

мувати річ боржника в разі невиконання ним в строк зобов'язання. Цей вид забезпечення виконання зобов'язань є одним із способів самозахисту, передбачений актами цивільного стану у випадках, коли притримання виконує стимулюючу функцію і виходить за межі інституту самозахисту у разі звернення стягнення на предмет притримання, виконуючи захисну (компенсаційну) функцію.

Таким чином, право притримання має всі ознаки, притаманні способам забезпечення виконання зобов'язань. Заходи ж оперативного впливу як категорію наукову, невідому досі законодавцю слід відносити до різновидів самозахисту, під яким сучасна правова доктрина розуміє як фактичні, так і юридичні дії правоохоронного характеру, що застосовуються до правопорушника безпосередньо уповноваженою особою без звернення до компетентних державних органів.

Надійшла до редколегії 05. 07. 06

Д. Задихайло, доцент НЮА України

Правовий господарський порядок в Україні: десятирічний досвід конституційно-правового забезпечення

Десятирічний ювілей Конституції України є приводом для оцінки її значення та властивостей як фундаменту правової системи в країні. Можна констатувати наявність в ній достатньої кількості норм-принципів, що довели за цей час досконалість своєї законодавчої техніки та високу соціальну ефективність. Але вважаємо за доцільне зупинитися на конституційно-правовому регулюванні саме економічних відносин, що дають певні підстави для дискусій.

Слід зазначити, що розробники Господарського кодексу України, формулюючи в ст. 5 надзвичайно важливу, системоутворюючу категорію «правовий господарський порядок», досить чітко зв'язали її зміст з конституційно-правовими нормами, що власне і мають визначати правові засади такого порядку не тільки безпосередньо, а й також через визначення змісту всього поточного господарського законодавства. Так, ст. 5 ГК України до таких конституційних засад відносить: право власності українського народу на природні ресурси; забезпечення державою

захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання; право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; непорушності права приватної власності; економічну багатоманітність; право кожного на підприємницьку діяльність; забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, тощо. Слід додати, що низка названих та інших конституційно-правових норм знайшла свою безпосередню реалізацію також в нормах ст. 6 ГК України, де зафіксовано загальні принципи господарювання. Таким чином, системно-структурні зв'язки між нормами основного закону щодо господарської діяльності та нормами господарського законодавства, зокрема ГК України, існують. Тим не менш, питання щодо впливу конституційно-правових норм на зміст поточного законодавчого регулювання господарської діяльності треба ставити в площині їх достатності, якості, системності та функціональної ефективності як норм основного закону.

Абстрагуючись від далеко неоднозначного питання щодо можливостей еволюційного шляху трансформації планової економічної системи в модель ринкової економіки, яка б оптимально відповідала особливостям українського соціуму, слід зазначити, що в Україні з початку 90-х років ХХ ст., а фактично і по сьогодні відбуваються процеси демонтажу економіки командно-адміністративного типу і формування на її місці економіки ринкового типу. Саме тому об'єктивно суспільне завдання такого масштабу вимагає значно більшої уваги з боку конституційно-правового регулювання, ніж це зазвичай має місце в країнах, де конституції лише закріплюють вже встановлені і реально функціонуючі соціальні та економічні відносини. Отже, функціональним завданням конституційно-правового регулювання економічних відносин є передусім не тільки регулятивно-статичний та правоохоронний аспекти, а й установчий та регулятивно-динамічний. Завдання такого роду вимагає більш системного і докладного викладення правових засад механізму реалізації відповідних відносин. Саме тому, незважаючи на певну кількість конституційно-правових норм, що, зокрема, містяться в розділах Конституції України про загальні засади конституційного устрою, про права, свободи та обов'язки людини і громадянина та в розділах, що визначають компетенцію органів державної влади й уособлюють в собі регулятори саме економічних відносин, слід констатувати, що системного їх конституційно-правового регулювання Конституція України не містить. *Існуюче фрагментарне конституційно-правове регулювання не може забезпечити необхідний вплив на законодавчу політику в сфері*

господарювання, а також реалізувати можливості Конституційного Суду України для забезпечення системно-структурної відповідності єдиним конституційним цінностям усього масиву, зокрема господарського законодавства. Така систематизація конституційно-правового регулювання може відбуватися лише в межах розділу Конституції України «Економічна система».

