родова загальність*, завжди виступає як дещо *тотожне з певним позитивним правом*, як інститут *певного виду* позитивного права: інститут трудового права, кримінального, цивільного права тощо, а не лише як узагальнення на рівні позитивного права у цілому, як деякий абстрактний "інститут позитивного права".

З іншого боку, оскільки правовий інститут виявляє своє існування в одиничних юридичних нормах, визначаючи їх зміст, то ці виявлення правового інституту в різних нормативних сукупностях

<sup>104</sup> Звичайно, писав Є.Б. Пашуканіс, після того, як нам уже дано загальне визначення права, ми дізнаємося, що, власне, існують два види права: суб'єктивне і об'єктивне. При цьому в самому визначенні можливість такого розщеплення зовсім не передбачається (див.: Пашуканіс Е.Б. Общая теория права и марксизм. – М., 1928. – С. 19).

<sup>105</sup> Див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Твори. – Т. 12. – С. 669 і наст.

уявляються як широке різноманіття правових інститутів, їх *різновиди*, що їх деякі теоретики права намагаються так чи інакше класифікувати.

Юридична неоднорідність права, відзначав С.С.Алексєєв, виявляється і на рівні його інститутів. Правові інститути насамперед поділяються за галузями права. Як головні структурні підрозділи галузі, вони (крім міжгалузевих комплексів) завжди мають точно визначену галузеву “прописку”... Між тим правові інститути мають власну класифікацію, до якої загальнотеоретична і галузева література звертається, на жаль, дуже рідко, хоч *поділ правових інститутів на різновиди є важливим аспектом структури права...* У принципі, продовжує автор, системно кожного правового інституту може бути встановлений той головний системоутворюючий фактор, який обумовив відособлення даного комплексу нормативних приписів. Частіше за все – це особливості даного різновиду суспільних відносин, тобто особливості предмета регулювання. Деякі інститути відособилися за функціональною ознакою і за ознакою того, є вони загальними чи спеціальними.

Разом з тим треба бачити, що правові інститути є різноплановими. Тому реальні різновиди правових інститутів можуть бути з достатньою точністю встановлені лише тоді, коли при їх розгляді *почергово* вводяться класифікаційні підстави з урахуванням дії різних системоутворюючих факторів. Лише за такого підходу стає можливим виявити справжню картину реально існуючих правових інститутів, кожен з яких займає точно визначене місце в системі галузі права. До того ж, на рівні правових інститутів, мабуть, більше, ніж на інших рівнях структури, позначається вплив суб’єктивних факторів. Прорахунки в побудові нормативного матеріалу, що допускаються при кодифікації та виданні окремих актів, недоліки в юридичних конструкціях, невинуваті виділення окремих комплексів норм – усе це інколи призводить до “накладання” одних інститутів на інші, до порушень логіки права, до втрати чітких меж між інститутами (що, крім іншого, викликає конкуренцію норм у процесі юридичної кваліфікації справ на практиці).<sup>106</sup>

Таким чином, визнаючи структурний рівень правових інститутів таким, що є “найменш стійким” щодо впливу суб’єктивних факторів, автор, по суті, заперечує об’єктивну змістовну основу правового інституту – відповідний суспільний інститут, і розглядає правовий інститут як більш-менш довільну конструкцію законодавця, що *не обумовлена необхідністю функціонування суспільного інституту*, нормативною основою цього функціонування. Разом з тим, розглядаючи різновиди правових інститутів як деякі відособлені нормативні сукупності в межах галузі права, що визначаються залежно від тих чи інших класифікаційних підстав, та пропонуючи вводити ці підстави визначення “почергово”, С.С.Алексєєв займає логічно суперечливу позицію. Названі сукупності норм характеризуються різними ознаками, за якими вони можуть класифікуватись

<sup>106</sup> Див.: Алексєєв С.С. Структура советского права.– С.135– 137.

у правовій системі, в тому числі ознаками, що суперечать одна одній повністю або частково. Тому запропонований ним “підхід” на-вряд чи дасть можливість виявити “справжню картину реально існуючих правових інститутів, кожен з яких займає точно визначене місце в системі галузі права”, в чому намагається переконати нас автор.

(У цьому зв’язку варто звернути увагу на визначення в літературі єдиного предмета цивільного права. Зокрема, широкого поширення набула точка зору про те, що “через відносну самостійність цивільно-правової галузі у сферу її дії втягуються нетипові для неї особисті немайнові відносини, для яких виявилось можливим використовувати цивільно-правовий метод регулювання суспільних відносин, що вже склався”. Однак і в цьому випадку “неминуче постає питання, чому саме особисті немайнові, а не якісь інші суспільні відносини виявилися втягнутими у сферу цивільно-правового регулювання”. Очевидно, особисті немайнові відносини мають з майново-вартісними відносинами загальну властивість, що й дозволило поширити на них цивільно-правовий метод регулювання суспільних відносин... Майново-вартісні та особисті немайнові відносини – це різні види суспільних відносин, що впливає з самої їх назви. Виявити їх загальну властивість можливо лише на самому високому рівні абстракції. І цілком закономірно, що в результаті такого абстрагування виходить досить абстрактне поняття, яке не дає достатньо повного уявлення про суспільні відносини, що регулюються цивільним правом. Проте виявлення такої загальної властивості необхідне для обґрунтування предметної єдності цивільно-правової галузі.<sup>107</sup>

Втім, предметом інституту, що регулює немайнові відносини, виявляються не всі особисті немайнові відносини, а тільки їх частина, яка “не пов’язана з майновими”. Щодо другої частини цих відносин, то вони регулюються “іншими структурними підрозділами цивільного права”. На думку автора, найбільш повно узгодити правове регулювання особистих немайнових та майново-вартісних відносин, що взаємодіють між собою, можливо лише в тому випадку, якщо регулювання вказаних відносин буде здійснюватися в межах одного структурного підрозділу системи цивільного законодавства. Ось чому доцільно об’єднати в *одному структурному підрозділі цивільного законодавства* регулювання особистих немайнових і пов’язаних з ними майново-вартісних відносин. Таким чином, поділ особистих немайнових

<sup>107</sup> Див.: Егоров Н.Д. Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права // Правоведение.– 1984.– № 6.– С. 33– 34. Такою загальною властивістю автор вважає взаємооціночний характер майново-вартісних і особистих немайнових відносин, що передбачає застосування до них єдиного методу правового регулювання.

відносин на пов'язані і непов'язані з майновими не впливає на їх галузеву належність і обумовлює лише їх внутрішньогалузеву структурну диференціацію в межах цивільного права. Особисті немайнові відносини, що не пов'язані з майновими, регулюються відносно відособленим структурним підрозділом цивільного права – інститутом особистих немайнових прав громадян і організацій. Особисті ж немайнові відносини, пов'язані з майновими, регулюються внутрішньогалузевими комплексними структурними підрозділами цивільного права: автоторським та винахідницьким правом, а також правом на відкриття<sup>108</sup>).

Отже, предметна належність особистих немайнових відносин до того чи іншого інституту цивільного права, за логікою автора, залежить від того, до якого “структурного підрозділу” цивільного законодавства віднесені “положення, якими регулюється та або інша частина цих відносин”, тобто, простіше кажучи, залежить від *сваволі законодавця*. У такому випадку потреба наукового визначення *поняття* правового інституту взагалі відпадає.

Необхідно, далі, зазначити, що *види* правових інститутів (основу яких становить певне позитивне право), звичайно, не зустрічаються у правових системах як емпірично дані. В реальній дійсності ті чи інші види правових інститутів являють собою конкретні *одиничні* правові інститути, що складають строкате різноманіття цих інститутів, обумовлюючись різним характером позитивних прав, тобто різною галузевою належністю вказаних інститутів, а отже, різними кожного разу умовами їх виявлення у правовій системі. В результаті правові інститути набувають кожного разу *особливої* визначеності, яка знаходить виявлення в особливих властивостях, індивідуальних рисах, специфічних ознаках вказаних інститутів, а саме в різному наборі вихідних суб'єктних прав, умов та гарантій їх реалізації, що дають пізнанню матеріал для класифікації видів правових інститутів.<sup>109</sup>

З іншого боку, суспільні інститути не існують як відособлені одна від одної організації чи сукупності суспільних відносин, а *взаємодіють* між собою, утворюючи цілісне людське суспільство, ці-

<sup>108</sup> Там само. – С. 36–37.

<sup>109</sup> А втім, вважав Гегель, такому пізнанню бракує іманентного принципу членування, тому що воно бере визначеність змісту з даного. Справа пізнання може полягати тут лише в тому, щоб, з одного боку, упорядкувати знайдене в емпіричному матеріалі особливе, а з іншого – шляхом порівняння знайти також його загальні визначення. Ці визначення тоді визнаються основами членування, які можуть бути різноманітними, так само як можуть мати місце такі ж різноманітні членування згідно з цими основами. Відношення ланок членування – видів – одна до одної має тільки те загальне визначення, що вони визначені одна щодо одної за прийнятою основою членування; якби різниця між ними ґрунтувалася на якомусь іншому міркуванні, то вони не були б координовані одна з одною як рівноцінні (див.: Гегель Г. Наука логіки. – Т.3. – С. 265).

лісну систему людських відносин; вказані взаємодії інститутів так чи інакше відбиваються у взаємних відношеннях тих позитивних прав, якими вони регулюються. Дані відношення, звичайно, виражаються у різних функціональних зв'язках юридичних норм *різних* правових інститутів, об'єднуючи вказані норми у нормативні “комплекси”, що уявляються дослідникам як *окремий вид* “міжгалузевих” правових інститутів поряд з правовими інститутами “галузевими”.

А проте, якщо класифікаційні основи не є *необхідними*, можливі різні видові визначення правового інституту за будь-якою довільно взятою основою. Враховуючи, що визначення видів правових інститутів потребує окремого розгляду, ми не будемо тут зупинятися на ньому. Зауважимо лише, що для видової диференціації останніх необхідно виходити з *реального змісту* конкретних правових інститутів, тобто: 1) набору вихідних суб'єктних прав, 2) сукупності юридичних фактів, які визначають умови існування цих прав і 3) системи гарантій реалізації вказаних прав як *необхідних* складових будь-якого правового інституту.

(Такий спосіб дій, зауважував Гегель, який не містить у собі поняття, коли то приймають певну визначеність за суттєвий момент роду і відповідно включають у цей рід те чи інше особливе або виключають його з нього, то починають з особливого і керуються при його сполученні знову ж іншою визначеністю – такий спосіб є грою свавілля, котре вирішує, яку частину або сторону конкретного утримати і відповідно до цього здійснити класифікацію. Звідси виходить те, що в одному ряду природних речей виступають як надто характерні і суттєві такі ознаки, які в іншому ряду стають неявними і безцільними, тим самим стає неможливо дотримуватись одного такого роду принципу класифікації. Загальна *визначеність* емпіричних видів може полягати лише в тому, що вони взагалі *відрізняються* один від одного, не будучи протилежними.<sup>110</sup>

У цілковитій відповідності з даним зауваженням С.С.Алексєєв вбачає у правовій системі наступні різновиди правових інститутів: 1) регулятивні і правоохоронні; 2) предметні та функціональні, з особливим різновидом процедурно-процесуальних інститутів; 3) загальні інститути (загальнозакріплюючі та основні); 4) інститути, спеціалізовані за сферами (“гілками”) відносин даного виду (наприклад, за видами власності); 5) генеральні інститути. Крім того, автор підтримує ідею О.С.Йоффе про існування “субінститутів”, а також пропонує таку

<sup>110</sup> Там само. – С. 266–267.

структурну одиницю права як “об’єднання інститутів”, що являють собою “особливий, найбільш високий рівень будови галузі права”. До останніх належать підгалузі права. Специфічними, вторинними правовими утвореннями автор вважає галузеві комплексні інститути, поряд з якими існують також міжгалузеві комплексні інститути, як підрозділи комплексних галузей.<sup>111</sup> У такий “спосіб дій” в правовій системі можна “відкрити” безліч видів правових інститутів).

Нам важливо тут відзначити, що формування правової системи потребує не лише усвідомлення дійсних законів функціонування суспільних інститутів, а отже, пізнання нормативної сфери цих інститутів, *необхідності* правового регулювання вказаної сфери, але й пізнання взаємодії суспільних інститутів як основи формування *цілісної системи* позитивного права.

## ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ТА ПРАКТИКА

### §1. Публічне і приватне право: у полоні дихотомії

Свого часу в дисертації, присвяченій дослідженню проблеми співвідношення структури радянського права і структури радянського законодавства, її автором було зроблено “важливий у науковому і практичному відношенні висновок” про те, що наявність галузей радянського законодавства безпосередньо обумовлюється *єдиною об’єктивною основою – галузями права, їх системою*. Це, однак, не означає, застерігав він, “що галузей законодавства рівно стільки, скільки галузей радянського права. Такий погляд обмежується лише складом системи права і не враховує тієї обставини, що взаємодія галузей права в процесі регулювання суспільних відносин у ряді випадків викликає у системі законодавства формування відповідних підрозділів – комплексних інститутів, підгалузей і галузей. У цьому зв’язку галузі радянського законодавства поділяються на галузі, адекватні однойменним галузям права, і галузі комплексні, що виражають взаємодію галузей права”.<sup>112</sup>

Таким чином, галузева структура законодавства, за логікою автора, складається із “простих” (“адекватних”) законодавчих галузей, в яких галузі права виявляють себе як такі, *безпосередньо*, і “складних” (“комплексних”) законодавчих галузей, що формуються як результат деяких взаємних відносин між галузями права, в процесі їх “взаємодії”. Отже, у будь-якій правовій системі галузей законодавства має бути завжди більше, ніж галузей права.

На жаль, залишилося відкритим питання про *характер* “взаємодії” галузей права, разом з невизначеністю поняття останніх, що дає широкий простір для умоглядного теоретичного конструювання системи законодавства, виходячи з різних уявлень як про галузь права взагалі, так і про склад та характер взаємодії галузей права у правовій системі.

При цьому в останні роки у вітчизняній науці окреслилася певна тенденція до пошуку орієнтирів для формування національної правової системи у співвідношенні *публічного та приватного права*. Дослідження даної проблеми навіть визнаються “популярними”.

Останнім часом, пишуть, наприклад, Є.Харитонов та О.Харитонова, набули

<sup>111</sup> Див.: Алексеев С.С. Структура советского права. – С.135– 160.

<sup>112</sup> Див.: Евграфов П.Б. Соотношение структуры советского права и структуры советского законодательства // Автореферат дисс. на соиск. уч.ст.канд. юрид.наук. – Х., 1981. – С.17.

