

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

І. Спасибо-Фатєєва, член-кореспондент АПрН України

Не створюйте протилежності

1. Уявімо собі мурашник або вулик, в якому одна з комах змінила ставлення до своїх обов'язків: скажімо, запишавшись тим, що їй наближення до королеви-матки надає особливих переваг, вирішила це використати у власних інтересах. Наприклад, запропонувала іншій комасі забезпечити безперешкодний доступ до королеви для набрання більшої кількості її рідини замість перекладення з себе частини своїх функцій. Одразу виникнуть спочатку непорозуміння, потім проблеми та збій налагодженої системи і нарешті її крах. Це пов'язано з тим, що функціональність системи забезпечується вивіреним та збалансованим природним механізмом, для якого характерним є те, що всім кохам не потрібно зайвого і не може бути недостатнього.

У суспільній же системі, навпаки, ми такі ситуації часто й спостерігаємо, а сама ця система виявляється нездатною не просто їх вирівняти, а й не допустити їх виникнення. Члени ж спільноти постійно перебувають не в адекватних станах та зв'язках між собою для загальної користі всіх, а, відчуваючи збій системи, постійно або час від часу намагаються її налагодити. Відчуття ж наближення її краху, як правило, відсутнє, навіть і тоді, коли він уже настає.

Одним із показників проявів цього відчуття є проблематика громадянського суспільства (ГС), якої нині так чи інакше торкаються, аналізують, обіграють, насамперед зводячи до співвідношення держави та ГС. Однак корені цієї проблематики значно глибші, а її мережа — ширша. Спробуємо в загальних рисах їх окреслити.

Насамперед вимагає прояснення питання про співвідношення держави та ГС, що звичайно сприймаються як протилежності в їх фундаментальному протистоянні «суспільство — влада», в яке можуть злитися практично всі конфлікти¹. Структуруючи їх як протилежні

¹ Див.: *Сегал Л.* Кінець епохи ясності. — Проблеми Восточної Європи. — 1989. — № 27–28. — С. 10.

полюси, ми тим самим упускаємо головне: всі протилежності споріднені; вони ступені одного явища. При усвідомленні цього відбудеться звільнення від їх полярності як різних категорій, і вони будуть тим, чим є насправді — єдиним.

За відсутності подібного підходу до їх розуміння держава та ГС розчленовуються з виявленням рис і сутності, а також їх проявів у реальній дійсності кожного з них. При цьому слід зазначити, що така постановка питання має місце лише нагально. Були й інші спроби абсорбувати риси тієї чи іншої інституції для представлення її полярності зі своїм антиподом. Як приклад можна навести проблематику «громадянин — держава». При розширенні ж рамок сполучень зазначених понять нітрохи не менше проблематики у співвідношенні «громадянин — ГС». А якщо ці інституції побудувати за типом трикутника («громадянин — ГС — держава»), то зв'язків, що переплітаються, буде набагато більше.

Сьогодні ще не відродилася актуальність такого зв'язку, як «церква — держава» та «церква — ГС — держава», хоча така постановка питання вже також на часі. Проблем же тут ще більше, особливо якщо не хтувати присутністю в цих зв'язках і громадянина.

Зрозуміло, що з підключенням до тієї чи іншої дихотомії додаткових інституцій підсилюється напруженість у ланцюгу, і на якійсь стадії стає неможливо простежити та вичленувати окремі проблеми його різних ланок. Очевидно, тому останні зазвичай прийнято розбивати на протилежності, тим самим відзначаючи соціальні зв'язки між можливими антагоністичними суб'єктами. Однак весь спектр цих взаємозв'язків свідчить не тільки про штучність вичленовування, а й про небезпеку такого для кінцевої мети. А нею, без усякого сумніву, є досягнення гармонізації в соціумі. Тому сам підхід до розгляду цієї проблематики вимагає відповідного коригування з урахуванням вищесказаного, що стисло можна назвати так: «не створюйте протилежності».