Чому саме сьогодні питання системного конституційно-правового регулювання економічних відносин постає все більш гостро? На нашу думку, має місце певний збіг об'єктивних і суб'єктивних чинників, які разом досить синхронно актуалізують питання гострої конституційно-правової недостатності в цій сфері.

Так, принципово важливим є усвідомлення того, що світовий суспільно-економічний та суспільно-політичний розвиток вступає в нову фазу. Її характерними особливостями є глобалізація світового економічного простору; домінування транснаціональних корпорацій, які уособлюють в собі надзвичайно високу концентрацію капіталу, і, що дуже важливо підкреслити, концентрацію економічної влади; різке зростання споживання природних ресурсів, особливо енергоносіїв в умовах їх очевидної вичерпності, погіршення економічних та технологічних умов їх видобування та відсутності адекватних цій ситуації науково-технічних проривів; загострення кліматичної та бактеріологічної ситуації. Розгортання світової боротьби за ресурсне забезпечення та створення нової системи поділу праці у глобальній економіці, що виникає в зв'язку з формуванням в окремих країнах економік інформаційного типу — все це сукупно складає нові за змістом та інтенсивністю виклики українському суспільству, українській державі та відповідно потребує значної корекції усіх державно-правових інститутів. Конституція України в цьому сенсі є, з одного боку, найважливішим об'єктом такої корекції, а з другого — інструментом її здійснення.

Але перелічені чинники, що визначають проблематику, зокрема, конституційного права, можна вважати умовно зовнішніми. До внутрішніх у свою чергу слід віднести багатоступінний процес постійного розвитку й ускладнення самої економічної системи — національної економіки. Адже формування все нових і нових ринків, ускладнення процесів ринкової координації, ринкової інфраструктури та самої системи державного регулювання економіки сукупно призводять до формування значно складнішої системи економічних відносин як предмета правового регулювання, ніж про це уявляв собі Адам Сміт, а разом з ним і сьогодні багато хто уявляє, покладаючись у своїх сподіваннях на вкрай міфологізовану «невидиму руку ринку».

Третім чинником названого становища слід визнати доктринальний чинник, що виявив себе при формуванні тексту Конституції України. *Слід взяти на себе сміливість стверджувати, що сучасна Конституція України містить щонайменше два системно-структурних дисбаланса.*

По-перше, це акцентуація уваги конституційно-правового регулювання на правах людини і компетенції держави та її органів. Так, згідно з ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, яка відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, і з цим не можна не погодитися. В той же час таким суб'єктам конституційно-правових відносин, як Український народ та українська нація, поталанило значно менше бути в центрі уваги конституційно-правового регулювання. Українська нація згадується тільки двічі (в преамбулі та ст. 11). Український народ, зокрема, в розділі про основи конституційного ладу — чотири рази. Звісно, що закріплення народу як носія суверенітету й єдиного джерела влади в Україні є центральним і базовим положенням. Однак людина і громадянин є суб'єктами конституційно-правового регулювання в нормах більш ніж 50 статей Конституції включно і тих, що структуровані в спеціально призначеному розділі «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Зрозуміло, що суто арифметичний підхід в даному випадку не може бути методом формування висновків, але показником певного внутрішнього структурного дисбалансу, думається, що так. Адже роль держави, її функціональні обов'язки перед суспільством мають не тільки персоналізований вимір щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Не менше, а в окремих історичних умовах, можливо, і більше це стосується забезпечення, збереження, відтворення та розвитку самого суспільства як такого, Українського народу, української нації.

Суспільні відносини існують тільки в системному форматі. Тому предметом правового регулювання, який значною мірою відтворює цю системність, мають бути адекватно охоплені всі ієрархічно структуровані елементи такої суспільної системи відповідно до їх ролі в її функціонуванні та виконанні свого призначення. В протилежному разі важко забезпечити ту саму гармонійність соціальних інтересів, до якої так прагне правове регулювання як таке і особливо конституційно-правове. Адже регулювання шляхів досягнення індивідуальних інтересів не може бути тотожним шляхам досягнення інтересів суспільних.