популярності дослідження, пов'язані із з'ясуванням сутності приватного права, його предмета та методу тощо. В цьому немає нічого дивного, якщо врахувати, що інтерес до даної проблематики є не тільки, а іноді навіть і не стільки теоретичним, скільки суто прагматичним. Адже *фактично йдеться про обрання нової моделі (структури) українського права, відповідно до якої мають формуватися, пристосовуючись до неї, галузі законодавства, створюватися кодекси, визначитися їх зміст та характер взаємодії тощо* (виділено мною – О.Ю.). Особливо гостро ця проблема постає у галузі регулювання господарських відносин, де традиційно не стихає суперечка між прихильниками цивільно-правового регулювання останніх і прибічниками існування так званого “господарського” права.<sup>113</sup>

Отже, йдеться не про якісь схоластичні дискусії, а про “обрання нової моделі (структури) українського права”, за якою повинні бути сформовані галузі законодавства, створені кодекси, визначено їх зміст та характер взаємодії... Іншими словами, теоретики мають сконструювати “структурну модель” правової системи, а політики та законодавець – розробити і прийняти визначений цією “моделлю” набір законодавчих актів певного змісту, насамперед, кодексів. І що з того, що практика досі йшла дещо іншим шляхом? Тим гірше для неї...

Щоправда, дискусія з приводу “обрання нової моделі”, на думку згаданих авторів, “набула дещо деформованого характеру”, головним чином через те, що йде з'ясування поняття приватного права, а публічне право майже не згадується і у кожному випадку сутність останнього не піддається аналізу. Наслідком цього, за словами авторів, “є використання досить приблизних критеріїв визначення приватного і публічного права, нечітке розмежування першого і другого, а іноді навіть підміна понять та категорій”.<sup>114</sup> У зв'язку з цим вони визнали за доцільне “з'ясувати сутність дихотомії “приватне право – публічне право” та характер взаємовідносин між її елементами”.

Зауваживши попередньо, що “ця конструкція є умовною і призначення її головним чином полягає в тому, щоб *установити засади, які мають застосовуватися при регулюванні тієї чи іншої групи відносин*” (підкреслено мною – О.Ю.), автори найперше звертають увагу на “необґрунтовані спрощення у визначенні деякими сучасними авторами сутності цих понять та різниці між приватним і публічним правом”. Наприклад, нерідко проблема спрощується шляхом отождолювання права і законодавства. Прибічники такої позиції вва-

жають, що оскільки всяке право (тобто законодавство) є явищем публічним, то й приватне право існує лише в межах публічного права.

(Тут автори мають на увазі статтю акад. В.К.Мамутова, в якій він, зокрема, пише: “Закон, що приймається вищим органом влади, не може не вважатися актом публічним і, отже, за визначенням не може розглядатися як акт приватного права, прирівнюючись тим самим до придуманих двома чи декількома приватними особами в рамках публічного закону умов укладеної угоди. Навіть якщо розділяти захист у законодавстві приватних і публічних інтересів, то *будь-який закон, спрямований на захист інтересів приватних, тим самим захищає і загальний, публічний інтерес*. Якщо публічного інтересу немає, то закон не приймається. Він не приймається (у демократичній державі), якщо суперечить публічному інтересу. Так по суті підходять до цієї проблеми в англосаксонській, соціалістичній, ісламській системах права. *Саме поняття Закону*, – продовжує автор, – включає публічність, передбачає, що це публічний акт, який виражає державну волю, державний інтерес”. “Приватний закон чи інший нормативний акт держави – це нонсенс. Усі нормативні акти держави – за визначенням акти публічні. Приватним може бути лише те, що встановлено приватними особами, а не державою...”

Що ж у такому випадку, – запитує В.К.Мамутов, – *є приватне право*? Приватне право – це правила поведінки, норми, встановлені угодою окремих осіб в наданих їм законом, тобто публічним актом, рамках, в рамках дозволеного їм законом. Правила, норми, які вони своєю угодою встановили для себе і лише для себе. Правом їх можна назвати тому (чи в тому випадку), що закон дозволив їх встановити і, оскільки вони законним способом встановлені, забезпечує їх захист.

Розмежування публічно-правових і приватноправових норм, вважає автор, – це наукова класифікація норм за їх юридичною властивістю – встановлені вони державою чи окремими особами з дозволу держави. Поділ же права і законодавства на галузі здійснюється за предметом регулювання, тобто на зовсім іншій підставі. Присутність чи відсутність в тій чи іншій галузі права (або перевага) норм публічно-правових чи приватноправових не впливає на поділ права за предметом регулювання, бо і ті і ці можуть бути присутніми у різних галузях...” На думку автора, викладені міркування слід було б враховувати, здійснюючи класифікацію норм права з науковою та навчальною метою. У процесі ж правотворчості, вважає він, “слід вирішувати, що потрібно врегульовувати прямо в законі, з одного боку, і врегулювання яких питань слід залишити на розсуд суб'єктів тих чи інших взаємовідносин – з іншого. Потрібно підбирати такі комбінації різних норм, які б забезпечували ефективне регулювання відповідного предмета, а не прилаштовувати законодав-

<sup>113</sup> Див.: Харитонов Є., Харитонova О. До питання про значення дихотомії “приватне право – публічне право” // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – №2(21). – С.83. Далі ми зупинимося на традиційно не стихаючих суперечках “прихильників-цивілістів” та “прибічників-господарників” навколо необхідності кодифікації господарського законодавства, оскільки з цієї проблемою чи не найбільше пов'язана галузь міфотворчості теоретиків права.

<sup>114</sup> Там само. – С. 83–84.

ство під розроблені окремими юристами критерії класифікації норм”.

Таким чином, підсумовує В.К.Мамутов, “публічне право – “правила гри”, встановлені державою. Приватне право – “правила гри”, встановлені самими “гравцями” (але охоронювані державою, якщо вони встановлені в рамках закону). Уявляється, що такий підхід до предмета дискусії дає достатньо прийнятні орієнтири для юридичних досліджень і класифікацій”<sup>115</sup>).

Заперечуючи проти некоректного ототожнювання названим вище автором “права” і “закону”, Є.Харитонов та О.Харитонova стверджують, що “зараз розмежування цих понять практично не викликає заперечень”. Отже, продовжують вони, “усуваючи перше спрощення, варто зняти проблему ототожнювання законодавства і права і вести мову про право як сукупність лише нормативних актів державних органів”<sup>116</sup> (підкреслено мною – О.Ю.).

Відзначимо одразу, що “розмежування” понять “права” і “закону” якщо й не викликає заперечень у авторів, то є щонайменше сумнівним, якщо не вважати такою, що давно вирішена юридичною теорією, проблему вироблення наукового поняття “права” і наукового поняття “закону”. Відтак, “усуваючи перше спрощення” і пропонуючи своє, “дихотомічне спрощення” проблеми, автори (що є цілком закономірним), тільки ускладнюють її.

Справді, якщо вести мову про “право як сукупність лише нормативних актів державних органів”, то чим тоді за своєю нормативною природою є локальні нормативні акти недержавних суб’єктів (наприклад, колективні договори, правила внутрішнього розпорядку, статuti господарських товариств тощо) або акти органів місцевого самоврядування? Невже вони не мають ніякого відношення до права? І що залишається для “поняття” закону (до того ж, невідомо, про який “закон” йдеться у авторів: у “широкому” чи у “вузькому” значенні слова<sup>117</sup>)? Нарешті, яке місце у запропонованому авторами розумінні “права” відводиться такому моменту, як суб’єктне право?

По суті, називаючи “спрощенням” проблеми викладену тут точку зору В.К.Мамутова, автори досить “спрощено” обійшлися з її критичним осмисленням. Адже, оскільки мається на увазі *юридичне право*, як суспільний феномен, воно взагалі не уявляється без опосередкування в юридичній діяльності держави, яка є інститутом публічної влади. Очевидно, що таке опосередкування з необхідністю накладає відбиток публічності на право в усіх його моментах. Тому немає нічого алогічного в тому, щоб розглядати з точки зору

<sup>115</sup> Див.: Мамутов В. До питання про поняття приватного права // Вісник Академії правових наук. – 1999. – № 2(99). – С. 58–61.

<sup>116</sup> Див.: Харитонов Є., Харитонova О. До питання про значення дихотомії... – С. 84.

<sup>117</sup> Див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття... – С. 26–27.

форми публічності будь-який момент права, включаючи “приватне право” (чи то як “об’єктивне” право, чи то як право суб’єкта). Адже моє право приватної власності у разі його порушення захищається судом, тобто у публічно-правовий спосіб, а, отже, у цьому моменті воно виявляє свою властивість публічної захищеності.

Інша справа, що розглядати публічне і приватне право лише як “правила гри”, відрізняючи їх за формальною ознакою (залежно від суб’єкта встановлення правил), недостатньо, оскільки залишається невизначеною змістовна сторона відмінності, а головне, характер їх взаємного відношення.

(У зв’язку з цим можна нагадати висловлене мною ще у 1996 році бачення проблеми співвідношення публічного і приватного права. Воно, загалом, зводиться до наступного. Санкціонуючи домагання суб’єктів у формі суб’єктних прав, державний апарат виступає тим самим на стороні законних інтересів проти інтересів незаконних. Але з точки зору закону усі суб’єктні права мають однакову юридичну силу; тому державний апарат представляє усі взагалі законні права, суб’єктне право як таке, який би конкретний інтерес не був узаконений у праві суб’єкта.

Якщо, далі, по відношенню один до одного управлені суб’єкти громадянського суспільства виступають як носії законних приватних (особливих) інтересів, отже, як суб’єкти приватного права, то в їхніх взаєминах з державним апаратом (який здійснює загальний інтерес цих суб’єктів – узаконення їх особливих інтересів) вони стають суб’єктами публічного права. Адже, як зазначав К.Маркс, якщо особливі функції і сфери діяльності позначаються як функції і сфери діяльності держави, як державна функція і як державна влада, то вони не можуть бути приватною власністю, а тільки державною власністю.

Іншими словами, предметний зміст сфери приватного права визначається усією багатоманітністю життєвих домагань членів громадянського суспільства, в яких втілюються їх особливі економічні, соціальні, національні, культурні тощо інтереси. Навпаки, предметний зміст сфери публічного права визначається одним-єдиним (спільним для усіх суб’єктів приватного права) домаганням, а саме: домаганням на узаконення (санкціонування) державним апаратом їх приватних домагань і отже, втілених у них інтересів. Адже будь-яке приватне право суб’єкта стає дійсним правом тільки якщо воно санкціоноване як таке державою, а отже, як опосередковане сферою публічного права.

Вказаній відмінності предметного змісту приватноправової і публічно-правової сфер відповідає й різний характер участі держави у них. Так, у сфері приватного права держава виступає тільки як суб’єкт особливого інтересу, що нічим не відрізняється від інших суб’єктів особливих (приватних) інтересів, що знаходить вираження в абстракт-



ній формі т.зв. *юридичної особи*. У сфері публічного права держава, навпаки, представляє тільки *загальний інтерес* і лише відтак виступає як *дійсна держава* (при цьому слід зауважити, що абстракція *держави як такої*, за словами К.Маркса, є характерною лише для нового часу, оскільки лише для нового часу характерна абстракція приватного життя. Абстракція *політичної держави* є продукт сучасності). З цього випливає, що належність юридичної норми до тієї чи іншої галузі права має *об'єктивну основу* і, отже, приватне право диференціюється на основі *різних інтересів*, що реалізуються у тих чи інших відносинах між членами громадянського суспільства. Щодо публічного права, то основу диференціації його норм становить визначення публічного права як *права-установлення, права-утвердження і права-охоронення*, які реалізуються у відповідних функціях держави<sup>118</sup>).

Звичайно, таке загальне розуміння проблеми співвідношення приватного і публічного права не є "істиною в останній інстанції", однак, очевидно, що суть цієї проблеми не зводиться до розмежування "права" і "закону".

А проте, продовжуючи "усувати спрощення" (наступним з яких є, за словами авторів, обрання "класичного, але надто лаконічного і приблизного визначення поняття приватного та публічного права і, як наслідок цього, неточне обрання критеріїв їх розмежування"), Є.Харитонов та О.Харитонова намагаються "встановити характерні відмінності між приватним та публічним правом і на цьому підґрунті дати їх визначення".

"Що стосується загальної характеристики приватного права, то тут, – зазначають вони, – особливих труднощів не виникає... Зокрема, приватне право можна визначити як сукупність правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремих осіб, котрі не є фігурантами держави, не перебувають у взаєминах влади та підпорядкування одна щодо одної, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи"<sup>119</sup>.

При цьому, додають автори, "від санкціонування даних відносин державою їх характер не змінюється, оскільки в ідеальному варіанті закони держави мають відповідати приписам природного права, а в реальному – якщо й не відповідають, то мають прагнути до цього (якщо, звичайно, не йдеться про громадянське суспільство і правову державу)"<sup>120</sup> (підкреслено мною – О.Ю.).

<sup>118</sup> Див.: Ющик А.И. Правовая реформа как способ преобразования (реорганизации) институтов государства // Дисс. на соиск. науч. ст. канд. юрид. наук. – К, 1996. – С. 54–59.

<sup>119</sup> Див.: Харитонов С., Харитонова О. До питання про значення дихотомії ... – С. 84–85. Звичайно, це визначення хіба що з великою натяжкою назвеш "класичним", "надто лаконічним" і навіть "приблизним", тому будемо вважати, що авторам вдалося усунути "спрощення" і в цій частині.

<sup>120</sup> Там само. – С. 86.

Справді, що може змінити "санкціонування відносин державою", якщо окремі особи самі "рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи"? До чого тут взагалі "санкціонування" держави?

На жаль, залишилося таємницею авторів, який "ідеальний варіант" вони мають на увазі, чому закони "мають прагнути" до того, щоб "відповідати приписам природного права", і що це за таємничі "приписи"? Відтак, поки автори зберігають свою таємницю, читач має всі підстави розглядати їхні "утаємнення" як *правову міфотворчість*.

(Зі свого боку, буде не зайвим навести тут "класичні" міркування з приводу так званого "природного права".

У процесі розвитку права, відзначав Г.Гегель, виявилася відмінність між правом і суб'єктивною волею. Реальність права, яку особиста воля спочатку дає собі безпосередньо, виявляється надалі опосередкованою через суб'єктивну волю – моментом, що надає наявне буття праву-в-собі або, навпаки, таким, що відділяє себе від нього і себе йому протиставляє. Навпаки, суб'єктивна воля в цій абстракції, згідно з якою вона повинна бути силою, що підноситься над правом, сама по собі є дещо незначне; по суті вона має істинність і реальність лише остільки, оскільки в собі самій вона виступає як наявне буття розумної волі – *моральність*. У зв'язку з цим вираз "*природне право*", що був звичним для філософського вчення про право, містить у собі двозначність, яка зводиться до питання, чи слід право сприймати як існуюче в природі *безпосередньо*, чи так, як воно визначається за самою суттю справи, тобто відповідно до свого *поняття*. Перше розуміння у минулі часи вважалося звичним; був навіть вигаданий деякий *природний стан*, в якому немовби панувало природне право, тоді як стан суспільства і держави, навпаки, вимагає нібито і тягне за собою певне обмеження свободи і принесення в жертву природних прав. Насправді однак, право і всі його визначення засновуються виключно на *вільній особі*, на *самовизначенні*, що є скоріше протилежністю *природного визначення*. Природне право є тому наявне буття сили і надання вирішального значення насильству, а природний стан – стан насильництва і порушення права, про яке не можна сказати чогось більш істинного, як тільки те, *що з нього необхідно вийти*. Навпаки, суспільство є той єдиний стан, в якому право тільки й має свою дійсність: те, що слід обмежити і чим належить пожертвувати, є якраз *сваволя і насильництво, властиві природному стану*<sup>121</sup>).