2. Закликаючи до зміщення точки зору на поняття ГС у співвідношенні з іншими і позиціонуєчись на ньому, слід зазначити складність у розумінні ГС як такого. Навіть не кажучи про визначення ГС, це поняття саме по собі має скоріше почуттєвий, ніж догматичний характер. І це так, оскільки кожен відчуває, де йдеться про ГС, а де — про державу, церкву тощо. Це так ще й тому, що громадянин, церква і держава в тому чи іншому ступені суб'єктивовані на відміну від ГС, оскільки воно: а) сприймається як аморфна маса на протигагу структурованій державі; б) не має представників, з якими б його ототожнювали, як держава ототожнюється зі своїми органами; в) не має за-

собів свого прояву в соціальній дійсності; г) не має захисних механізмів, подібних до державних, тобто механізмів захисту як самого суспільства від держави, так і окремих його членів.

Звідси і може випливати розуміння того, які є реально існуючі можливості активізувати ГС рівно настільки, наскільки воно самою своєю суттю може і має взаємодіяти з державою і зрівноважувати її.

3. **Держава.** Пам'ятаючи про ніцшевське бачення держави як «пса лицемірства», але не зациклюючись на цьому, безумовно сприймаємо те, що держава покликана служити суспільству. *По-перше*, необхідно визначитися в способах, стратегії і тактиці цього служіння, виходячи з інтересів усього суспільства. Неоднозначність підходів і оцінок дій держави при цьому породжена тим, що суспільство є зовсім не однорідною масою. Крім того, держава не повинна формувати свої власні інтереси, адже вона існує стільки, скільки існує суспільство. Тут можна навести порівняння з танцюристом та танцем: зупиниться танцюрист — зникне танець, не буде танцю — не стане й танцюриста як такого. *По-друге*, держава, будучи структурованою системою, повинна налагодити роботу цієї структури, в першу чергу для оптимального виконання своїх завдань і функцій. І що важливо — ця структура та її діяльність мають перебувати під постійним контролем з боку суспільства. *По-третє*, держава повинна розуміти, що у свою чергу вона поряд із ГС є лише елементом більш загальної, цільної й значущої структури, що як така не може допустити посилення лише одного свого елемента, оскільки тоді вона перестане існувати. Тому в інтересах цілого і самої держави як його частини підтримувати сталість цієї структури. Очевидно, що актуальність проблематики ГС нині й полягає, з одного боку, в усвідомленні небезпеки для держави нехтуванням ГС, а з другого боку — у вживанні мінімально необхідних заходів щодо підтримання рівноваги для того, щоб ГС не відчуло на якості етапі досить сил зрівноважити державу, а ще більше — переважити її, що також може призвести до негативних наслідків.

4. **Громадянське суспільство**, навпаки, звичайно уявляється як «царина загальної активності», що існує, *по-перше*, в атмосфері спільної волі, ініціативи, а тому воно не догматичне, не формалізоване, рухливе. ГС перебуває в площині впливів економічної системи, культури, традицій тощо, з одного боку, і держави — з другого, не будучи, проте, придатком ані перших, ані, тим більше, другої. *По-друге*, воно є різноманітним і «виступає ареною діяльності різноманітних організацій, кожна з яких прагне захистити ... інтереси визначеної соціаль-

ної групи»¹. При цьому не слід ідеалізувати кінцеву об'єднаність цієї різноманітності на противагу державі, якій ГС саме внаслідок такої об'єднаності може чинити спротив². На тому чи іншому етапі свого існування ГС може «роздиратися» такими суперечностями, що затьмарюють основну суперечність «держава — суспільство».

5. Звідси випливає, що такі протилежні за своєю суттю субстанції мають різні пріоритети і втілення, а саме:

а) держава покликана вирішувати таку тріаду: впорядкувати, стабілізувати, захистити. Для цього вона повинна: регулювати, управляти, судити;

б) ГС, будучи проявом такої тріади, як вільна ініціатива, динамізм, спонтанна активність, фактично є осередком формування й існування природних і цивільних прав та воль. Як таке ГС є колицкою права і держави, тим самим воно покликано забезпечити їхню дієвість.