Система правового і відповідно законодавчого регулювання з порушеною внутрішньою збалансованістю між її ключовими елементами не

є функціонально відповідною тій системі реальних суспільних, зокрема економічних, відносин, регулювати які вона призначена. Саме тому і вплив системи правового регулювання на економічну систему як функціональне, регулятивне призначення першої з них виявляється неадекватним, неефективним і деформованим порівняно з тим результатом, якого потенціального слід було б очікувати. Все це ставить питання про обґрунтованість конституційно-правової фіксації пріоритету саме приватного інтересу через перелік прав і свобод громадянина. За думкою Ю. Тихомірова, публічні інтереси — це суспільні інтереси, без задоволення яких неможливо, з одного боку, реалізувати приватні інтереси, а з другого — забезпечити цілісність, стабільність та нормальний розвиток організацій, держав, націй соціальних верств, нарешті, суспільства в цілому. Це офіційно визнані інтереси, що мають підтримку держави і правовий захист. Таким чином, публічний інтерес — це визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого є умовою і гарантією її існування та розвитку¹.

Другий дисбаланс, на нашу думку, саме за типами регульованих відносин також утворює пріоритет, наданий Конституцією України відносинам політичним перед економічними. Хоча можна посилатися на низку норм розділу I, перелік економічних прав людини і громадянина в розділі II, правомочності органів держави у сфері економіки в інших розділах, *необхідно констатувати той факт, що економічні відносини не стали повноцінним предметом конституційно-правового регулювання.*

В цьому контексті надто симптоматичною є сучасна актуалізація питання про економічний суверенітет не тільки в економічній, а й в юридичній літературі². Загалом системоутворюючою властивістю суверенітету, властивістю суверенітету, будь-то державний або народний, є влада, його владний характер. Про це свідчать зміст ст. 2 ст. 5 Конституції України, а також визначення державного суверенітету України, що міститься в Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. Дуже характерним є також те, що у змісті Декларації про державний суверенітет України та Законі УРСР «Про економічну самостійність Української РСР» економічна самостійність країни визнана необхідною умовою державного суверенітету і тісно пов'язана із при-

¹ Див.: Тихоміров Ю. А. Публичное право: Учебник. – М., 1995.

² Див.: Задихайло Д. В. Проблеми систематизації законодавства у галузі ринкових відносин. Нові Цивільний та Господарський кодекси України та проблеми їх застосування: Матер. наук. -практ. семінару (м. Харків, 23 квітня 2003 р.) – Х., 2003. – С. 10–11; його ж. Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 3(42). – С. 152.

належністю ключових об'єктів права власності народу України та державі. Так, ст. 4 названого Закону УРСР фіксує, що «основу економічної самостійності Української РСР утворює власність її народу на національне багатство». Економічну самостійність, як об'єкт конституційно-правового регулювання зафіксовано і у п. 1 ст. 116 Конституції України.

В цьому сенсі дуже влучною є думка І. Левіна, автора монографії «Суверенітет», яка видана у 1948 р. і стала науковою класикою, що «істинною основою суверенітету є власність. Власність сама по собі не є тотожною суверенітету. При певних історичних системах власності державний суверенітет був відсутнім. Однак не може бути мови про державний суверенітет, який не спирається на свою реальну і матеріальну базу, на ту чи іншу систему власності, яка визначає місце панівного класу у виробництві і є джерелом його економічної могутності і необхідною основою його політичної влади». І. Левін також зазначає, що суверенітет спирається на власність, а відтак, при аналізі суверенітету треба мати на увазі його економічну основу (систему власності), політичну сутність або зміст і юридичну форму. Реальний політичний суверенітет завжди належить класу, якому належить власність на засоби виробництва¹.

