НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ і ПРАВА ІМЕНІ В. М. КОРЕЦЬКОГО

На правах рукопису

МІЛЕТИЧ Ольга Олегівна

УДК 340.12

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ

спеціальність 12.00.01 — теорія та історія держави та права;

історія політичних і правових учень.

Дисертація
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:
ОНІЩЕНКО
Наталія Миколаївна,
доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу теорії та історії держави та права Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Київ – 2014

ЗМІСТ

ВСТУП 3

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КАТЕГОРІЇ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ» 12

1.1. Історіографія та методологія дослідження сутності і змісту «зловживання правом» 12

1.2. Поняття, ознаки та особливості зловживання правом 40

1.3. Види зловживання правом 55

Висновки до розділу 1 69

РОЗДІЛ 2. ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРАКТИЧНІ ВИМІРИ 73

2.1. Юридична кваліфікація зловживання правом 73

2.2. Зловживання правом як різновид правової поведінки: класичні погляди та нові підходи 94

2.3. Зловживання правом і феномен використання форми закону всупереч його духу та змісту 118

Висновки до розділу 2 131

РОЗДІЛ 3. ЕФЕКТИВНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЯК ПЕРЕДУМОВА БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОВЖИВАННЯМ ПРАВОМ 136

3.1. Правове забезпечення протидії зловживанню правом 136

3.2. Міжнародний досвід і вітчизняна практика боротьби зі зловживанням правом 152

Висновки до розділу 3 165

ВИСНОВКИ 169

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 173

ВСТУП

Актуальність теми. У сучасній юриспруденції наразі спостерігається тенденція до актуалізації вивчення загальнотеоретичних аспектів категорії «зловживання правом». Проте варто визнати: у загальній теорії держави і права ця проблематика не може вважатися достатньо вивченою та розробленою.

Теоретична концепція категорії «зловживання правом» та способів його подолання у науці досі не сформована. Узагальнюючи науковий досвід попередників, маємо зауважити, що сучасні дослідження у світлі науково-теоретичних і практичних потреб вимагають нових підходів і методів вивчення проблеми.

Існує нагальна необхідність переходу у вивченні зловживання правом від спеціально-галузевої площини до загальнотеоретичної. Обмежена кількість загальнотеоретичних наукових праць, присвячених основним закономірностям виникнення, еволюції, функціонування зловживання правом, не надає змоги всебічно осягнути правову природу явища та виявити на системному рівні шляхи подолання та запобігання даному негативному явищу у суспільстві. Тому, проблема зловживання правом потребує проведення її сучасного комплексного дослідження.

Зазначене підтверджується наявністю відповідних наукових публікацій, які відображають доктринальні позиції авторів різних часів. Серед сучасних правників слід акцентувати увагу на працях таких вчених, як: О. Бакалінська, Д. Кирилюк, І. Лукін, О. Стефанчук та ін. На вітчизняних теренах уперше наукову оцінку явищу зловживання правом дали: В. Доманжо, І. Покровський. Серед європейських учених ця проблема була предметом аналізу таких французьких науковців, як: Ж.-Л. Бержель, Л. Жоссеран, М. Планіоль, Ж. Ріпер, Р. Салейль. Вагомий внесок у започаткування окремих аспектів учення про зловживання правом

зробили: А. Баришева, Г. Гаджієв, В. Грибанов, М. Бару, С. Братусь, В. Ємельянов, С. Зайцева, О. Іоффе, В. Крусс, О. Малиновський, О. Поротікова, В. Рясенцев, О. Рогач, М. Самойлова, А. Смірнова, А. Смітюх, М. Стефанчук, Т. Яценко.