Це свідчить про традиційні взаємини держави і суспільства як проявів балансу різних інтересів цих субстанцій у єдиній сфері існування. Відтак, вони мають зрівноважити свою полярність не як антиподи, а як складові цілого, що становлять арену соціального буття. Звідси й ті конкретні питання, що цим зумовлені, передусім щодо їх взаємовпливу.

6. Внаслідок наведеного мова про те, як впливатиме ГС на владу, одномоментно припускає і протилежне: як влада повинна впливати на ГС, оскільки вплив може бути тільки взаємним. Українські ж реалії свідчать про те, що така взаємодія вищою мірою є спонтанною, залежною від численних обставин і чинників, непередбачуваною. Ми були свідками й учасниками осінньо-зимових подій, коли як влада, так і ГС оперували тими ж самими поняттями, вказували на однакові цілі (благо народу, поліпшення економічних показників, забезпечення реалізації прав і свобод), однак їх сприйняття різними верствами ГС було протилежним. Більш того, в Україні не склалося одного з істотних проявів дієвості ГС — впевненості в тому, що зміна влади не торкнеться його основних засад. Навпаки, саме зі зміною влади ГС пов'язує свою свободу. Це пояснюється тим, що нова влада в Україні саме «родом» з ГС. З одного боку, це позитивний чинник. Однак з другого боку його можна розглядати як поштовх для того, щоб існування ГС було не синусоїдальним із критичними спалахами в часи революцій, а про-

¹ Свіницький В., Федорченко П. Громадянське суспільство в Україні: концепції і реалії // Бюлетень Міжнародного фонду «Відродження». — К., 1994. — № 4—5. — С. 16.

² Оксфорд Ф. Наводиться за: В. Речицкий. Свобода и государство. — Х., 1998. — С. 28.

ходило в нормальному режимі стримування влади і тим самим забезпечувало неможливість виникнення цих криз і потрясінь.

З цієї загальної сфери міркувань впливає більш конкретна: а) як ГС може впливати на визначення функцій держави та їх здійснення; б) значущість ГС для правової системи, у першу чергу балансу приватного і публічного права. Щодо цього можна вказати на деякі аспекти глобальної проблеми, що тут порушується.

7. Для ГС давно стала очевидною надмірність функцій держави. Відзначимо лише окремі сфери їхніх проявів — регулювання і контроль за підприємницькою діяльністю, реєстрацією об'єктів нерухомості і правочинів із нею, розподіл державної власності і здійснення управління нею.

7.1. Відносно першого дійсність беззаперечно підтверджує той факт, що має місце явне перевищення рамок державних турбот і державного втручання. Свідченням цього є труднощі, а часто і нездоланні перешкоди, які влада «забезпечує» підприємцеві вже на початковому етапі його діяльності (державної реєстрації), у процесі одержання всіх необхідних ліцензій, нескінченних перевірок різними державними органами.

Які заходи реагування на негативне ставлення ГС до цього може запропонувати (і пропонує) влада? Підсилити державний контроль, змінити кадровий склад органів влади, оновити механізми взаємодії влади і підприємця. І все це з поясненнями необхідності підтримки підприємництва, його значущості для економічного і соціального розвитку тощо. Однак протягом тривалого часу такі способи не приводили і не приведуть до розв'язання проблеми. Існують закономірності в поведінкових моделях, які зруйнувати подібними заходами неможливо. Виходом буде лише істотне скорочення функцій держави в цій сфері, передача частини з них підприємницьким структурам (а виходить, структурам ГС), установлення суспільного контролю за діяльністю бюрократії (через засоби масової інформації, правозахисні організації тощо) з дієвими засобами реагування на виявлені порушення.

Разом з тим не слід забувати про те, що покладання певних функцій на суспільні структури буде можливим лише за умови, коли ці структури готові до їх прийняття. Так, законодавством про фондовий ринок було передбачено можливість передачі частини функцій Державної комісії з цінних паперів самоврядним організаціям. Однак ще й досі ці організації «не дозріли» до того, щоб прийняти їх на себе. Для порівняння: подібні організації в Канаді не тільки здійснюють більшість функцій щодо регулювання фондового ринку, а й створили дієві

механізми захисту прав інвесторів, зокрема фонд компенсації їхніх збитків, що формується за рахунок стягнення з порушників неправомірно отриманих ними коштів. Причому ці кошти спрямовуються не до бюджету, а до приватного фонду, яким розпоряджаються недержавні організації.