"Що стосується визначення публічного права, – продовжують Є.Харитонов та О.Харитонова, – то цьому питанню у вітчизняній літературі останніх років уваги практично не приділялося. Головним чином воно дискутувалося у зв'язку з проблемою конституювання так званого "господарського права", що

<sup>121</sup> Див.: Гегель Г. Энциклопедия философских наук. – М., 1977. – Т.3. – С. 333–334.

призводило до фрагментарної і не завжди коректної характеристики публічного права". З урахуванням наведених тут же авторами "характерних рис і властивостей цієї категорії публічне право можна визначити як сукупність правових норм, що складають особливу функціонально-структурну систему, яка з метою врегулювання і захисту загальносуспільних інтересів за допомогою приписів переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб'єктами, що є фігурантами держави або перебувають у взаєминах влади та підпорядкування".<sup>122</sup>

На підрунті "такого розуміння сутності" (!) приватного і публічного права автори спробували "встановити їх значення для регулювання тих чи інших відносин за участю приватних осіб, держави, її фігурантів". Це значення зводиться, виявляється, до того, що "варто вести мову не про підприємницьке (господарське) право взагалі, а про підприємницьке публічне право та підприємницьке приватне право". Більше того, "в зв'язку з таким тлумаченням сутності дихотомії "приватне право – публічне право"... та оскільки йдеться про те, що новий Цивільний кодекс України має бути кодексом приватного права, то логічним було б поряд з ним прийняти Кодекс публічного права. Так само як Цивільний кодекс має закріплювати засади приватного права і стати підґрунтям для низки галузевих кодексів (Підприємницького, Житлового, Морського і т.ін.), Кодекс публічного права мусить встановлювати засади публічного права і бути підґрунтям для Кримінального, Податкового та інших галузевих кодексів".<sup>123</sup>

Таким чином, спроба авторів внести ясність у дискусію з приводу існування так званого "господарського" права, з'ясувавши сутність дихотомії "приватне право – публічне право", виявилася, м'яко кажучи, непродуктивною. І не випадково, якщо враховувати теоретико-пізнавальні можливості дихотомії взагалі.

Найпростіша дихотомія, що розуміється як протиставлення двох категорій досліджуваних об'єктів, як відзначають М.Доган і Д.Пеласці, є найбільш безпосереднім і легким способом класифікації. К.Леві-Стросс стверджує, що такий хід осмислення є загальним і притаманний навіть примітивному розуму. Узятий на озброєння вченими такий дихотомічний поділ може виявитися більш-менш сміливим і привести до результатів неоднакової значущості Мо-

<sup>122</sup> Див.: Харитонов Є., Харитонів О. До питання про значення дихотомії ... – С.86–87. Не будемо оцінювати "коректність" запропонованого визначення, звернемо лише увагу на той факт, що для приватного і публічного права автори передбачають "допомогу" різного роду приписів: у першому випадку – це "приписи природного права", а у другому – "приписи особливої функціонально-структурної системи, переважно імперативного характеру". Чим не міфотворчість?...

<sup>123</sup> Там само. – С. 87– 89. Навряд чи автори самі вірять у можливість створення, а головне, практичну потребу в такому документі як "Кодекс публічного права". Керуючись такою "логікою", визначати "загальні засади", узагальнювати можна все. Чому б тоді взагалі не створити Єдиний Кодекс Права, поділивши його на дві великі "книги"? Адже, як відзначають автори, "що стосується публічного права, то воно разом з приватним у сукупності утворює єдину загальну систему права, яке є складовою частиною цивілізації (культури)" (Там само.– С.87).

жна оцінити його достоїнство, чітко визначивши властиві йому граничні можливості...

Дихотомія може бути побудована на основі таких простих критеріїв, як розмір, багатство, вік. Такий підхід, що дозволяє оцінити первинні, неопрацьовані дані, придатний для багатьох наукових дисциплін, наприклад, для біології. Економісти і демографи також часто використовують спосіб дихотомічної попередньої оцінки. Однак у галузі політики, зауважують автори, дихотомічний поділ переслідує більш далекі цілі, оскільки такий підхід пов'язаний з прагненням знайти критерії класифікації, що проявляються не стільки у безпосередньо відчутних формах, скільки у діючих модальностях... Оскільки дихотомія передбачає встановлення концептуальних категорій, абстрагованих від реальності, вона є досить цінним етапом первинного упорядкування. Традиційне протиставлення сільському – міському або релігійного – світському завжди сприяло орієнтації процесу дослідження. Істина пізнається у протиставленні...

З іншого боку, як зазначають автори, дихотомія усе спрощує. Ніколи поділ на два класи за своєю розрізняльовальною здатністю не може бути настільки ж чітким, як поділ на сім, дев'ять чи двадцять класів... Дихотомічні класифікації викривляють і вихолощують реальність навіть у тому випадку, коли створюються соціологами, які прагнуть зрозуміти динаміку перемін і процесів.

Дихотомія, корисна при визначенні сфери порівняльних досліджень, може привести до шкідливого спрощенства... Непоміркване протиставлення традиції і сучасності може виявитися спірним, оскільки обидва фактори співіснують, очевидно, у різному співвідношенні в кожній країні, передовій чи такій, що розвивається... Реальність нелегко вміщується в рамки дихотомічного поділу. Вона чинить опір йому тим більший, чим більш неадекватними є вибрані концептуальні категорії... Можна поставити під сумнів доцільність дихотомічного протиставлення, наприклад, плюралістичних демократій і тоталітарних систем, оскільки в сучасному світі, що налічує понад 160 країн, до першої категорії належать лише 30–35 країн, а до другої – усього кілька. У цьому полягає слабка сторона дихотомічного поділу, успадкованого з недавнього, але уже застарілого минулого. Стосовно до гетерогенної реальності сьогодення такий дихотомічний поділ часто позбавлений сенсу. Він не допомагає нам зрозуміти усього різноманіття існуючих країн; навпаки, об'єднує усе багатоманітність відмінностей (тим самим зглажуючи їх) у дві великі категорії, які фактично знаходяться на двох протилежних полюсах... Прагнучи дати пояснення явищу у самій загальній формі, дихотомічний підхід сам по собі не забезпечує ніякого іншого вибору, крім альтернативного... Дихотомізація обов'язково є одномірною, незалежно від складності її змісту, вона завжди є односпрямованою...

Залежно від вибору критеріїв класифікації два крайні полюси однієї схеми можуть виявитися об'єднаними в іншій схемі класифікації. Так, соціальна структура Сполучених Штатів і колишнього Радянського Союзу, звичайно, неоднакова, але дослідники відзначають дивну схожість у системах їх основних цінностей. Аналіз міфів та ідеологій виявляє ту саму схожість. Ті, хто займається дослідженням політичних утопій, добре знають, як інколи "занепад" у розумінні якого-небудь "лівого" може бути схожим на "золотий вік" у розу-

Отже, залишаючись у полоні дихотомічного підходу до визначення *сутності* публічного і приватного права, можна “відкрити” хіба що пару загальних банальностей, далеких від реальності, як, наприклад, ідея “кодексу приватного права” (замість традиційного цивільного кодексу) та “кодексу публічного права”, якого не існує в жодній державі світу. Адже “реальність нелегко вміщується в рамки дихотомічного поділу”... Що залишається любителям дихотомії? Створювати *міфи* про “публічне” і “приватне” право, про неіснуючі в природі “приписи природного права”, вигадувати велетенські кодекси і таке інше.

Справедливості заради треба відзначити, що дихотомічні уявлення названих вище авторів про “сутність” приватного та публічного права не є винятковими. Мало чим, по суті, відрізняється від них позиція М.М.Сібільова.

В європейській правовій науці, в тому числі науці дореволюційної Росії, відзначає він, протягом тривалого часу точилася дискусія з питань щодо критерію розмежування приватного і публічного права, в якій брали участь, зокрема, такі відомі вчені як Д.Мейер, С.Муромцев, Л.Петражицький, І.Покровський, Е.Трубецької, Г.Шершеневич. Глибокий аналіз цієї дискусії зробив Б.Черепакін. І хоча в дискусії так і не було остаточно вирішене питання про те, за яким критерієм відбувається поділ права на приватне і публічне, все ж слід сказати, що її результатом було фіксування низки істотних питань, що не втратили актуальності до цього часу. По-перше, поділ права на приватне і публічне є об’єктивним. По-друге, межа між цими сферами права є мінливою. Відшукання критерію такого поділу необхідно для встановлення в кінцевому результаті межі панування держави (публічної влади) над особою. По-третє, критерій поділу права на приватне і публічне умовно можуть бути поділені на матеріальні пов’язані зі змістом відносин, що регулюються, та формальні пов’язані зі способом їх регулювання. По-четверте, поділ права на приватне і публічне впливає на систему права. Подальший історичний розвиток суспільства, незважаючи на істотні соціальні потрясіння, що відбулися в ХХ ст., підтвердив правильність і актуальність цих положень. Спроби відкинути ідею об’єктивності поділу права на приватне і публічне, спираючись на мінливість меж між ними та навіть на заборону його з допомогою директивних вказівок В.Леніна, в кінцевому результаті успіху не мали, хоча й істотним чином не тільки загальмували розвиток правової науки, а й призвели до повної централізації державою всього суспільного життя і значної деформації усяї правової системи колишнього СРСР... Розпад СРСР, відхід від тоталітаризму і рух до демократії призвели до відновлення дискусії щодо поділу права на приватне і публічне.

В останні роки, продовжує М.М.Сібільов, питання про сутність приватного

<sup>124</sup> Див.: Доган М., Пеласси Д. Сравнительная политическая социология / Пер. с англ. – М., 1994. – С.221–228.

права та його співвідношення з правом публічним розглядалося з різних точок зору... Але питання про те, за яким критерієм здійснюється поділ права на приватне і публічне, сучасними дослідниками майже не аналізується, і це не випадково. Річ у тім, що визнання ними зазначеного поділу права *не знаходить подальшого логічного продовження у системі права, тобто визначення місця приватного і публічного права як структурних елементів системи права* (виділено мною – О.Ю.). Відзначивши при цьому “особливу позицію” В.К.Мамутова, наведену уже нами вище, автор запитує: якщо приватноправові норми встановлюються приватними особами, то чим же у такому випадку є приватне право в об’єктивному розумінні?

Констатуючи далі, що в сучасній науці питання про “місце, яке повинне поєднати приватне і публічне право в системі права”, є по суті виокремленням, автор приєднується до висновку, що “наші наука і практика стали на шлях суб’єктивізму, що ускладнило прийняття рішень щодо розуміння і практичної побудови правової системи, системи і структури права, систематизації законодавства тощо”<sup>125</sup>.

Викладені тут міркування не назвеш достатньо послідовними. Адже, якщо поділ права на приватне і публічне визнається “об’єктивним”, тобто незалежним від волі та свідомості людей, то й зміну межі між цими сферами слід визнати об’єктивною. Відтак, “встановлення границь (меж) панування держави над особою” відбувається незалежно від того, який критерій поділу права на приватне і публічне оберуть вчені або законодавець. А проте автор недвозначно натякає на *свідому* “практичну побудову” національної правової системи, незважаючи на ускладнення прийняття рішень з цього приводу через суб’єктивізм науки і практики, прямо говорить про *усвідомлене* визначення наукою місця, яке *повинне* займати у цій системі приватне право.

Далі, за правилами формальної логіки, диференціація *одного й того ж предмета* (права) не може здійснюватися *одночасно* за кількома *різними* критеріями (предметом та методом) і мати при тому в результаті *один і той же* поділ предмета (на дві сфери права – приватне і публічне). Якщо, наприклад, диференціювати вчених-юристів за *предметом* їх наукового інтересу, ми матимемо відповідно теоретиків права, конституціоналістів, цивілістів, адміністративістів тощо. Звернувшись до іншого критерію, наприклад, *методу* здійснення наукових досліджень, ми одержимо їх поділ, умовно кажучи, на метафізиків, діалектиків, матеріалістів, ідеалістів, ком-

<sup>125</sup> Див.: Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2 (25). – С.124–129. Важко не погодитися з автором у тому, що наша наука в даному питанні (особливо, цивілістична) знаходиться на шляху суб’єктивізму. Щоправда, практика не завжди керується рекомендаціями цивілістичної думки, але про це трохи пізніше.

паративістів, дихотоміків тощо. Ще один критерій диференціації (за віком або науковим стажем) дасть третій поділ і т.д.

Таким чином, кожний новий критерій дає інший, конкретизований у певному аспекті поділ предмета диференціації. З цієї точки зору поділ права за критерієм предмета на приватне та публічне право у разі доповнення його критерієм методу повинен мати своїм результатом не тотожні з першими сфери приватного і публічного права, а вказані сфери, конкретизовані кожна залежно від її особливостей. (Отже, наприклад, публічне право може виглядати як двоєдина або триєдина сфера, яку представлятимуть, відповідно, “правотворче публічне право” та “публічне правозастосувальне право”, або “законодавче”, “адміністративне” і “правоохоронне” публічне право – усе залежить від змісту, який вкладається у критерій “методу”. В усякому разі розглядати сферу публічного права лише під кутом зору адміністративного права, забуваючи про парламентську та судову сфери, як це роблять більшість авторів, не досить коректно. Так, сторони у цивільному процесі не перебувають “у взаєминах влади та підпорядкування” між собою та з судом, однак відсутність цієї “характерної риси” публічного права не перетворює судовий процес у сферу приватного права. Аналогічним чином має бути застосований критерій “методу” і щодо сфери приватного права).