Отже, виникає логічна низка детермінованих одна одною категорій: економічний суверенітет — економічна самостійність — економічна влада — власність на засоби виробництва. Саме тому важко утриматись, аби не навести як приклад позицію законодавця, викладену ним у ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України», де серед загроз національним інтересам і національній безпеці України в економічній сфері вказано на «небезпечне для економічної незалежності України зростання частки іноземного капіталу у стратегічних галузях економіки». Слід звернути увагу на те, що поняття економічної незалежності прямо пов'язується з питанням речових або корпоративних прав щодо цілісних майнових комплексів, які належать іноземним громадянам та юридичним особам.

Розмірковуючи над категорією «економічний суверенітет», треба пов'язувати його з низкою споріднених політичних категорій: національний суверенітет — народний суверенітет — державний суверенітет. Видається, що категорія економічний суверенітет також логічно може бути поділена на категорії: національний економічний суверенітет — народний економічний суверенітет — державний економічний суверенітет.

¹ Див.: *Левин И. Д. Суверенитет.* – СПб., 2003. – С. 63–64.

Надзвичайно важливою складовою усвідомлення змісту названих категорій є фіксація конституційно-правового принципу економічного плюралізму (багатоманітності), передбаченого ст. 15 Конституції України, а також фіксація принципу рівності усіх форм власності, що міститься в її ст.ст. 13 та 41. Принципи економічного плюралізму й рівності форм власності, що є базовими для формування економік ринкового типу, фактично призводять до поділу економічної влади, поділу активів, що належать різним суб'єктам на праві власності й інших титулах. Контрастною є ситуація з економікою соціалістичного типу, де 90% засобів виробництва належали державі, народний економічний суверенітет фактично був тотожнім до державного. Реалізація принципу економічного плюралізму логічно призводить до утворення сукупності носіїв права власності. Серед них слід назвати: державу, народ України, територіальну громаду, фізичних та юридичних осіб. Фактично ж утворюються групи учасників економічних відносин, що виборюють і водночас залежать від економічної влади. Серед них слід назвати: домогосподарства, малий бізнес, великий бізнес, іноземний бізнес, державу, територіальну громаду, народ України¹.

Проблематику економічної влади останнім часом активно піднімає Ф. Шамхалов. На його думку, «економічна влада є система відносин держави і підкорення між суб'єктами економічної діяльності, спрямованої на комбінування матеріальних, фінансових, людських та інших ресурсів у процесі виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних та інших благ»².

Механізм економічної влади побудовано в першу чергу на титулі власника чинників виробництва та засобів виробництва. Це справедливо і для держави, і для приватного підприємця. Розвиток корпоративного права, процес його уніфікації, адаптації у світовому масштабі, розвиток окремих складних форм зобов'язального права, наприклад договору комерційної концесії (франчайзінгу), а також поява широкої мережі суб'єктів ринків фінансових послуг створюють широкі можливості для суттєвого розширення економічної влади, зокрема шляхом заснування й участі в організаціях корпоративного типу. Звичайно, що система участі, наприклад через створення холдингів, дозволяє за рахунок права власності на відносно невеликий пакет акцій контролювати економічну

¹ Слід звернути увагу на те, що суб'єкти владних економічних відносин не цілком збігаються з суб'єктами права власності в суто юридичному форматі.

² Шамхалов Ф. Государство и экономика. Основы взаимодействия: Учебник. – М., 2005. – С. 184.

діяльність дочірніх, внучатих і тощо підприємств, залучати кошти, ресурси, що також стають об'єктами реалізації владних повноважень.

Ф. Шамхалов слушно виділяє внутрішній та зовнішній аспекти економічної влади¹. Перший пов'язаний з функціонуванням управління, побудованого на ієрархії влади — підкорення; другий виявляє себе через вплив на ринок, його кон'юнктуру. Звичайно, що у разі, коли масштаби економічної влади суб'єкта не підривають економічну конкуренцію, такий вплив є логічним і опосередковує динаміку ринкових процесів. Але якщо масштаби економічної влади досягають певних обсягів, то виникають фактичні можливості диктувати ринку свої умови, нав'язувати споживачам штучний попит на товари та послуги, впливати на прийняття державними органами політичних рішень, делегування через формування органів держави своїх представників тощо. Саме тут, на нашу думку, виникає третій аспект концентрації економічної влади — її вплив та участь у функціонуванні політичної системи, прямий вплив на зміст адміністративної діяльності держави.