7.2. Показовою для демонстрації того, що держава не справляється зі своїми функціями, є державна реєстрація нерухомості й правочинів із нею, передбачена ст.ст. 182, 210 ЦК та ін. В Україні склалася парадоксальна ситуація, коли після набрання ним чинності правочини з нерухомістю не могли вчинятися в зв'язку з відсутністю спеціального регулювання цього питання, незважаючи на те, що в Перехідних положеннях ЦК Кабінету Міністрів України ставилося за обов'язок розробити відповідний закон. ГС активно реагувало на таку ситуацію шляхом проведення численних конференцій нотаріусів, працівників бюро технічної інвентаризації (БТІ), земельпорядних служб, об'єднаних у різні асоціації та громадські організації, тощо.

Не менш показовою в оцінці функцій держави є очевидна боротьба різних державних структур за здійснення реєстрації прав на нерухомість. Проявом цієї боротьби стало позбавлення БТІ функцій щодо державної реєстрації і передача цих функцій Державному комітету по земельних ресурсах¹ із продовженням їхнього здійснення БТІ і до цього часу², а також невизначеність того, хто здійснюватиме державну реєстрацію правочинів із нерухомістю, яку нині здійснює Мін'юст³. Подібний «переділ сфер» у такому значущому питанні, як оборот нерухомості, вимагає відповідальності держави перед ГС за породжену плутанину і порушення прав та інтересів власників. Однак так ставити питання українське ГС ще не навчилося.

7.3. На прикладі державної реєстрації можна проілюструвати й такий аспект, що характеризує Українську державу, як пристосування механізму здійснення законів таким чином, щоб це було зручно

¹ Див.: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2003 р. № 1088 «Про створення єдиної системи державної реєстрації земельних ділянок, нерухомого майна та прав на них у складі державного земельного кадастру».

² Див.: Тимчасове положення про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно: Затв. наказом Міністерства юстиції України від 7 лютого 2002 р. № 7/5, зареєстр. в Мін'юсті 18 лютого 2002 за № 157/6445, а в подальшому — ч. 5 розд. V Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень».

³ Див.: Тимчасовий порядок державної реєстрації правочинів, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. № 671.

чиновникам, а не тим, хто вимушений до них звертатися для реалізації своїх прав. Так, існуюча процедура реєстрації прав на нерухомість вимушує громадянина тричі «дефілювати» між БТІ та виконкомом місцевої ради, вистоюючи черги й очікуючи засідань виконкому та годин прийому посадових осіб.

7.4. Що стосується розподілу державної власності і здійснення управління нею, то показовим для України є усунення ГС від вирішення питань приватизації із самого початку її проведення. Видимість загального розподілу благ за типом «кожній сващці по ковбасці», покладеному в основу визначення вартості приватизаційного майнового сертифіката, і нібито надана всім громадянам України рівна можливість участі в придбанні державної власності — це все, що було зроблено як реверанс Українському народові. Самі ж процеси приватизації, визначення її способів, об'єктів, що підлягають чи не підлягають приватизації, залишилися поза контролем ГС. При численності нормативно-правових актів стан, в якому перебуває й досі приватизація, не тільки не ясний, а й безконтрольний. Факти виявлених порушень, що з'являються «на злобу дня» (а часто — внаслідок лобювання інтересів тих чи інших економіко-політичних структур), досить неоднозначно сприймалися, доки не нагромадилася критична маса, що переконливо свідчить про тенденцію (яка не намітилася, а майже реалізована) усунути суспільні структури від процесів приватизації, забезпечити надходження від приватизації певним групам або особам.

Ці факти також доводять, що ГС до революційних подій в Україні не в змозі було закумуляватися для недопущення порушення своїх інтересів. Що ж стосується органів влади, то їхня роль у цій ситуації взагалі досить цікава і багатогранна, вона вимагає окремого аналізу. Лише одне залишається однозначним: влада, як і ГС, залишилася осторонь¹ при порушеннях інтересів суспільства.