У цьому зв’язку відзначимо, що автор називає “симптоматичним” те, що визнання С.Поленіною впливу поділу права на зміст системи права, кваліфікація нею приватного і публічного права як структурних елементів цієї системи, що є значно більшими, ніж галузі права, та її твердження, що ці “блоки” (супергалузі) самі охоплюють певні галузі права, обумовили необхідність вирішення нею й питання про те, за допомогою яких критеріїв слід здійснювати поділ права на приватне і публічне та їх внутрішню диференціацію на відповідні галузі. На думку С.Поленіної, при класифікації галузей права основним критерієм є предмет регулювання, а метод має лише додатковий характер. При поділі ж права на приватне і публічне центр тяжіння зміщується до методу правового регулювання, хоча має значення і такий елемент предмета регулювання, як склад суб’єктів. Такий підхід у теперішній час, вважає автор, пов’язаний “з певним ефектом сили інерції”.<sup>126</sup>

(Спільним для публічного й приватного права, за словами С.В.Поленіної, є те, що кожне з них об’єднує сукупність однорідних за своїми ознаками галузей права: приватне – цивільне, сімейне, трудове право; публічне – усі інші галузі права. Зрозуміло, це не виключає, а, навпаки, передбачає проникнення приватних начал у сферу дії правових відносин, що охоплюються публічним правом, і навпаки...

Як і при поділі системи права на галузі, групування галузей права у

<sup>126</sup> Там само. – С.129 – 130.

публічний та приватний блоки відбувається у відповідності з предметом і методом правового регулювання. Однак роль цих критеріїв у даному разі не однакова. При класифікації галузей права предмет виступає, по-перше, у всій повноті своїх елементів. До їх числа входять коло суспільних відносин (об’єкт) як головний системоутворюючий фактор і допоміжні фактори (суб’єкт, юридичні факти та ін.). По-друге, стосовно галузі права предмет регулювання є основним критерієм класифікації, а метод правового регулювання – додатковий. При об’єднанні галузей права у приватний та публічний блоки критерії членування інші З усього кола утворюючих предмет регулювання елементів значення має практично лише один – склад суб’єктів. Відповідно центр ваги поділу права на публічне і приватне зміщується до методу правового регулювання<sup>127</sup>).

Слід зазначити, продовжує М.М.Сібільов, що ще у 1925 р. Б.Черепакін вказував, що кожен із цих критеріїв має суто самостійне значення та сферу застосування, а тому вони не можуть використовуватися одночасно. На його думку, саме формальний критерій (метод правового регулювання) повинен використовуватися для розмежування приватного і публічного права, тоді як матеріальний критерій (предмет регулювання) має істотне значення для вирішення питання про доцільність віднесення тієї чи іншої сфери життєвих відносин до приватного чи публічного права, тобто до політико-правової точки зору. Вибір саме формального критерію для розмежування приватного і публічного права Б.Черепакін аргументував сталістю формальної сторони в праві. При цьому він підкреслював, що застосування того чи іншого способу правового регулювання залежить не стільки від змісту відносин, скільки від низки умов, які у своїй сукупності змушують законодавця обрати для певних відносин саме той, а не інший спосіб їх регулювання.

Дійшовши висновку, що визнання поділу права на приватне й публічне потребує займати тверду позицію стосовно критерію здійснення такого поділу, автор далі заявляє, що “немає ніяких аргументів щодо несприйняття позиції Б.Черепакіна про те, що єдиним критерієм такого поділу може бути метод правового регулювання”. Більше того, автор знаходить “додатковий аргумент на користь цієї позиції”. Не є випадковим той факт, переконує він, що право об’єктивно поділяється на дві сфери і існують саме два методи правового регулювання суспільних відносин: метод субординації, при якому регулювання

<sup>127</sup> Див.: Поленіна С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. – 1999. – № 9. – С.9. Не можна не погодитися з М.М.Сібільовим, що у цьому підході присутній ефект сили інерції, тобто “традиційних” уявлень про роль предмета і методу. “Нове” в ньому зводиться лише до нової плутанини. Якщо вже одним з “елементів” предмета названо коло відносин (об’єкт), то само собою зрозуміло, що неможливо уявити собі відносини без їх суб’єктного складу. То про яких ще суб’єктів, як “допоміжний” елемент предмета, йдеться? Якщо керуватися такими “багатоповерховими” критеріями диференціації права, то юридична наука ніколи не прийде до більш-менш певних класифікацій, оскільки завжди знайдуться бажачі додати до критеріїв предмета або методу ще пару “елементів”, надбудувати зайвий “поверх”.

здійснюється на владно-імперативних засадах, та метод координації, при якому правове регулювання здійснюється на диспозитивних засадах. Метод субординації властивий для сфери публічного права, тоді як метод координації – для сфери приватного права.

Але від чого залежить застосування того чи іншого методу? Від низки обставин, повторює автор услід за Б.Б.Черепаниним. Такими узагальненими обставинами є своєрідне взаємоположення суб'єктів і специфічний характер здійснення регулювання суспільних відносин відповідно в сфері приватного і публічного права. З цього автор робить висновок, що характер здійснення регулювання в сфері приватного і публічного права є принципово відмінним. Якщо сфера приватного права характеризується децентралізованим регулюванням, то сфера публічного права – централізованим регулюванням відносин.<sup>128</sup>

На це слід зауважити, що “своєрідне взаємоположення суб'єктів” якраз і є одним із моментів характеристики суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, тобто належить до предмета правового регулювання (в його традиційному розумінні), а не методу. А щодо останнього, то існує не “саме два”, а стільки методів правового регулювання, скільки можуть налічити теоретики права, застосовуючи різні критерії їх класифікації. Чому автор зупинився на методі субординації та методі координації, за яким критерієм визначив їх серед усіх інших методів, невідомо. Але те, що владно-імперативні засади правового регулювання не застосовуються там, де потрібно застосовувати диспозитивні і навпаки, – це, очевидно, зумовлюється *характером відносин*, що регулюються. Звичайно, законодавець може заради експерименту спробувати регулювати певні відносини методами, обраними на свій розсуд, наприклад, сімейні відносини “методом субординації” або податкові чи кримінальні відносини “методом координації”. Що з того вийде, мабуть, зрозуміло: практика правозастосування досить швидко припинить такий “сміливий” експеримент.

А втім, досить, як кажуть, шукати чорну кішку в темній кімнаті. Очевидно, що автору не вдається позбутися магії дихотомічного підходу в уявленнях про публічне та приватне право. Наочним підтвердженням є висновок М.М.Сібільова про те, що “приватне право як супергалузь охоплює лише одну галузь права – цивільне право і є повністю тотожним йому”. То цивільне право – “галузь” чи “супергалузь”? Чіткої відповіді тут шукати даремно...

## §2. “Ми нічого “приватного” не визнаємо...”

Змальовуючи долю ідеї поділу права на приватне і публічне в радянські часи, М.М.Сібільов говорив, зокрема, про “заборону” поділу права на приватне і публічне “з допомогою директивних вказівок В.Леніна”, що, “в кінцевому результаті успіху не мало, хоча й істотним чином не тільки загальмувало розвиток правової

науки, а й призвело до повної централізації державою всього суспільного життя та значної деформації усієї правової системи колишнього СРСР”.<sup>129</sup>

Ми б погіршили проти істини, стверджуючи, що автор цілком оригінальний у своєму висновку, оскільки не лише він один стоїть на позиції такого розуміння згаданих вказівок В.Леніна. Так, Ч.Н.Азимов, розкриваючи поняття і зміст приватного права (зауважимо, з більш об'єктивних позицій, ніж попередній автор), зазначає, що “у нашій країні нещодавно основою диференціації норм права за галузями була теорія, заснована на тому, що в епоху будівництва соціалістичного суспільства *вся система права мала публічний характер* (підкреслено мною – О.Ю.). Такий висновок базувався на висловленні В.Леніна: “Ми нічого приватного не визнаємо, для нас все в галузі господарства є публічно-правове, а не приватне”. Звідси передбачалося розширити втручання держави в приватно-правові відносини, надати їй право відмінити “приватні” угоди, використовувати не норми римського права до цивільних правовідносин, а “революційну правосвідомість”. Пояснювалося це тим, що соціалістичні суспільні правовідносини характеризуються гармонійною єдністю суспільних і особистих інтересів.<sup>130</sup>

Невже, справді, В.І.Ленін, одержавши непогану юридичну освіту, маючи репутацію фахівця, якому ще в юні роки пророкували майбутнє визначного юриста в галузі саме цивільного права, зовсім не розумів значення поділу права на “приватне” та “публічне”? Що ж, звернемося безпосередньо до першоджерела.

У листі Д.І.Курському, визначаючи завдання Наркомісту в умовах нової економічної політики, В.І.Ленін, зокрема, писав: “Діяльність Наркомісту, як видно, зовсім ще не пристосована до нової економічної політики... Не видно розуміння того, що ми визнали і визнаватимемо тільки *державний капіталізм*, а держава, це – ми, ми, свідомі робітники, ми, комуністи. Тому ні до чого не придатними комуністами треба визнати тих комуністів, які не зрозуміли свого завдання обмежити, приборкати, контролювати, ловити на місці злочину, карати відчутно *всякий капіталізм, що виходить за рамки державного капіталізму, як ми розуміємо поняття і завдання держави*. Саме НКЮстові, саме нарсудам тут припадає особливо бойове і особливо відповідальне завдання. Не

<sup>129</sup> Див.: Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права. – С.125.

<sup>130</sup> Див.: Азимов Ч. Поняття і зміст приватного права // Вісник Академії правових наук. – 1998. – № 3 (14). – С.53–54. Автор при цьому зауважує, що були спроби диференціювати систему радянського права на публічне і приватне (цивільне і державне – Я.Миколенко, публічне і цивільне – С.Братусь). З появою відносин, що базуються на приватній економічній свободі, виникає необхідність у пошуку найбільш ефективних засобів їх правового регулювання. Дослідники цього питання все більше схиляються до того, відзначає Ч.Н.Азимов, що для цього необхідно використовувати принципи приватного права (Там само). Чому *тільки* такі принципи, автор, на жаль, не пояснює.

<sup>128</sup> Див.: Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права. – С.130 – 131.

видно його розуміння. В газетах шум з приводу зловживань *непо*. Цих зловживань безліч. А де шум з приводу *показових процесів* проти мерзотників, які зловживають новою економічною політикою? Цього шуму нема, бо цих процесів нема... Виховне значення судів величезне. Де у нас дбають про це? Де облік реальних результатів? Цього нема, а це азбука всієї юридичної роботи... За царя прокурорів ганяли і підвищували, зважаючи на процент виграних ними справ. Ми перейняли від царської Росії найгірше, бюрократизм і обломовщину, від чого ми буквально задихаємось, а *розумного* перейняти не зуміли. Кожного члена колегії НКЮсту, кожного діяча цього відомства треба було б оцінювати за послужним списком, після перевірки: скількох комуністів ти запроторив у тюрму втричі суворіше, ніж беспартійних за ті самі провини? Скількох бюрократів ти запроторив у тюрму за бюрократизм і тяганину? Скількох купців за зловживання *непо* ти підвів під розстріл або під інше, не дрібне (як у Москві, під носом у НКЮсту звичайно буває) покарання? Не можеш відповісти на це питання? – значить ти шалопут, якого треба гнати з партії за “комбазікання” та за “комчванство”.

Іде підготовка нового цивільного законодавства. НКЮст “пливе за течією”; я це бачу. А він повинен боротися *проти* течії. Не переймати (вірніше, не дати себе одурювати тупоумним і буржуазним старим юристам, які переймають) старе, буржуазне поняття про цивільне право, а створювати нове. Не піддаватись Наркомзаксправ, який “через службове становище” веде лінію “пристосування до Європи”, а *боротися* з цією лінією, виробляти *нове* цивільне право, нове ставлення до “приватних” договорів і т.п. Ми нічого “приватного” не визнаємо, для нас у *се* в галузі господарства є *публічно-правове*, а не приватне. Ми допускаємо капіталізм *тільки* державний, а держава, це – ми, як сказано вище. Звідси – розширити застосування державного втручання у “приватноправові” відносини, розширити право держави скасовувати “приватні” договори; застосовувати не *сopus juris* гомані (звід законів римського права) до “цивільних правовідносин”, а *нашу революційну правосвідомість*...

Торгуй, наживайся, ми це тобі дозволимо, але *в т р и ч і* підняємо твій обов’язок бути чесним, давати правдиві і акуратні звіти, зважати не тільки на букву, а й на *дух* нашого, комуністичного законодавства, не допускати *н і т і н і* і відступу від наших законів, – ось якою повинна бути основна заповідь НКЮсту відносно *непо*...<sup>131</sup>

22 лютого 1922 р. у листі в Політбюро ЦК РКП (б) про Цивільний кодекс РСФРР В.І.Ленін, відзначаючи, що його зауваження з листа до Д.І.Курського не враховані, пропонував створити комісію з трьох юристів, якій доручити підготувати проєкт змін і доповнень до кодексу. При цьому він спеціально підкреслив, що головним завданням комісії необхідно визнати: “повністю забезпечити інтереси пролетарської держави з точки зору можливості контролювати (*наступний контроль*) всі без винятку приватні підприємства і скасовувати всі договори і приватні угоди, що суперечать як букві закону, так і інтересам трудящої робітничої і селянської маси. Не рабське наслідування буржуазного цивільного права, а *ряд обмежень його в дусі наших законів, без*

*обмеження господарської або торгової роботи*”.<sup>132</sup>

Нарешті, 28 лютого 1922 р. В.І.Ленін у листі до Д.І.Курського, з поміткою “особливо спільно і важливо”, рекомендував з *приводу цивільного кодексу* ряд пунктів: “1) НКЮст повинен простежити і перевірити *о с о б и с т о*, хто саме відповідає за кожний важливий відділ цивільного кодексу. 2) Все, що є в літературі і досвіді західноєвропейських країн *на захист* трудящих, взяти неодмінно. 3) Не обмежитись цим (це найважливіше). Не йти сліпо за НКЗСправ. *Не догоджати “Європі”, а просунутися далі в посиленні втручання держави у “приватно-правові відносини”, у цивільні справи.* Як саме треба це зробити, я не можу сказати, бо не в силі ні вивчити питання ні вникнути хоч би в окремий кодекс. Але що це треба зробити, для мене ясно. Що нам зараз загрожує небезпека – в цій галузі *не доробити* (а не небезпека “пере”робити), це теж для мене цілком ясно. Саме перед Генуєю не сфальшувати, не змалодушничати, не випустити з своїх рук найменшої можливості *розширити* втручання держави в “цивільні відносини”.<sup>133</sup>

Невже з усього сказаного тут впливає той осудливий висновок, який “гуляє” останнім часом сторінками юридичних видань? Невже ленінська думка стосовно співвідношення приватного і публічного права є настільки примітивною, що “загальмувала розвиток правової науки” та ще й на багато десятиліть “деформувала правову систему” великої держави? І чи не навпаки, усе сказане В.І.Леніним понад 80 років тому є якраз *сьогодні* на диво актуальним?

Як на мій погляд, наведених тут ленінських “вказівок” вистачить на кілька дисертацій, так вони *змістовно* насичені. На жаль, обсяг цього нариса не дозволяє всебічно проаналізувати ленінський підхід до формування правової системи колишньої радянської держави. Але декілька зауважень все ж необхідно висловити.