Загальнотеоретичний аналіз тих чи інших аспектів явища зловживання правом проводили в різні часи І. Андрущенко, Л. Васильєв, Н. Вітрук, Р. Калюжний, Є. Кримова, В. Кудрявцев, А. Курбатов, В. Ладиченко, Г. Оніщенко, В. Пашін, Є. Скурко, В. Тимошенко, А. Фомін, А. Шабуров, Я. Янев. Окремі спроби здійснення філософсько-правових досліджень з питань зловживання правом зробили О. Волков, І. Гдалевич, А. Лещенко, С. Сливка, А. Шайо. Особливої уваги заслуговують дослідження Т.Полянського, який, здійснюючи загальнотеоретичний аналіз природи зловживання правом, розкриває його крізь призму соціально-філософської інтерпретації з позицій позитивістського та природного типів праворозуміння. Сучасні дослідження даного питання обмежуються, переважно, науковими статтями таких авторів, як: О. Вдовиченко, А. Коваль, Д. Кирилюк, Д. Луспеник, О. Микласевич, М. Рубащенко та ін. Загальнотеоретичні засади дослідження проблем ефективності різних правових явищ були сформульовані у працях вітчизняних теоретиків: С. Бобровник, А. Заєць, О. Зайчук, Ю. Зайчук, О. Копиленко, О. Львова, Л. Макаренко, Н. Оніщенко, Т.Тарахонич, Н. Пархоменко та інші.

Фрагментарність існуючих знань щодо даного правового феномену, та відсутність цілісного уявлення про загальні закономірності його функціонування породжують різнобічне розуміння правової природи зловживання правом, його ототожнення зі схожими правовими явищами і, як наслідок, — значні складнощі у його юридичній кваліфікації. Внутрішня суперечливість, яка міститься у категорії, сягає своїм корінням до більш глибинної правової проблеми, а саме, до самої природи права, як соціального явища, та його соціального призначення. Наукове осмислення

наведених суперечностей дає змогу, на нашу думку, виокремити загальнотеоретичне знання про зловживання правом, а це, у свою чергу, допоможе подолати хибне тлумачення розуміння його змісту.

Зв'язок із науковими програмами. Дисертаційна робота виконана відповідно до програм науково-дослідної діяльності Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, та є складовою частиною наукової теми відділу теорії держави і права «Принцип рівності у праві: теорія і практика» (номер державної реєстрації РК0112U007119).

Мета і задачі дослідження. *Мета* дисертаційного дослідження полягає у пізнанні сутності та змісту теоретико-прикладних аспектів категорії «зловживання правом», обґрунтуванні закономірностей виникнення, функціонування та еволюції цього явища; розробці науково-обґрунтованих пропозицій щодо можливих шляхів протидії негативному впливу феномену зловживання правом у сучасному суспільстві та запобігання йому.

Для реалізації зазначеної мети були визначені відповідні *задачі:*

— окреслити стан наукового дослідження категорії «зловживання правом»;

— проаналізувати історичний шлях еволюції явища, що досліджується від стародавніх часів до сьогодення у різних державах. На підставі цього — здійснити історичну періодизацію феномену «зловживання правом»;

— розкрити зміст поняття «зловживання правом», виокремити його основні ознаки, властивості та сучасні особливості;

— виявити основні закономірності виникнення та функціонування явища «зловживання правом»;

— виявити соціальні чинники, що впливають на виникнення, еволюцію та функціонування зазначеної категорії;

— обґрунтувати юридичну класифікацію зловживання правом за різними підставами та критеріями, визначити його місце у структурі правової поведінки;

— з'ясувати особливості юридичної кваліфікації зловживання правом щодо можливості застосування юридичної відповідальності;

— встановити рівень ефективності діючого законодавства у протидії зловживанню правом, в контексті міжнародного та вітчизняного досвіду.

Об'єкт дослідження — суспільні відносини, пов'язані з поведінкою суб'єкта права при реалізації норм права.

Предметом дослідження є теоретико-прикладний аспект зловживання правом.

Методи дослідження. Методологічною основою роботи є система філософсько-світоглядних, загальнонаукових та спеціальних методів, які сприяли об'єктивному аналізу предмета дослідження. З метою забезпечення повноти, обґрунтованості та всебічності дослідження автором використано такі методи наукового пізнання.

Філософсько-світоглядні методи: матеріалістичний, та діалектичний методи застосовувались для вивчення особливостей теоретико-прикладних аспектів явища зловживання правом (розділ І, підрозділ 1.1–1.3).