Не менш важливою і показовою для України є відсутність законодавчого регулювання питань управління об'єктами права державної власності, розрізненості державних органів, які покликані здійснювати або фактично здійснюють ці функції. ГС узагалі усунуто з цієї сфери, хоча час від часу в пресі з'являється інформація про об'єкти нерухомості, що є власністю державних чиновників і депутатів, державних органів, про способи їх придбання, контроль тих чи інших осіб (груп) над економічними процесами, ринками тощо.

¹ Говорячи в розумінні їх належного забезпечення та захисту, а не використання владних структур для порушень.

8. Питання власності, будучи фундаментальними для будь-якого суспільства, є і виразниками дійсного співвідношення сил у ньому. При неймовірній заплутаності ситуації щодо цих питань зрозумілим залишається одне: рівності усіх власників, проголошеної в Конституції України, досягти не вдалося. Про це свідчать реалії, серед яких можна вказати хоча б на такі:

— держава як власник сама встановлює для себе правила гри, внаслідок чого, вступаючи в правовідносини з іншими власниками, має нескінченну кількість пріоритетів;

— держава неефективно використовує свою власність. Більш того, вона дотепер не визначилася в основному питанні: чи мислить вона себе підприємцем і чи повинна налагодити прибуткове управління своїм майном, чи вона має його передати в приватну власність і одержувати доходи до казни у вигляді податків, а не дивідендів;

— держава займає непослідовну позицію стосовно майна різних осіб, яким вона стала володіти в різні історичні періоди. Так, поряд із повсюдним поверненням церковного майна, держава вживає різних заходів, що протидіють поверненню майна приватним особам (так звана проблематика реституції власності). А майно громадських організацій держава намагається, навпаки, привласнити¹.

9. Питання про те, «хто» здійснюватиме функції влади і управління, нерозривно пов'язане і з тим, «як» вони здійснюватимуться. Сьогодні ці функції фактично комерціалізовані: за одержанням дозволу, ліцензії, сертифіката тощо стоять громіздкі і суперечливі механізми з можливістю їх обходу шляхом оплати різних послуг (формально чи неформально). Звідси, з одного боку, корупція і виникнення різних «благодійних» фондів, до яких підприємці перераховують кошти аж ніяк не добровільно. З другого боку — абсолютне нехтування думкою ГС щодо планів забудови міст, можливістю вільно пересуватися по тротуарах тощо у зв'язку зі зростанням не тільки стихійних ринків, але і кіоско-лоточних «променадів», розташуванням незліченної кількості бензозаправок у центральних частинах міст, забудовою тротуарів входами до магазинів і кафе, будівництвом «супер»- і «гіпермаркетів» оптового і складського типу на центральних вулицях, що знижує і без того вбогий архітектурний ансамбль.

10. Говорячи про значущість ГС для правової системи й у першу чергу балансу приватного і публічного права, слід наголосити на тому,

¹ Див.: Постанови Верховної Ради України про майнові комплекси і фінансові ресурси громадських організацій колишнього Союзу РСР від 10 квітня 1992 р. та 4 лютого 1994 р.

яким чином ГС зможе врегулювати відносини приватного порядку без втручання держави як законодавця. Насамперед при цьому варто вказати на надмірність законодавства як виразника функції впорядкованості. Йому може бути протиставлено ініціативність, свободу договору і можливість для осіб регулювати свої відносини саме на цьому рівні, що органічно притаманне ГС.

Очевидною є й необхідність у формуванні ГС своїх способів і інститутів вирішення конфліктів. І в цьому також мусить проявитися авторитет права, що по своїй суті має підніматися над авторитетом влади¹. У ЦК вбачається прояв його основних засад. Сьогодні не просто актуалізована проблема необхідності «зрівняти» державу й особистість, державу і ГС, а й оснастити кожну людину надійними засобами захисту, безвідмовно діючими механізмами реалізації невід'ємних людських прав².