Цілком очевидно, що В.І.Ленін не відкидав геть цивільне право і не намагався перетворити його в “публічне”. Він формулює завдання інакше, а саме: створювати, виробляти *нове* цивільне право. У чому воно, це “нове”? У тому, щоб просунутися далі (порівняно з буржуазною “Європою”) в посиленні втручання держави у “приватноправові відносини”, у цивільні справи, розширити втручання держави в “цивільні відносини”. Потрібно не рабське наслідування буржуазного цивільного права, а *ряд обмежень його в дусі законів радянської держави.* Це цілком логічна *системна* постановка питання, оскільки держава розглядається Леніним як держава свідомих робітників, комуністів, а не держава капіталістична, та, з іншого боку, оскільки необхідно пристосувати органи держави до нової економічної політики (“непо”).

<sup>132</sup> Там само. – С. 385 (підкреслено мною – О.Ю.).

<sup>133</sup> Там само. – С. 395 – 396.

В чому особливість цієї політики, яка має враховуватися в її правовому забезпеченні? У тому, що партія більшовиків визнала і визнаватиме тільки *державний капіталізм*, а *всякий капіталізм, що виходить за рамки державного капіталізму*, повинен бути обмежений, приборканий, контрольований державою. Ми допускаємо капіталізм тільки державний, неодноразово підкреслює В.І.Ленін, а тому цілком логічно, що у сфері економіки або, як писав він, “в галузі господарства” усе розглядається як *публічно-правове*, а не як приватне. Дивно було б, справді, вважати *державний капіталізм* сферою “приватного”.

Але в чому вбачав В.І.Ленін саме публічно-правовий характер “усього в галузі господарства”? У тому, що розширюється застосування державного втручання у “приватноправові” відносини, розширюється право держави скасовувати “приватні” договори, застосовується не “звід законів римського права” до “цивільних право-відносин”, а революційне право, як воно виступає у правосвідомості представників держави. *Кожному* в галузі господарства дозволяється “торгувати, наживатися”, але водночас значно посилюється *обов’язок* кожного в цій сфері бути чесним, давати правдиві й акуратні звіти, поважати не тільки букву, а й дух радянського законодавства, не допускати найменшого відступу від законів. Не наслідування буржуазного цивільного права, а ряд обмежень його в дусі радянських законів, *без обмеження господарської або торгової роботи*, підкреслював В.І.Ленін. Головне, що необхідно, це повністю забезпечити інтереси пролетарської держави з точки зору *можливості контролювати всі без винятку приватні підприємства і скасовувати всі договори і приватні угоди*, що суперечать як букві закону, так і інтересам трудящої робітничої і селянської маси. І тут же йшло ленінське застереження: контроль “наступний”, тобто без втручання в оперативну діяльність підприємства (порівняймо з сучасною вітчизняною практикою...).

І ще одне. В.І.Ленін рекомендував у цивільний кодекс “взяти неодмінно” все, що є в літературі і досвіді західноєвропейських країн *на захист трудящих*. Можливо, з точки зору вітчизняних цивілістів, “підкованих” сучасними уявленнями про диференціацію системи права, її галузі та інститути, ця вимога здається дивною, але не слід забувати, що пролетарське законодавство тоді лише народжувалося. А втім, справа не тільки в цьому... Однак, що безсумнівно, то це, на мій погляд, незаперечне розуміння В.І.Леніним відмінності між “господарством” і сферою споживання, між “цивільними” і, як зараз називають, “господарськими” відносинами, між капіталом і споживачою (особистою) власністю трудячого. Розуміння, якого, на жаль, бракує деяким сучасним “прихильникам” цивільного права (і не лише

в Україні), котрі чомусь вважають, що В.І.Ленін абстрагувався *взагалі* від факту існування у суспільстві товарно-грошових відносин, сфери сімейних відносин тощо, відкинувши геть приватне право (а з ним і цивільне право), як право приватної особи, та оголосивши на майбутнє *усе в праві* “публічним”.

Зміст наведених у згаданих вище листах ленінських зауважень та рекомендацій однозначно засвідчує його чітку спрямованість *тільки* на правове регулювання пролетарською державою та її законодавством (до речі, не лише цивільним, а усією його системою – кримінальним, процесуальним, адміністративним тощо) відносин в *економічній галузі*, спрямованість на *державно-правове забезпечення нової економічної політики*. Тому поширювати його висловлювання щодо приватного та публічно-правового на *усі взагалі відносини*, що регулюються правом, м’яко кажучи, некоректно, якщо не сказати більше, враховуючи той підтекст, який інколи деякі автори вкладають у таке довільне перекручування ленінської думки.

### §3. “Господарське право” як критерій істини: від теорії до практики

А втім, якщо поглянути на загальну спрямованість теоретичних дискусій щодо змісту публічного і, головним чином, приватного права та їх співвідношення, стає очевидним, що в *кінцевому підсумку* усі ці дискусії так чи інакше зводяться до проблеми так званого “господарського права” у правовій системі. При цьому спектр думок виявляється досить широким – від категоричного заперечення існування такого права до не менш категоричного обстоювання його як самостійної правової галузі, а за гостротою дискусій вчених в останні кілька десятиліть навряд чи знайдеться в юридичній науці проблема більш “гаряча”, ніж ця.

І не випадково, адже мова йде в *теоретичному* плані, по суті, про своєрідний “лакмусовий папірець”, “критерій істини”, на якому перевіряються уявлення теоретиків про систему права, його галузеву диференціацію, систему законодавства тощо; а, з іншого боку, проблема безпосередньо стосується *практичного* вирішення завдань *правового забезпечення економіки*, тобто, сфери, значення якої в житті суспільства є загальновідомим. Цілком логічно, що державна політика навколо економічного законодавства супроводжується найбільш гострими зіткненнями політичних інтересів (оскільки політика, за визначенням, є концентрованим вираженням економіки); а звідси, як “віддзеркалення” цього, набувають гостроти відповідні наукові дискусії. Наочною ілюстрацією сказаного є історія питання про визначення господарського права в радянській

У свій час, зауважує В.С.Белих, підбиваючи підсумки правового регулювання господарської діяльності, проф. О.О.Красавчиков відіслав п'ять основних концепцій господарського права, кожна з яких відзначалась оригінальністю поглядів учених і відповідала реальній дійсності на певному етапі розвитку радянської держави. У перші роки радянської влади спостерігалось негативне ставлення до будь-якого права взагалі. Концепція “заперечення правового регулювання господарської діяльності” знаходиться на верхівці своєрідної піраміди теоретичних поглядів і передусє концепції “двохсекторного права”. Такі погляди одержали особливе відображення у працях проф. А.Г.Гойхбарга.

Основоположник теорії “двохсекторного права” – відомий державний і громадський діяч П.І.Стучка, який розрізняв цивільне і господарсько-адміністративне право, що регулювало різні сектори економіки того часу. Згідно з цією концепцією господарсько-адміністративне право регулює відносини, що складаються у соціалістичному секторі економіки, тоді як сфера застосування цивільного права – приватний (читай: буржуазний) сектор економіки. На думку автора концепції та її прибічників, між вказаними секторами і, відповідно, між господарсько-адміністративним та цивільним правом йде антагоністична класова боротьба. Незавжди передбачити результат цієї боротьби: з відмиранням приватного сектора економіки зникне й цивільне право, і навпаки, господарсько-адміністративне право має регулювати соціалістичні відносини, яким притаманні плановість і підпорядкованість. На думку вченого, в умовах диктатури пролетаріату цивільне право “нового типу” повинно регулювати відносини, побудовані на непланових, “анархічних” началах (відносини приватного сектора та ряд міжсекторних відносин). Водночас автор концепції ототожнював цивільне і господарське право в регулюванні господарської діяльності, заснованої на плані, говорячи про “єдине радянське цивільне або господарське право”. Теорія двухсекторного права – досить суперечлива наукова доктрина. Її прибічники в очікуванні скорого відмирання цивільного права і заміни його новим господарсько-адміністративним правом у 1931 р. запропонували розробити і видати Основи цивільного законодавства СРСР.<sup>134</sup>

Довоєнна (єдина) теорія господарського права з'явилась на світ завдяки старанням двох видатних вчених радянського періоду – Є.Б.Пашуканіса та Л.Я.Гінцбурга. Прагнучи подолати недоліки і суперечності попередньої концепції, вони об'єднали у межах господарського права відносини не лише між соціалістичними організаціями, але й між громадянами. Таким чином, на думку О.О.Красавчикова, громадянин (приватна особа) був зведений до рівня споживача. У майбутньому вказана єдність буде широко використовуватися представниками інших теорій господарського права. Розвиток правової думки в СРСР відбувався на тлі класової боротьби, що продовжувалась, та антагоністичних протиріч між соціалістичним господарсько-адміністративним та буржуазним цивільним правом. Інакше кажучи, теоретичні погляди вчених “підганяються” під відносини в радянській планово-командній системі, що складаються. Теорія єдиного господарського права, за великим рахунком, не

<sup>134</sup> Див.: Белих В.С. Предпринимательское право в системе права России // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 115–116.

мала нового наукового погляду, а розглядалась як своєрідна реакція вчених-цивілістів на концепцію “двохсекторного права”. З методологічної точки зору ця теорія не являла небезпеки для цивілістичних устоїв, тому не випадково вона у цілому позитивно сприймається представниками науки цивільного права, хоча окремі її положення піддаються серйозній критиці.<sup>135</sup>

Найбільший резонанс в юридичному середовищі викликала “післявоєнна концепція господарського права”. Її автори – В.В.Лаптев, В.К.Мамутов, Г.М.Свердлов, В.С.Тадєвоян та ін. – дійшли висновку про існування господарського права як самостійної галузі, що має свій предмет і особливий метод правового регулювання єдиних господарських відносин. Уперше в правовій науці була сформульована модель правового регулювання соціальних зв'язків, що виникають на основі синтезу “горизонтальних”, “вертикальних” та внутрішньогосподарських відносин. Якщо горизонтальні відносини виникають між господарюючими суб'єктами, то другі – між ними (суб'єктами) та органами державної влади і місцевого самоврядування. І в останню групу входять внутрішньогосподарські відносини, що складаються між підрозділами підприємств. Ця концепція сполучала елементи публічного і приватного права, що давало можливість обґрунтувати розширення прав державних підприємств у межах обов'язкових для них планових завдань.

Ця теорія, особливо на тлі розробки проекту Господарського кодексу СРСР, викликала справжній переполох серед вчених-цивілістів. Наукове (і не лише) протистояння між прибічниками та супротивниками концепції господарського права продовжувалося кілька десятиліть. Про вказане протистояння красномовно пише проф. С.С.Алексєєв, зокрема, про події, пов'язані з підготовкою та прийняттям першої частини нового Цивільного кодексу Росії.<sup>136</sup> З переходом російської економіки на ринкові відносини відбулися і відбуваються зараз суттєві зміни в теорії правового регулювання відповідних відносин. Концепція господарського права, розроблена в минулі (доперебудовні) роки, поступається своїми теоретичними позиціями під масованим тиском представників цивілістичного типу правового регулювання. Такий висновок безспідставний, стверджує автор, досить звернутися до огляду останніх публікацій з даної проблеми.

Серед господарсько-правових концепцій особливе місце, продовжує автор, належить теорії “комплексної галузі права”, яку запропонував у 1947 р. В.К.Райхер (про неї ми згадували раніше – О.Ю.). Дещо оригінально, хоча й досить невизначено, виглядає теорія господарського права як “нормативного масиву”, висунута О.О.Красавчиковим. Право розглядається як сукупність норм інститутів радянського права, що взаємодіють у регулюванні господарської діяльності. Проте таке розуміння господарського права навряд чи дає якісь чіткі критерії для визначення і розкриття сутності даного правового явища.

Підбиваючи підсумки короткого огляду теорій правового регулювання від-

<sup>135</sup> Там само. – С.116–117.

<sup>136</sup> Навіть в одному з президентських документів, обурювався С.С.Алексєєв, виявився рядок (!) про те, що поряд з Цивільним кодексом належить підготувати Підприємницький кодекс (Там само. – С.118). Історія, що дуже нагадує українську епопею з прийняттям нового Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України.



носин у сфері господарювання, автор відзначив, що значний інтерес вчених різних поглядів і переконань до теоретичних проблем господарського права був обумовлений, насамперед, об'єктивними причинами, пов'язаними з реальними потребами соціалістичної економіки. У пошуках наукової істини були сформульовані концепції господарського права за активної участі й учених-цивілістів. Крім того, сучасні теорії підприємницького (комерційного, торгового) права багато в чому визначені науковими концепціями минулих років і можуть, за певних обставин, розглядатися як продовження та інтерпретація останніх, з урахуванням новітніх досягнень правової думки.<sup>137</sup>

Далі В.С.Белих характеризує сучасні концепції "підприємницького права", відзначаючи, що в юридичній літературі цей термін розглядається часто як синонім таких термінів, як "торгове право" та "комерційне право", а також те, що питання про юридичну природу підприємницького права є спірним. У зв'язку з цим автор визнає, що вказана природа не може бути визначена, якщо "не усвідомити до кінця два принципових моменти. Перший – це вище дуалізму в праві, що спричинило, за його словами, "справжній науковий ажіотаж"; другий момент пов'язаний з розмежуванням таких понять, як "підприємницька діяльність", "комерційна діяльність" та "торговельна діяльність". Основною формою вираження правового дуалізму є поділ права на публічне і приватне, що сприймається більшістю вчених як очевидне і фундаментальне. Такий поділ права не стільки класифікаційний, скільки концептуальний, він зачіпає самі основи права, його місце і роль у житті людей, його визначальні цінності.<sup>138</sup>

Виявляється, таким чином, що історія питання про визначення господарського права в Росії завершилася виникненням нового питання – про визначення поняття "підприємницького права", яке розпочинається з дискусії з приводу термінів та усвідомлення "до кінця" проблеми співвідношення публічного і приватного права. Отже, усе повертається "на круги своя".

А що ж в Україні, цивілістична думка якої, за звичай, знаходилася у фарватері російської? Частково усвідомлення "до кінця" змісту приватного та публічного права нам продемонстрували уже згадані вище представники дихотомічного підходу. Розглянемо ще деякі інші міркування щодо поняття та змісту приватного права.