Загальнонаукові методи: історичний метод застосовувався для вивчення особливостей виникнення та розвитку категорії «зловживання правом», її видів та модифікацій у конкретно-визначені історичні періоди (розділ І, підрозділ 1.1–1.3); системний метод дав змогу визначити роль і місце категорії «зловживання правом» у системі державно-правових явищ, її зв'язок та ступінь взаємодії з іншими правовими категоріями (розділ ІІ, підрозділ 2.1); за допомогою структурно-функціонального методу вдалося отримати системні знання щодо функціональної ролі категорії «зловживання правом» у системі суспільних відносин, а також інформацію щодо елементного складу та механізму функціонування досліджуваного

явища та місця категорії в системі видів правової поведінки(розділ ІІ, підрозділ 2.2); статистичний метод використовувався для проведення кількісного аналізу частоти виникнення явищ зловживання правом у суспільстві (розділ ІІ, підрозділ 2.1, 2.2; розділ ІІІ, підрозділ 3.1, 3.2.); прогностичний метод на основі вивчення соціальних чинників виникнення зловживання правом дав змогу визначити основні передумови виникнення та еволюції категорії «зловживання правом» (розділ І, підрозділ 1.2 та 1.3; розділ ІІ, підрозділ 2.1); формально-логічний метод використано у дослідженні юридичної природи категорії «зловживання правом» у цілому, а також її форм та видів зокрема (розділ І, підрозділ 1.2 та 1.3; розділ ІІ, підрозділ 2.1 та 2.2.); метод порівняння застосовано в процесі вивчення юридичної природи категорії «зловживання правом», її співвідношення із видами правової поведінки (розділ ІІ, підрозділ 2.1 та 2.2.); метод абстрагування використано під час дослідження колізії зловживання правом і правової поведінки, а також аналізу феномену застосування форми закону всупереч його духу та змісту (розділ ІІ, підрозділ 2.2 та 2.3.); метод наукового синтезу сприяв вивченню цілісності досліджуваного об’єкта в єдиному взаємному зв’язку складових елементів категорії «зловживання правом» (розділ І, підрозділ 1.2 та 1.3; розділ ІІ, підрозділ 2.1; розділ ІІІ, підрозділ 3.1.).

Спеціальні методи (техніко-юридичного аналізу, конкретизації, тлумачення тощо): інтерпретаційний метод було спрямовано на тлумачення змісту наукових текстів (пам’яток історії, наукових праць, рукописів) та нормативно-правових актів (указів, постанов, рішень, тощо) (розділ ІІІ, підрозділ 3.1, 3.2.).

На основі використання основних логічних прийомів побудована структура дослідження теоретико-правової природи зловживання правом.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дана дисертаційна робота є одним із перших в сучасній вітчизняній юридичній науці комплексних теоретико-правових досліджень, в межах якого

здійснено спробу аналізу теоретико-прикладних аспектів зловживання правом.

За результатами дисертаційного дослідження

уперше:

— надано авторську дефініцію категорії «зловживання правом», як способу реалізації права всупереч його змісту та соціальному призначенню, внаслідок застосування якого суб'єкт завдає або намагається завдати шкоди іншим учасникам суспільних відносин;

— запропоновано авторську дефініцію категорії «спосіб зловживання правом», як використання (реалізація) наданого особі суб'єктивного права (повноваження), що скероване суб'єктивними мотивами (спонуканнями), задля досягнення поставленої суб'єктом зловживання мети; внаслідок чого завдається шкода суспільним відносинам, охоронюваним законом інтересам, особі, державі, суспільству;

— здійснено розмежування категоріальних понять «форма зловживання правом» і «вид зловживання правом». Так, «формою зловживання правом» є зовнішнє втілення, внутрішня структура та/або визначений порядок процесу реалізації суб'єктом наданого суб'єктивного права шляхом здійснення права всупереч із його основним призначенням щодо досягнення суб'єктивної мети (інтересу); в результаті цього умисно або необережно завдається шкода суспільству, державі, особі, громадянину. Водночас «вид зловживання правом» — становить поняття, яке утворюється шляхом виокремлення загальних ознак, притаманних явищу зловживання правом в індивідуальних категоріях (діяннях);