Однак знову ж, якщо говорити про це в контексті ГС, ми повертаємося до його інфраструктури, яка б дозволяла це зробити. Нинішній же стан з номінальними елементами цієї інфраструктури ГС (політичними партіями, громадськими організаціями тощо) не свідчить про її дієвість. Перші вирішують основну проблему — доступ до влади, й у самому цьому вже закладено певну суперечність з їх призначенням саме як елементів ГС, окремих від влади. Тобто у період боротьби за владу вони відповідають такому поняттю, а після досягнення своєї мети — навпаки. Громадські організації на цьому поприщі не виявили себе як структура ГС. Наприклад, такими повинні були б стати за своїм покликанням Вища рада юстиції, організації в сфері науки, освіти, професійних інтересів, такі як спілки адвокатів, юристів, нотаріусів, письменників тощо. У «старих» спілках (літераторів та ін.) процвітають амбіційні застарілі підходи, що раз за разом виносяться на поверхню при різних внутрішніх конфліктах. «Нові» не відіграють тієї ролі, що мала б бути їм відведена (саме формовані ними органи повинні висувати вимоги до представників своєї професії, ліцензування у разі потреби в такій, застосовувати заходи щодо недопущення до цієї сфери при порушеннях корпоративних норм). Однак усе зосереджено в руках держави. Абсолютно відсутній громадський контроль за освітою на перевірку відповідності дійсності рівня одержаних знань, недопущення до заняття професійною діяльністю осіб, які не мають достатнього рівня і впливу на вищі навчальні заклади, що видали та-

ким дипломи. А нині стало й взагалі можливим призначення на посади державних службовців осіб без вищої освіти, або спеціалістів не за фахом, або без досвіду роботи внаслідок віку чи попереднього виду діяльності. І ГС інертно реагує на це.

11. Отже, інфраструктура ГС має формуватися паралельно з удосконаленням функцій державної влади. При цьому очевидними є, принаймні, три напрямки впливу ГС:

- влада повинна сприйматися як менеджери, підзвітні ГС;
- суспільна і державна власність має знаходитися під контролем ГС;
- влада та її представники повинні нести відповідальність за свої дії та їхні результати. Це має особливо важливе значення за відсутності будь-якої відповідальності, у тому числі за збитки, завдані ГС невірними підходами до суспільно значущих проблем, непродуманістю, небажанням або неможливістю забезпечити дієвість законодавчих рішень тощо.

Важливе значення при цьому мають і самі норми права, що народжуються не «зверху», а в самому ГС, у процесі спільної діяльності людей при постійному зіткненні їх інтересів. При цьому виробляються правила їхнього об'єднання, взаємодії і пригнічення, правила, що відміряють «зону» свободи цих інтересів. Ці правила і є нормами права як мірами свободи¹, у зв'язку з чим вважаємо необхідним:

- установа процедури проходження законів з обов'язковим додержанням відповідних механізмів, що вимагаються залежно від їх специфіки і сфери регулювання, як от: загальнонародне обговорення, слухання в підприємницьких громадських організаціях, а також у професійних організаціях юристів;
- обґрунтування прийняття або відхилення внесення змін до законопроектів із повідомленням про це відповідних громадських організацій, що надіслали свої міркування з цих питань;
- звернення до Конституційного Суду в разі порушення процедури або необґрунтованості відхилення пропозицій тієї чи іншої структури ГС.

Тільки такий процес може забезпечити переведення наголошень про дієвість ГС в його взаємозв'язку з державою та врахування їх взаємної збалансованості на користь суспільства в цілому і кожного з нас.

Надійшла до редколегії 20.05.05

¹ Див.: Руссо Ж.-Ж. Трактати. — М., 1969. — С. 117.

² Див.: Алексеев С. С. Право: время новых подходов // Сов. государство и право. — 1991. — № 2. — С. 9.

¹ Див.: Разумович Н.Н. Источники и форма права // Сов. государство и право. — 1988. — № 3. — С. 21; Мушинский В.О. Правовое государство и правоприменение // Там само. — 1990. — № 2. — С. 24.