Дослідники приватного права, вказує Ч.Н.Азимов, намагаються визначити його характер. Одні з них беруть за основу диференціації те, чий інтерес регулює приватне право, інші – який інтерес є предметом приватних правовідносин... Під приватним інтересом розуміють причини дій індивідів, колективів. Вважається, що він і є предметом приватного права. Інтерес може бути диференційований за різними критеріями (національними, соціальними, політичними тощо), у тому числі на духовний і економічний. Вказані види інтересів визначають зміст відносин, що виникають: духовно-майнові, економічно-майнові. У житті ці інтереси існують в єдності. Однак в окремих його сферах

деякі інтереси можуть мати перевагу над іншими. Так, в цивільному праві превалюють майнові інтереси, тоді як в сімейному – потреби природи і почуттів, тобто особисті.<sup>139</sup>

Таке досить загальне уявлення про поняття "приватного інтересу" навряд чи може стати основою для визначення його видів та, відповідно, приватного права. Далеко не всі розуміють під інтересом узагалі "причини дій індивідів".<sup>140</sup> Крім того, в житті інтереси існують не лише в єдності, а й у суперечності, що є більш важливим з точки зору права. А щодо превалювання майнових інтересів, то вони "превалюють" у більшості правових сфер (податковому, бюджетному, трудовому, земельному тощо правовому регулюванню); та навіть у сімейному праві роль майнових відносин, вочевидь, аж ніяк не менша від ролі особистих немайнових відносин.

Задовільнення приватного інтересу, продовжує автор, здійснюється в певних правових формах. У зв'язку з цим виникає питання, чи утворюють такі форми у сукупності галузь права або галузь законодавства, а саме "приватне право". Тривалий час зазначений термін використовувався як тотожний цивільному праву. Такий висновок відповідав дійсності, оскільки в певний період цивільним правом регулювалися сімейні, трудові, земельні, житлові та інші майнові відносини. Однак з розвитком джерел приватного права, а саме – приватної власності і договорів (тут автор використовує термін "джерела права" не в традиційному значенні – *О.Ю.*), відбувається диференціація приватного права на галузі права. Приватна власність слугує як для задоволення особистих потреб власника, так і для здійснення обігу. Тому її необхідно розглядати як у статичі (стан привласнення майна), так і в динаміці (обмін майном). Практика засвідчила, переконує автор, що на базі приватної власності найефективніше здійснюється обіг майна, оскільки він засновується на особистій ініціативі та самодіяльності його учасників.

Згадавши про інститут права приватної власності, а також договори (як юридичні факти, з яких утворюються нормативи "власного договірного права"), автор стверджує, що останні і становлять норми приватного права, які не закріплюються формально. Поряд з договірними до складу приватного права, входять диспозитивні норми. Нормами приватного права як договірного права, що засноване на праві приватної власності, продовжує автор, регулюються відносини громадян у різних сферах життя суспільства, при цьому, в одних випадках – безпосередньо за принципами приватного права, в інших – шляхом відокремлення цивільного права. Так, торговельне право розвивається незалежно від римського приватного права на основі торговельних звичаїв, що після укладення торгових відносин були систематизовані у спеціальних збірниках. На їх основі приймалися торговельні кодекси. На відміну від торговельного сімейне право виділилося із цивільного спочатку в канонічне право, а пізніше – в самостійну галузь права. Однак у всі періоди шлюб базувався на

<sup>139</sup> Див.: Азимов Ч. Поняття і зміст приватного права. – С.54–55.

<sup>140</sup> Див., напр.: Сиренко В.Ф. Інтереси–власність–управління.– К., 1991. Інтерес узагалі, з моєї точки зору, як феномен, що органічно пов'язаний з потребою, являє собою *спрямованість діяльності суб'єкта потреби на її задоволення* (див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття... – С.53–54).

<sup>137</sup> Там само. – С.119–121.

<sup>138</sup> Там само. – С.121–123.

приватній власності і, як правило, на свободі договору.<sup>141</sup>

Перетворення відносин власності істотно вплинуло на зміну засобів правового регулювання у сфері праці. Трудове право відокремилось від цивільного як галузь, що регулює трудові відносини найманих працівників. Трудовий найм опосередковує угоду купівлі-продажу праці робітників і є складовим елементом ринку робочої сили, який базується на пошті та пропозиції праці. Приватноправовий зміст відносин полягає в тому, що роботодавець має можливість вибрати робітника, а робітник – діяльність, що відповідає його інтересам, бо він має виключне право розпоряджатися своєю працею. Угоді про працю властиві деякі специфічні ознаки, а саме: товар не відокремлюється від особи, він не переходить у власність покушця, а передається йому в тимчасове користування. Зрозуміло, що така угода потребує спеціального регулювання, чим і обумовлена необхідність виникнення спеціальної галузі права.

Таким чином, підсумовує Ч.Н.Азимов, на основі приватного права існує декілька правових галузей права, які виникають на однаковій економічній і юридичній базі, але не мають необхідних передумов інтегрування в одну галузь права (підкреслено мною – О.Ю.). Звідси – приватне право є збірним поняттям, яке означає галузь права, що заснована на приватних інтересах незалежних індивідуальних власників у їх майнових та особистих відносинах.<sup>142</sup>

Якщо не зважати, як автор досить вільно поводить з термінологією, то слід позитивно відзначити визнання ним факту існування як самостійних, відокремлених від цивільного права, галузей сімейного, трудового, торговельного права. У цьому Ч.Н.Азимов ближчий до реалій життя, ніж названі вище прихильники дихотомічного підходу. Щоправда, залишається незрозумілим, як можуть явища виникати на *однаковій економічній і юридичній базі*, але при цьому все ж не мати *необхідних передумов інтегрування* в одну галузь права. Яку ще “однакову базу” треба, щоб ці передумови з’явилися?

З іншого боку, слушно пов’язуючи зміну засобів правового регулювання у сфері праці з перетворенням відносин власності, автор мав би пояснити, чому трудове право *взагалі* треба розглядати як галузь, що регулює трудові відносини тільки *найманих* працівників, тобто під кутом зору лише *одного виду* цього права, а саме *буржуазного* трудового права? Невже у рабовласницькому або феодальному суспільстві не було ніякого правового регулювання *відносин у сфері праці*, звичайно, на основі приватної власності? Як таке регулювання співвідносилось з приватним (або цивільним) правом у цих суспільствах? Адже автор

<sup>141</sup> Див.: Азимов Ч. Поняття і зміст приватного права. – С.56– 57. Отже, і в сімейних відносинах майновий інтерес приватного власника був домінуючим, всупереч попередньому твердженню автора. Слід сказати, що наведені тут думки про сімейне право як самостійну галузь були проігноровані більшістю авторів проекту нового Цивільного кодексу України, але законодавча практика виявилася більш “мудрою”.

<sup>142</sup> Там само. – С. 57– 58.

відзначає *незалежний* від римського приватного права розвиток *торговельного* права на основі торговельних звичаїв та виділення сімейного права з цивільного спочатку в канонічне право, а потім в самостійну галузь права. Очевидно, що пояснити диференціацію приватного права на галузі права уможливив “розвитком джерел приватного права, а саме приватної власності і договорів” навряд чи вдасться. Навпаки, діалектика власності й договірних відносин на певному етапі розвитку неминує веде до монополізації економіки і появи форм власності та договорів, які не можна однозначно віднести до категорії “приватноправових” (акціонерна власність, нормативні договори тощо).

Нарешті, є лише запевненням твердження автора, що “практика показала більш ефективне здійснення обігу майна на базі приватної власності”. Якщо автор хоче підвести теоретичну базу під домагання цивілістів регулювати відносини обміну та обігу в суспільному виробництві саме у цивільно-правовий спосіб, то для цього необхідні вагомі аргументи, і для початку – конкретизація уявлень про суспільне виробництво та його необхідні моменти, про відмінність між сферами виробництва та споживання, про сутність капіталу, як особливого способу реалізації приватної власності, і т.д.

Не можна у зв’язку з цим не погодитися з висловленою в літературі думкою, що *інститут власності*, який має міжгалузевий, комплексний характер, ще не став предметом загальнотеоретичних досліджень. Це зумовлено найперше тим, що у відносинах власності втілюються головні соціальні зв’язки і процеси. Особливо важливі відношення держави і власності, оскільки саме вони становлять пріоритетний напрям реалізації економічної функції держави, визначають розвиток суспільства і державності.<sup>143</sup>

А проте, ігноруючи вказані проблеми, провідні представники сучасної вітчизняної цивілістичної думки поставили за мету створити на принципах “єдності та універсализму” єдиний “кодекс приватного права” (про який йшлося вище), інтегрувавши найважливіші принципи положення цивільного законодавства в одному законодавчому акті, що визначав би майнові й особисті немайнові відносини “у всіх сферах громадянського суспільства”.

<sup>143</sup> Див.: Морозова Л.А. Государство и собственность (Проблемы межотраслевого института) // Государство и право. – 1996. – № 12. – С.19. Відзначаючи значну розробленість цивільно- правового інституту власності, а також проблем державної охорони власності, автор зауважує, що в юридичній літературі незмінно підкреслюється різноманітний характер відносин власності, які регулюються різними галузями законодавства: конституційного, адміністративного, цивільного, трудового, земельного, кримінального тощо. Це диктує необхідність загальнотеоретичних узагальнень і виявлення загальних закономірностей, властивих даному інституту в різних суспільствах (Там само).

Методологічна основа цієї ідеї, за словами авторів, звичайно ж, “природний, об’єктивний характер поділу права на право публічне та право приватне”, а також відособленість громадянського суспільства від держави.

Громадянське суспільство, стверджує, наприклад, Я.М.Шевченко, якщо воно насправді є громадянським, повинне бути на боці людини, захищати весь спектр її інтересів – від особистих немайнових до пов’язаних з підприємництвом, а втручання держави в підприємницькі відносини має оцінюватися з точки зору того, наскільки воно відповідає інтересам осіб, об’єднаних у громадянське суспільство, а не держави як владної бюрократичної структури. Громадянське суспільство є самостійною суспільною силою.<sup>144</sup>

Очевидно, що ця теза автора є логічно суперечливою. Вона розглядає державу не як *необхідний продукт* громадянського суспільства, а як самостійний суб’єкт, що протистоїть даному суспільству у вигляді владної бюрократичної структури. Відтак, інтереси членів громадянського суспільства та інтереси держави не збігаються, і громадянське суспільство як самостійна суспільна сила має виступити на боці людини (зауважимо: абстрактної “людини” – *О.Ю.*) проти держави, захищаючи приватні інтереси особи від бюрократичного втручання держави. З таким уявленням можна було б у чомусь погодитися, якщо йдеться про державу, яка перетворилася в бюрократичну надбудову над громадянським суспільством, в якій марно розраховувати на законодавство, що захищає інтереси особи. Така держава є свідченням не єдності, а *розколу* громадянського суспільства, свідченням того, що воно заплуталось у суперечностях і, отже, не протистоїть державі як *єдиний суб’єкт*; навпаки, бюрократична держава якраз і є уособленням цього розколу і цих суперечностей, їх інтегрованим вираженням. А проте автори проекту нового Цивільного кодексу України, заявляючи про намір створити кодекс приватного права *правової держави*, формулюють його концепцію, маючи на увазі не правову державу, а бюрократичну державу, ототожнюючи останню з правовою державою.

Проголосивши Україну демократичною, правовою державою, нелогічно виходити з протиставлення держави і громадянського суспільства, уявляючи державу антисуспільну, ігноруючи її позитивний соціальний потенціал. Навпаки, держава має відігравати все більш активну роль у житті суспільства і окремої особи, в тому числі в правовому регулюванні процесів суспільного виробництва, економічних відносин даного суспільства).

Проблема, очевидно, полягає у *правильному визначенні форм*

<sup>144</sup> Див.: Конституція України та проблеми систематизації законодавства / Збірн. наук. праць. – К., 1999. – С. 74.

участі держави в різних суспільних процесах, форм, адекватних об’єктивним закономірностям розвитку суспільства. А що розвиток людства йде саме в такому напрямі, неважко переконатися на досвіді найбільш розвинутих країн світу, наприклад, на досвіді США, де в останні десятиліття чітко визначилися тенденції на зближення суспільного та державного інтересів.

Перенесення головних завдань національного розвитку, відзначається в літературі, на вирішення великих довгострокових науково-технічних та, з іншого боку, соціальних програм (де ринкові механізми з самого початку мають обмежене застосування), природно, означає, що провідним елементом цієї еволюціонуючої системи соціально-економічного розвитку США стає роль державної політики. Стратегічним завданням державної політики є стимулювання появи і розвитку якомога ширшого спектра науково-технічних та соціальних інновацій у ринковому і некомерційному секторах та підтримання соціальної рівноваги і зняття конфліктності у розвитку країни.

Указана тенденція стає все очевиднішою і в правовому регулюванні договірних відносин – сфері, яка традиційно чомусь вважається виключно предметом цивілістики. Розвиток договірного права визначається глибинними процесами, що відбуваються у світовій економіці. Централізація і концентрація виробництва та капіталу, інтернаціоналізація світового господарства, науково-технічна революція *істотно посилюють розвиток економічної функції сучасної держави*. При цьому, з одного боку, розширюються можливості застосування договірного права, виникають нові види цивільно-правових договорів, а, з іншого боку, деякі види договірних відносин, що раніше регулювалися виключно нормами цивільного права, тепер регулюються приписами інших галузей, що зумовлюється різними причинами.

По-перше, з’являються нові види товарів, природа яких вимагає особливого правового регулювання (наприклад, інформація, що становить комерційну цінність). По-друге, збільшується коло різноманітних послуг, що опосередковуються договорами (наприклад, великі банки США пропонують своїм клієнтам понад 100 видів різних послуг). По-третє, з’являються договори, які поєднують у собі елементи двох або кількох типів традиційних договорів (лізинг тощо). Нарешті, з договорами цивільного права все частіше поєднується регламентація організаційних відносин (договори про заснування товариств, спільнок, інших об’єднань; угоди, що обмежують у тій чи іншій формі конкурентну боротьбу; підприємницькі договори у праві ФРН та однотипні з ними контракти у праві інших країн).

Водночас із сфери цивільного права вилучаються деякі види договорів. Найяскравіший приклад – трудові угоди, що регламентуються зараз усюди нормами трудового права. Такий самий процес спостерігається в регулюванні майнових відносин між державними органами та приватними і юридичними особами, внаслідок чого виникла особлива конструкція адміністративних договорів (Франція) або публічних контрактів (США). На відміну від договорів цивільного права сторони у цих договорах (контрактах) не лише фактично, а й

<sup>145</sup> Социально-экономическая эффективность: опыт США. Роль государства. – М., 1999. – С. 16.

юридично є нерівними. Сучасному договірному праву взагалі властива тенденція диференціації правового регулювання договірних відносин залежно від їх суб'єктного складу та об'єкта. У багатьох західних країнах договори між підприємцями традиційно виокремлюються у спеціальну категорію торгових угод і регламентуються нормами торгового законодавства і торговими звичаями. Останнім часом із загального договірного права виокремлюються норми, що регулюють договірні відносини між підприємцями та споживачами товарів.

Великого значення в регулюванні майнових відносин набули типові договори (формуляри), на основі яких здійснюється переважна більшість угод у сфері роздрібної торгівлі, перевезень, обслуговування населення тощо. Поширення таких договорів веде до того, що в рамках традиційного торгового права виникає самостійна галузь господарського права, причому створюється вона не державними органами, а великими компаніями, які привласнюють собі правотворчі функції. Типові договори завдяки їх повсюдному розширенню стають звичаями обороту.