Саме проблема визначення, кваліфікації та правової регламентації економічної влади як об'єкта конституційно-правового регулювання може бути запорукою ефективного функціонування соціальних систем. Важливо виходити з того, що монополізація ринків та обсяги економічної влади є пов'язаними, але не тотожними поняттями. Концентрація економічної влади з боку окремих суб'єктів може досягати надзвичайних параметрів, але при цьому формально не порушувати законодавство про економічну конкуренцію. Особливої гостроти ця проблема може набути, якщо суб'єктами такого рівня економічної влади стають іноземні компанії, зокрема ТНК.

Цілком очевидно, що на певному етапі зростання економічної влади суб'єктів господарювання або їх об'єднань проблема переростає межі господарсько-правового контексту і одержує конституційно-правове, політичне значення. В цьому сенсі з точки зору відпрацювання підходів правової політики щодо феномена економічної влади слід було б:

а) визначитись із правовими критеріями щодо форм і масштабів економічної влади, що утворюють загрозу її монополізації в країні, а для іноземних компаній — також загрозу економічному суверенітету України;

б) визначитись із юридичними засобами щодо оптимального співвідношення між процесом концентрації національного капіталу, що сприяє зростанню його конкурентоспроможності, та обмеження його

¹ Див.: Шамхалов Ф. Вказ. праця. – С. 186–187.

«зовнішнього впливу», особливо в контексті функціонування політичної системи.

Підсумовуючи сказане, слід припустити, що забезпечення національного економічного суверенітету і водночас запобігання небезпечній концентрації економічної влади можуть бути реалізовані через пошук і постійний моніторинг стану та балансу поділу економічної влади між основними її суб'єктами: державою, домогосподарствами, малим бізнесом, великим вітчизняним та іноземним бізнесом, територіальними громадами та народом України. Проблема поділу економічної влади вимагає встановити розумні межі приватизації державного та комунального майна якого має бути достатньо для задоволення громадянами своїх потреб користування об'єктами названих форм власності згідно з ст. 41 Конституції України. В цьому контексті доцільно було б встановити у Конституції, хоча і оціночну, норму — орієнтир про необхідність забезпечити у власності держави достатнього рівня за своєю кількістю і якістю майнових активів у тому числі для реалізації функцій держави в умовах мобілізаційного та надзвичайного режимів функціонування.

Таким чином, повертаючись до проблеми прогалин конституційно-правового регулювання, слід навести вдосконалену низку його об'єктів, що потребують закріплення, а саме: економічний суверенітет (економічна самостійність) — економічна безпека — економічна влада — поділ економічної влади.

Слід визнати, що принцип поділу влади, який застосовано згідно з ст. 6 Конституції України тільки до сфери державної, політичної влади, має значно більш універсальний характер. Його універсальність може бути виявлена щонайменше в двох вимірах. По-перше, це поділ влади усередині типів суспільних відносин. Так, державна влада поділяється між її гілками, а економічна й інформаційна, — між основними групами суб'єктів відповідних відносин. У той же час конституційно-правовою проблемою має стати також механізм поділу влади та впливу між самими основними її типами: політичною, економічною, інформаційною (науково-технічною).

Окремою проблемою, що діалектично пов'язана з дією принципу поділу економічної влади, є необхідність забезпечення процесу її здорової концентрації в умовах протистояння викликам економічної глобалізації, політичної нестабільності, перманентних інформаційних війн та тенденції до поділу світу за критерієм інноваційності економічних систем.