Поширення монопольних угод і типових договорів змушують суди і законодавців істотно поступитися традиційним цивілістичним принципом – *свободи договору*. В процесі розвитку конкуренції в усіх розвинутих державах світу сформувалось антімонопольне (антітрестівське) законодавство, яке обмежує і навіть забороняє деякі види договорів. Держава детально регламентує банківські, транспортні, страхові, валютні, зовнішньоторговельні операції, ліцензує певні види економічної діяльності, визначає в ряді випадків ціни на товари та послуги і т.д.<sup>146</sup>

Як не згадати у зв'язку з цим наведені раніше “вказівки” В.І.Леніна про розширення застосування державного втручання у “приватноправові” відносини, про розширення права держави скасовувати “приватні” договори, про застосування не зводу законів римського права до “цивільних правовідносин”, а комуністичної революційної *правосвідомості* (яке ще *право* можна було застосовувати за відсутності на той час розвинутої *практики* реалізації *економічної функції держави*?). Як блискучий діалектик, В.І.Ленін добре розумів іншу, не цивільну природу *правовідносин* у сфері економіки. Варто звернути увагу, що слово “приватноправові” (відносини) він бере в лапки, так само як “приватні” договори, “цивільні правовідносини”. Він чудово усвідомлює, що характер, якого набувають “традиційно” приватні відносини внаслідок розширення втручання в них держави, *змінюється в напрямку публічності*, перстає бути “чисто” приватним. На жаль, цього абсолютно не розуміють наші дихотомічні цивілісти...

Отже, заперечення активної участі держави в економічних відносинах, абстрактне уявлення про неї як “перешкоду” вільній економічній діяльності членів громадянського суспільства (по суті, антидіалектичне, дихотомічне протиставлення громадянського суспільства і держави, *логічним продовженням якого є дихотомія*

<sup>146</sup> Див.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. – М., 1989. – С. 8–10.

*приватного та публічного права*) не лише далекі від істини, але й шкідливі. Життєва *практика* змушує державну владу активно втручатися в економічне життя; а відсутність законодавства, яке регулює це втручання (тобто відсутність *правових меж* втручання держави в економічне життя громадянського суспільства, які суспільство *через своїх представників* у парламенті встановлює в законі), неминуче компенсується *бюрократичною* нормотворчістю у вигляді численних підзаконних актів.

Це особливо актуально для нашої країни, зважаючи на необхідність реформування суспільства і держави, що неможливо без *свідомого регулювання* державою усіх суспільних процесів. Відтак, *приватноправове регулювання економіки має органічно поєднуватися з публічно-правовим її регулюванням*. А проте, ігноруючи вказану об'єктивну тенденцію, провідні вітчизняні цивілісти пропонують регулювати відносини підприємництва виключно у приватноправовий спосіб, нормами цивільного права. Такий підхід означає намагання абсолютизувати *момент узагальнення* правового регулювання усіх майнових відносин всупереч процесу його *диференціації*, не виправдане з позицій логіки ігнорування *особливостей*, специфіки майнових та особистих немайнових відносин, абстрагування від того, в якій сфері вони виникають – господарській, сімейній, найманій праці, природокористування тощо, спираючись на уявлення про універсальний всеосяжний характер *ринку*, в рамках якого складаються майнові відносини сучасного суспільства.

(Слід, однак, ураховувати, що ринок є системою зв'язків суб'єктів: а) у сфері виробництва, б) між сферою виробництва і сферою споживання та в) у сфері споживання. На відміну від інших сфер, у виробництві ринок опосередковує не просто товарний обіг, а *кругообіг капіталу* як органічного цілого, підпорядкований організації суспільного виробництва. В *єдиному* ринку визначаються *особливі* ринки товарів і послуг, ресурсів, землі, нерухомості. У свою чергу, наприклад, ринок ресурсів складається з ринку праці, фінансового ринку та ринку матеріальних і енергетичних ресурсів. Якщо взяти фінансовий ринок, то в ньому функціонують фондовий ринок, ринок позичкових капіталів, валютний ринок і т.д. Сучасний ринок передбачає десятки видів ринкової діяльності, в ньому функціонують численні *інститути ринку* – товарні біржи, кредитні організації, інвестиційні компанії тощо).

Не помічати особливостей розвинутого ринку в процесі правового регулювання майнових відносин, специфіки правової інституціоналізації його окремих складових, в межах яких (інститутів) об'єктивно складається специфічне нормативне регулювання відносин, – означало б ігнорувати дійсну економічну і нормативно-

правову природу даних відносин, а отже, неадекватно регулювати їх законодавством.

Необхідно, разом з тим, відзначити, що не всі представники вітчизняної юридичної науки солідарні з зазначеними тут підходами авторів проекту нового Цивільного кодексу України до правового регулювання економічних відносин. Наприклад, В.С.Щербина відзначає, що в умовах інтеграції України до світової економічної системи “змінилися принципи, на яких будуються відносини держави з суб’єктами господарської діяльності, запроваджується ефективне державне регулювання підприємництва у формі єдиної державної регуляторної політики у сфері підприємництва тощо”.<sup>147</sup>

Послідовно і наполегливо захищає концепцію господарського права як самостійної правової галузі акад. В.К.Мамутов. Зокрема він відзначає, що багато правил і положень господарського права схожі (а іноді майже тотожні) в різні епохи й у різних країнах. Це пов’язано з єдністю економічних законів, яким повинні бути адекватні закони юридичні, що опосередковують господарську діяльність, “технологію господарювання”. Зрозуміло, в різні епохи і у різних народів є відмінності, в тому числі й суттєві, в правовому регулюванні господарської діяльності. Однак завжди і скрізь регулюються організація і здійснення діяльності з виробництва продукції (товарів), робіт, послуг, яка має багато спільного. “Простір” господарського права не обмежується кордонами однієї країни, хоча кожна держава має власну правову систему. Схожість тенденцій економічного розвитку, багатьох техніко-економічних норм обумовлює тенденції до уніфікації у міжнародному, регіональному та світовому масштабах, зближенню “правил гри” в господарській діяльності. Спостерігається загальна тенденція до зближення систем правового регулювання господарської діяльності”.<sup>148</sup>

Розглядаючи міжнародні економічні відносини як складову системи існуючих міжнародних відносин, що регулюються нормами міжнародного економічного права (МЕП), В.Ф.Опришко зазначає, що останнє має свої підгалузі та інститути. Так, у системі МЕП виділяють міжнародне торгове право, міжнародне валютне право, міжнародне транспортне право, а також комплекси норм, які покликані регламентувати міжнародно-правові відносини промислового і сільськогосподарського співробітництва, співробітництва в галузі науково-технічного прогресу та інші.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Див.: Щербина В.С. Господарське право України: Навч. посібник. – 2-е вид., перероб. і доп. – К., 2001. – С.3.

<sup>148</sup> Див.: Хозяйственное право: Учебник / В.К.Мамутов, Г.Л.Знаменский, К.С.Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. – К., 2002. – С.5.

<sup>149</sup> Див.: Опришко В.Ф. Міжнародне економічне право: Підручник. – К., 1995. – С.6–9.

Таким чином, практика правового регулювання суспільних відносин розвивається *за своїми власними законами*, а не на основі “моделей права”, якими визначається те або інше місце приватного чи публічного права в правовій системі. Завдання науки, відтак, полягає у *пізнанні* вказаних законів та виробленні на цій основі обґрунтованих рекомендацій для практичного законотворення, а не в конструюванні довільних концепцій “системи права” та її галузевої диференціації. Приклад господарського права досить переконливо демонструє потребу саме в такому підході.

А втім, для пізнання законів правового регулювання суспільних відносин у тих чи інших сферах життя необхідне розуміння не тільки сутності зазначених відносин, але й *сутності самого права*, усвідомлення його наукового *поняття*, яким, на жаль, не може похвалитися правова теорія. За таких теоретичних передумов сподіватися на задовільне осягнення галузевої диференціації правової системи навряд чи виправдано. Відтак, теоретичні пошуки змісту публічного та приватного права, галузевого складу правової системи йдуть своїм шляхом, а практика формування національної системи законодавства – своїм. Створюються та пропонуються до прийняття парламентом різноманітні кодекси (“податковий”, “підприємницький”, “інформаційний”, “аграрний”, “судовий”, “виборчий”, “соціальний” тощо, у тому числі такі, що частково дублюють один одного, як, наприклад, цивільний, земельний, житловий та сімейний кодекси, що *одночасно* перебували на розгляді парламенту у 2001р.), формуються різноманітні нові законодавчі галузі (аграрне право, природоохоронне, соціальне, інформаційне, бюджетне тощо), а “традиційні” галузі залишаються без упорядкування (наприклад, трудове право).

Схоже, правова теорія зайшла в глухий кут “традиційних” уявлень про право взагалі, поділ його на “об’єктивне” та “суб’єктивне”, про норми права та критерії їх диференціації в правовій системі, поділ “об’єктивного” права на приватне і публічне, на галузі права і галузі законодавства тощо. Але замість осягнення дійсної сутності юридичної норми та критеріїв диференціації норм у правовій системі теоретики продовжують займатися міфотворчістю.

А між тим суттєвим недоліком правотворчого процесу є не лише відсутність задовільних *змістовних* критеріїв диференціації юридичних норм, а, навіть, як відзначається в літературі, відсутність єдиних критеріїв при виробленні та виборі *форми* нормативно-правових актів. Зокрема, не зовсім зрозуміло, чому в одних випадках певне коло правових відносин регулюється законом, в інших – президентськими указами, урядовими постановами, відом-

чими нормативно-правовими актами, нормативно-правовими актами органів місцевого самоврядування. Протиборство закону та указу руйнує нормальне функціонування усієї системи чинних нормативно-правових актів. В одному випадку закон встановлює досить абстрактні принципи регулювання тих чи інших відносин, в іншому – законодавча деталізація зводиться до рівня відомчої інструкції. Нормативно-правові акти сьогодні, за образним порівнянням вчених, відіграють роль лебедя, рака і щуки.<sup>150</sup>

Зрозуміло, що мова тут йде про проблеми юридичної техніки і, більш конкретно, *нормотворчої техніки*, яким, на жаль, не приділяє належної уваги правова наука, про що вже було сказано раніше. Позитивне вирішення вказаної проблеми неможливе без осягнення загального поняття юридичної техніки, дослідження змісту і форм цього правового явища.<sup>151</sup> Проте і в даному випадку не обійтися без усвідомлення *первинної клітини правового життя*, якою є *юридична норма*. Творити юридичні норми без усвідомлення того, що вони собою являють – неприпустима розкіш, тим більше конструювати з них “правові інститути”, “галузі права” і “галузі законодавства”, “моделі правової системи” тощо.

#### §4. До витоків галузевої диференціації права

Якщо існує проблема диференціації певного предмета (у нашому випадку – диференціації права на публічне та приватне, галузі, інститути тощо), значить необхідно звернутися до з'ясування предмета *самої диференціації*.

Пов'язуючи *пізнання як таке* з прагненням знання до істини, Гегель відзначав, що пізнання найближчим чином *аналітичне*. Об'єкт, з яким воно має справу, уявляється йому як одиничне, і діяльність аналітичного пізнання спрямована до того, щоб звести це одиничне до загального. Дехто говорить, що більше цього пізнання взагалі не дано, що воно може тільки розкласти дані йому конкретні предмети на їх абстрактні елементи і розглядати потім останні в їх ізольованості. Однак таке пізнання є викривленням речей, оскільки пізнання, яке бере речі так, як вони існують, впадає з самим собою в протиріччя. Предмет, що аналізується, розглядається при цьому так, ніби він цибулина, з якої знімають один шар за іншим... Напрямок руху *синтетичного* методу, продовжував він, зворотний напрямку руху аналітичного методу. В той час як останній, виходячи з одиничного, рухається потім до загального, вихідним пунктом першого є, навпаки, загальне (як дефініція), і від нього він рухається через відокремлення (у розділенні) до одиничного. Синтетичний метод вияв-

<sup>150</sup> Див.: Чернобель Г.Т. Критерии разграничения законов и иных нормативно-правовых актов // Проблемы законотворчества Российской Федерации.– М., 1993.– С.21. Аналогічна картина спостерігається в українському законодавстві.

<sup>151</sup> Див.: Ющик О.І. Юридична техніка: проблеми визначення поняття. – С.648–649.

ляє себе, таким чином, як розвиток моментів поняття в предметі. Звичайно говорять про аналітичний і синтетичний методи так, зауважує при цьому Гегель, ніби лише від нашої сваволі залежить, йти за тим чи другим. Але це зовсім не так; від форми самих предметів, що пізнаються, залежить, який з двох методів нам доведеться застосувати.<sup>152</sup>

Аналіз, зазначав М.М.Розенталь, є спосіб дослідження, що відіграє величезну роль у процесі руху думки від зовнішньої видимості явищ до їх сутності, у процесі подолання протиріччя між зовнішнім і внутрішнім. Розчленовуючи складне ціле на його частини, аналіз це робить не лише для того, аби показати, з яких частин складається предмет, а для того, щоб виявити сутність предмета. Оскільки сутність речей багатоступінчаста, то думка повинна дійти до такої сторони, моменту, які не просто належать до сутності речей, а є їх найглибшою сутністю, тим, що є основою, єдністю усіх сторін речі і чим можна пояснити усі складні зв'язки і відношення предметів. Цю роль у русі пізнання й виконує аналіз.<sup>153</sup>

На відміну від аналізу, продовжує автор, синтез – це поєднання частин у ціле на основі пізнаних складових елементів цілого. Синтетична діяльність мислення починається з того, на чому закінчується аналіз. Якщо в процесі аналізу думка просувається від багатоманітності до тотожності та єдності, то в процесі синтезу напрямок руху прямо протилежний: від тотожного, суттєвого до відмінності й багатоманітності, у формі яких виявляє себе сутність речей. Синтез поєднує частини, складові елементи у ціле, однак це не механічне “складання” розрізаних частин в єдиний механізм, а процес дослідження того, як основа, сутність речі вліпється в конкретній багатоманітності її сторін і властивостей. Синтез поєднує загальне і одиничне, абстрактне і конкретне, єдність і багатоманітність у живе ціле, де усі сторони розвиваються з певної основи, з головного, суттєвого елемента чи якості явища. Якщо у вихідному пункті пізнання дійсність постає перед нами як хаотичне багатоманіття без єдності, то в результаті аналізу та синтезу вона пізнається уже як єдність у багатоманітності або багатоманітність у єдності.

Тому, підсумовує автор, якщо мета пізнання полягає у “знятті” протиріччя між сутністю і зовнішніми формами її виявлення, тобто в усвідомленні законів речей і форм їх виявлення, то цього можна досягнути не одним тільки аналізом, але й синтезом, узятими в їх єдності.<sup>154</sup>

Очевидно, що *диференціація* права на публічне й приватне, правова галузі тощо пов'язується з процесом *конкретизації* поняття *права взагалі* у *синтетичній* діяльності мислення, яка відштовхується від результатів *аналізу* права та визначення його *сутнісних* зв'язків і відношень.

А проте, прагнучи “установити засади, які мають застосовуватися при регулюванні тієї чи іншої групи відносин”, враховуючи необхідність повнішої характеристики двох складових частин права,

<sup>152</sup> Див.: Гегель Г. Энциклопедия философских наук. – Т.1. – С.410–412.

<sup>153</sup> Див.: Розенталь М.М. Принципы диалектической логики.– С.412.

<sup>154</sup> Там само.– С.416–421. Далі автор характеризує взаємопроникнення аналізу й синтезу, їх діалектичний зв'язок, але ми не будемо тут зосереджувати увагу на цьому.

вищеназвані Є.Харитонов та О.Харитонova встановлюють *характерні відмінності між приватним та публічним правом і на цьому підґрунті дають їх визначення*.<sup>155</sup>

Отже, якщо приватне право – це “сукупність правил і норм”, які стосуються визначення статусу і захисту інтересів певних суб’єктів (визначених за певними ознаками), то публічне право – це вже “сукупність правових норм”, що складають “особливу функціонально-структурну систему” (яка з певною метою за допомогою певних засобів регламентує відносини певних суб’єктів). Зрозуміло, що на такій логічній “основі” з’ясувати критерії галузевої диференціації права неможливо, як неможливо взагалі усвідомити, яким чином і яка сутність права виявляється в публічному та приватному праві, матеріальних та процесуальних галузях, конституційному, кримінальному, цивільному чи господарському праві, у правових інститутах тощо, в чому полягають *особливості* виявлення цієї сутності у названих формах, яким чином (за якими суттєвими ознаками) *конкретизується* родове визначення права у цих формах, диференціюючись на вказані види.<sup>156</sup>

Пізнавати, вказував Гегель, означає знати не тільки, що предмет є і що він *взагалі* собою являє, так само як і те, чим він є за своїми *випадковими, зовнішніми* визначеннями; пізнавати – означає також знати, в чому полягає *певна субстанціальна природа* предмета. Ця відмінність знання і пізнання є для розвинутого мислення дещо цілком звичайне. Так, наприклад, говорять: ми *знаємо*, правда, що бог існує, однак ми не можемо *пізнати* його. Це точка зору усвідомлення, а не *справжньої інтелігенції*, яку інколи справедливо називали також *здатністю пізнання*.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Наведемо ще раз ці дефініції. “Приватне право можна визначити як сукупність правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремих осіб, котрі не є фігурантами держави, не перебувають у взаєминах влади та підпорядкування одна щодо одної, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов’язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи”. Щодо публічного права, то його “можна визначити як сукупність правових норм, що складають особливу функціонально-структурну систему, яка з метою врегулювання і захисту загальносуспільних інтересів за допомогою приписів переважно імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб’єктами, що є фігурантами держави або перебувають у взаєминах влади та підпорядкування”. Для порівняння наведемо визначення Ю.О.Тихомирова, на думку якого публічне право є свого роду функціонально-структурна підсистема права, що виражає державні, міждержавні та суспільні відносини (див.: Тихомиров Ю.А. Публічне право. Учебник. – М., 1995. – С.29–30)

<sup>156</sup> У цьому зв’язку, для порівняння практики застосування вказаних вище аналітичного і синтетичного методів у дослідженні явищ правового життя з названими авторами слід звернути увагу на досвід визначення сутності такого явища, як правова реформа, підхід до класифікації видів реформ тощо (див.: Ющик О.І. Правова реформа: загальне поняття... С. 48–110).

<sup>157</sup> Формальний хід розвитку інтелігенції до пізнання, вказував Гегель, такий: спочатку інтелігенція має *безпосередній* об’єкт; далі, по-друге, деякий в само себе *рефлектова-*

Об’єкти природи і духа, як предмети для уявлення, за словами Гегеля, є *взагалі речі з багатьма властивостями*. Тут важливо, насамперед, досягнути, який їх найближчий рід, а потім – яка їх видова відмінність. Потрібно тому визначити, яка з багатьох властивостей належить предмету як роду і яка – як виду, далі яка з цих властивостей суттєва; а для того щоб визначити це, потрібно узнати, в якому зв’язку вони перебувають одне з одним. Однак для цього ще немає ніякого критерію, крім самого наявного буття.

Якщо брати за вихідне уявлення *наявне буття* “сукупності правових норм” (як це роблять дослідники приватного та публічного права, галузевої диференціації права), необхідно, мабуть, спочатку шляхом аналізу досягнути *загальне поняття* юридичної норми, з’ясувавши її *сутнісні* визначення. У процесі цього досягнення ми неминуче вийдемо на *суб’єктне право як елементарну форму* права взагалі, проаналізуємо сутнісні зв’язки цього права, в тому числі характер його зв’язку з юридичною нормою. Саме тут потрібно шукати глибоку сутність права як суспільного явища, його *родову* сутність або, як каже Гегель, його певну субстанціальну природу.<sup>158</sup>

На мій погляд, в основі галузевої диференціації права лежить строкате розмаїття суб’єктних прав, кожне з яких, виступаючи як необхідний момент диспозиції юридичної норми (разом з юридичним обов’язком), *предметно* визначає зміст відповідної норми в усіх її складових (гіпотезі, диспозиції, санкції). При цьому, в одиничності кожного суб’єктного права відбивається *особливий* характер його правової інституціоналізації, тобто узаконення цього права, зумовлений його належністю до того або іншого правового інституту, а отже, *загальний* характер відповідного позитивного права. Названі одиничні, особливі та загальні права, утворюючи *триєдину структуру* правової системи (суб’єктне право, інституційне право і позитивне право), передбачають відповідно *загальний, особливий та одиничний характер юридичних норм*, в яких санкціонуються вказані права. Цей характер юридичних норм, втілюючись у систему різних нормативно-правових актів (джерел права), стає логічною основою різноманітних класифікацій нормативних поло-

*ний, такий, що набув внутрішнього характеру*, матеріал; нарешті, *по-третє*, деякий настільки ж *суб’єктивний*, як і *об’єктивний*, предмет (Див.: Гегель Г. Енциклопедія філософських наук. – Т.3. – С.266–267).

<sup>158</sup> Виражаючи поняття як дещо лише безпосереднє, дефініція відмовляється від досягнення самого поняття. Вона тому не являє собою нічого іншого, крім такого, що стосується форми, визначення поняття при деякому даному змістові... Якщо дефініція не йде далі загального поняття, то в наукових положеннях, навпаки, предмет є пізнаним в його реальності, в умовах і формах його реального наявного буття. Синтетичне в дефініції й членуванні є зв’язок, що приймається ззовні; знайденому в наявності надається форма поняття, проте як знайдений у наявності увесь зміст лише *показується*; наукове ж положення повинне бути *доведене*... (Гегель Г. Наука логіки. – Т.3. – С.261–268).

жень цих актів, структурних елементів юридичних норм (диспозицій, санкцій), цілісних норм, правових інститутів та галузей правової системи.

(Необхідно, однак, відзначити, що об'єктивно суцільна визначеність юридичних норм як загальних, особливих та одиничних залишається поза увагою дослідників правової системи. Оскільки предмет юридичної норми становить її диспозиція, тобто певне суб'єктне право в його співвідношенні з юридичним обов'язком, то наявність *тотожних* моментів в одиничних нормах (їх гіпотезах, диспозиціях тощо) становить об'єктивну основу для формування *особливих* і *загальних* юридичних норм, яка є *необхідним* началом становлення внутрішньої єдності різних норм. Для пояснення візьмемо, наприклад, статтю 45 Конституції України, що передбачає *право* кожного, хто працює, на відпочинок. У статті виражена *загальна* норма, в якій: а) *гіпотезою*, тобто *загальною умовою* існування права на відпочинок є *кожний* індивід, якщо він працює; б) *диспозицію*, тобто *загальний предмет* норми становить *право на відпочинок* кожного, хто працює, та відповідний *юридичний обов'язок* кожного суб'єкта, який використовує працю індивіда, задовольнити це суб'єктне право (надавати дні щотижневого відпочинку, оплачувати щорічну відпустку, встановити скорочений робочий день щодо окремих професій і виробництв, скорочену тривалість роботи у нічний час); в) *санкція* норми в *загальній* формі сформульована як вказівка на *загальне коло обов'язків держави*, що забезпечує реалізацію даного права (визначення законом максимальної тривалості робочого часу, мінімальної тривалості відпочинку та оплачуваної щорічної відпустки, вихідних та святкових днів, а також інших умов здійснення цього права). Зрозуміло, що за іншими умовами здійснення даного права стоїть уся правова система держави в *тій частині*, яка стосується *саме права на відпочинок* (включаючи діяльність законодавчу, адміністративну і правоохоронну). Отже, за цією *загальною* нормою в правовій системі можна відшукати значну кількість *особливих* та *одиничних* юридичних норм, які санкціонують особливі та окремі права на відпочинок, *конкретизовані* в частині гіпотези, диспозиції чи санкції загальної норми (наприклад, права працюючих неповнолітніх або тих, хто навчається, вагітних жінок, працюючих пенсіонерів тощо; права на додаткову відпустку певних категорій працюючих і т.д.; мінімально необхідний стаж роботи для надання першої відпустки тощо). При цьому, однак, *нормативні положення*, в яких втілюються вказані юридичні норми, можуть міститися в десятках і сотнях тисяч різних нормативно-правових актів, від кодексу законів про працю до колективних договорів і правил внутрішнього трудового розпорядку підприємств, установ чи організацій, в тому числі у законах чи інших джерелах права, які *не належать безпосере-*

*дно до галузі трудового права* (як, наприклад, закон про статус народного депутата України, що визначає тривалість щорічної відпустки депутатів). Ця обставина, зрозуміло, надзвичайно ускладнює досягнення *конкретного змісту* окремих юридичних норм і тим більше, їх класифікацію, чим значною мірою пояснюється умоглядний характер різних нормативних конструкцій "системи права" та схоластичні дискусії з цього приводу).

А втім, доки залишається не з'ясованим, які властивості юридичних норм належать праву як *роду*, а які – приватному або публічному праву, цивільному праву тощо як *виду*, які з них *суттєві* (отже, в якому зв'язку вони перебувають одне з одним), – марно розраховувати на *переконливі* критерії галузевої диференціації правової системи. В усякому разі важко уявити *необхідні* зв'язки між такими "характерними рисами" приватного права, як рівність учасників відповідних відносин; їх ініціативність при встановленні правовідносин; вільний розсуд при обранні правил поведінки, прямо не заборонених законодавством; позовний порядок захисту інтересів його суб'єктів у суді і т.ін. Усе, що можуть сказати автори про те, звідки взялися ці "характерні риси приватного права", зводиться до того, що "значною мірою ці риси визначаються сутністю приватного права як такої частини об'єктивного права, де через відповідні інститути втілюється природне "право свободи"..."<sup>159</sup>

<sup>159</sup> Характеризуючи відношення держави і права до власності, К.Маркс і Ф.Енгельс писали: "У приватному праві існуючі відносини власності виражаються як результат загальної волі. Одно вже *jus utendi et abutendi* (право вживання і зловживання, тобто право розпоряджатися річчю по своїй волі) свідчить, з одного боку, про те, що приватна власність стала цілком незалежною від спільності, і з другого – про ілюзію, ніби сама приватна власність ґрунтується виключно на приватній волі, на довільному розпорядженні річчю. На практиці поняття *abutendi* (зловживати) має дуже чіткі економічні межі для приватного власника, коли він не хоче, щоб його власність, а значить і його *jus abutendi* (право зловживання) перейшли в інші руки; бо річ, розглядувана тільки у відношенні до його волі, не є зовсім річ; вона стає річчю, дійсною власністю, тільки в процесі спілкування і незалежно від права... Ілюзією користів пояснюється те, що для них і для всякого кодексу є взагалі простою випадковістю, що індивіди вступають між собою у відносини, наприклад, укладають договори; ці відносини вони розглядають як такі, в які за власним бажанням можна вступати і не вступати і зміст яких цілком залежить від індивідуального розсуду договірних сторін. Щоразу, коли розвиток промисловості і торгівлі створював нові форми спілкування, наприклад, страхові і т.д. компанії, право змушене було їх санкціонувати як нові види придбання власності" (див.: Маркс К. і Енгельс Ф. Твори. – Т.3. – С.59–60).



Обираючи критичний нарис як форму викладу даного матеріалу, автор усвідомлював те, що природа нарису не лише виключає вичерпне викладення змістовної сторони тих чи інших ідей, але й обмежує їх системний розвиток, який передбачає їх *виведення*, логічне доведення, на відміну від звичайної констатації або запевнення. У нарисі, оскільки його зміст повинен бути викладений стисло, важливіше значення приділяється зовнішній доцільності розташування матеріалу.

Відтак, основна частина роботи присвячена ознайомленню читача з тими загальними підходами, які панують сьогодні в юридичній науці, до галузевої диференціації правової системи; а критичні зауваження мають допоміжний, коментарний характер. Головним їх призначенням є не стільки проілюструвати незадовільний стан теоретичного усвідомлення названої проблеми, скільки звернути увагу на недосконалість *методології*, яка використовується при цьому дослідниками. Не випадково в сучасній літературі відзначається, що “домінуючій зараз загальнотеоретичній конструкції про галузевий предмет і метод властива глибока внутрішня суперечливість”, і що необхідна інша методологія дослідження, яка повинна “кардинально змінити усю звичну правову картину”, існуючу вже багато років (В.Д.Сорокін).

Мимоволі приходять на пам'ять слова К.Маркса про те, що “ненаукова форма математичного догматизму”, коли суб'єкт ходить навколо та поряд з об'єктом, резонерствує замість того, щоб дозволити йому самому розгорнути свій багатий живий зміст, з самого початку була перешкодою до досягнення істинного. Такою, схоже, вона залишається й зараз...

Наукове видання

**ЮЩИК Олексій Іванович**

## **ГАЛУЗІ ТА ІНСТИТУТИ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ**

Редактор – *О. Коваленко*

Коректор – *О. Дончук*

Комп'ютерна верстка – *Д. Рубін*

*Свідоцтво про реєстрацію ДК №17 від 20.03.2000.*

Підписано до друку 10.09.2002 р. Формат 60х90/16.  
Гарнітура Times. Офсетний друк. Ум.-друк. арк. 7.0.  
Обл.-вид. арк. 7.0. Тираж. 500. Зам №26.

ДП «Видавництво «Оріяни»  
02121, м. Київ, вул. Декабристів, 9, оф.74.