До надзвичайно важливих питань удосконалення конституційно-правового регулювання слід віднести проблему визначення правових

форм впливу держави на економічні процеси та забезпечення високої його ефективності. Господарське законодавство України, зокрема ГК України, встановлює основні інструменти впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, головним з яких є формування стратегії і тактики економічної політики держави. Дуже важливою є також її законодавча диференціація на окремі напрями, зокрема структурно-галузеву, в тому числі промислову, інвестиційну, зовнішньоекономічну, цінову, антимонопольно-конкурентну, кредитну політику держави тощо. Відповідно правовий механізм реалізації економічної політики держави утворює законодавство України, що регламентує діяльність з розроблення прогнозів і програм економічного та соціального розвитку. Слід зазначити, що такі програми є концепціями розвитку і містять особливості державного регулювання певних видів, сфер економічних відносин і в той же час є певним планом законотворчої діяльності з правового забезпечення такого впливу держави, застосування нею правових засобів, за рахунок яких планується активізувати економічний розвиток. Саме таким чином, створюючи правові режими функціонування окремих ринків, типів та видів економічних відносин, здійснюється реалізація державою своїх економічних функцій на відміну від адресного директивного планування, притаманного адміністративно-командній економіці. Тому ця форма реалізації державою економічних функцій в умовах ринкової економіки повинна одержати значно більш докладну конституційно-правову регламентацію з огляду на її стрижневе суспільно-економічне значення. Конституція України, зокрема в положеннях, що стосуються компетенції вищих органів державної влади, в першу чергу Кабінету Міністрів, містить окремі положення щодо забезпечення державної фінансової, інвестиційної, податкової політики тощо та розроблення загальнодержавних програм економічного розвитку. Але чіткого конституційно-правового регулювання цієї сфери діяльності держави, що могло б слугувати, по-перше, базою для системного розвитку відповідного поточного господарського законодавства, а по-друге, визначало б ключеві обов'язки держави в цій сфері, по-третє, визначало б підстави юридичної, зокрема конституційної, відповідальності органів держави та їх представників за наслідки державного керування економічними процесами Конституція України не містить.

Враховуючи складний і суперечливий процес формування національної економічної і політичної еліт, що на базі своєї відповідальності перед суспільством керувалися б узгодженими, спільними і суспільно-позитивними цінностями та настановами, такими, що в свою чергу ре-

алізувалися б через відповідну національну економічну політику, проблема докладної правової регламентації процесу формування і реалізації економічної політики не була б настільки актуальною. За існуючого етапу формування таких еліт в порядку дискусії доцільно було б запропонувати фіксацію економічної стратегії держави в законодавчій формі саме окремого спеціального конституційного закону. (Попри всю дискусійність питання щодо права на існування таких законів.) Цей захід за умови забезпечення об'єктивного та широкого за своїм форматом процесу участі в формуванні змісту такої стратегії, дозволив би «застрахуватися» від коливань політичної кон'юнктури, тиску лобістів різноманітних вітчизняних та іноземних економічних угруповань.

Отже, слід зазначити, що господарсько-правове законодавство України формується і функціонує в умовах хронічної конституційно-правової недостатності, і це положення має викликати занепокоєння ніяк не менше, ніж спекулятивно нав'язана суспільству проблематика трансформацій форми правління та державного устрою України.

Надійшла до редколегії 10. 07. 06

А. Степанюк, кандидат юридичних наук (НЮА України)

Система правового регулювання в міжнародному приватному праві

На сьогоднішній день міжнародне приватне право (далі — МПрП) перебуває на стадії реформування через оновлення законодавства, що породжує нагальність наукового дослідження правового регулювання відносин, пов'язаних з іноземними правопорядками. Особлива важливість цієї проблеми відчувається з огляду на зростання, ускладнення і диверсифікацію міжнародних приватних контактів українських суб'єктів з іноземними, міграційні процеси, глобалізацію ринків товарів, праці тощо. Не маючи у своєму арсеналі для регулювання цих суспільних відносин відповідної правової бази, годі сподіватись на захист прав національних суб'єктів у міжнародній приватній сфері, розвиток рівноправної співпраці з іноземними контрагентами, побудову повноцінних економічних, культурних, особистих та інших зв'язків, поліпшення іміджу держави як на внутрішньому, так і на зовнішньому ривні.