удосконалено:

— наукові положення щодо розуміння категорії «зловживання правом» на теоретико-правовому рівні, підходи до її вивчення, системні погляди на зміст даної категорії. Розуміння категорії «зловживання правом» має за своїм змістом три основні аспекти: розуміння зловживання правом як явища щодо реалізації свого права на шкоду іншому; розуміння

зловживання правом у спектрі його співвідношення із категорією свободи; розуміння зловживання правом як дії за межами права; уявлення про еволюцію зловживання правом, залежність категорії зловживання правом від ступеня розвитку суспільства і держави, як суспільно-правового інституту.

— теоретичне обґрунтування механізму кваліфікації діянь, що мають ознаки зловживання правом. Загострено увагу на істотних кваліфікаційних елементах суб'єктивної сторони, що мають особливе значення, — на меті і мотиві. Це дає змогу не лише впевнитись, що конкретне діяння є зловживанням правом, а й визначитись із його класифікаційним рядом та обсягом відповідальності суб'єкта зловживання;

— уявлення про залежність зловживання правом від правової системи, ментальної характеристики, культурних особливостей та релігійних традицій суспільства, в якому таке зловживання виникає;

набули подальшого розвитку:

— характеристики про систему соціальних чинників, що впливають на виникнення та еволюцію зловживання правом у суспільстві. В контексті означеного зроблено висновок про наступне існування зловживання правом поза правом і суспільством є неможливим; межі зловживання правом залежать від рівня розвитку самого суспільства; характеристика зловживання правом значною мірою обумовлена культурним рівнем та ментальними особливостями певного суспільства, зокрема, етнічними та релігійними традиціями;

— історичні концепції філософських теорій становлення та еволюції категорії «зловживання правом»;

— шляхи протидії зловживанню правом у суспільстві, а саме: нормативного регулювання категорії, закріплення принципу неприпустимості зловживання правом на конституційно-правовому рівні.

На даний час система протидії зловживанню правом у сучасному українському законодавстві має фрагментарний та переважно спеціально-галузевий характер. У зв'язку з цим зроблено висновок, що ефективна протидія зловживанню правом на законодавчому рівні повинна здійснюватися за дворівневою системою: рівень загальноправових принципів, а також рівень спеціально-галузевих приписів та норм регулювання.

Практичне значення одержаних результатів. Результати даного дисертаційного дослідження можуть бути використані у правотворчій діяльності, для удосконалення змісту положень нормативно-правових актів; у науково-дослідних цілях, для подальшого вивчення природи зловживання правом, закономірностей його функціонування та розвитку; у навчальному процесі — при викладанні навчальних дисциплін та курсів «Теорія держави та права», «Історія держави та права зарубіжних країн» та інші.

Апробація результатів дисертації. Основні положення дисертації оприлюднені на засіданнях відділу теорії держави та права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Головні ідеї викладені на таких наукових і науково-практичних конференціях, як: Міжнародна наукова конференція (27–31 січня 2009 р., м. Косів, Івано-Франківська область); Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні питання реалізації чинних національних та міжнародних нормативно-правових актів» (16–17 квітня 2011 р., м. Одеса); Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні правові системи світу в умовах глобалізації: реалії та перспективи» (18–19 березня 2011 р., м. Київ); Всеукраїнські науково-практичні читання «Теорія та практика державно-правового будівництва України: сучасний період» (29–30 квітня 2011 р., м. Львів); Міжвідомчий круглий стіл «Рейдерство в Україні: правові та організаційні аспекти» (7 червня 2012 р., м. Київ).

Публікації. Основні теоретичні та практичні положення, результати та висновки дисертаційного дослідження відображені у 16 наукових публікаціях, з яких: 7 наукових статей опубліковані у фахових наукових виданнях, з них 2 у зарубіжних виданнях та 9 публікацій тез виступів на міжнародних і всеукраїнських наукових конференціях, семінарах, читаннях та круглих столах, а також в інших наукових виданнях.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КАТЕГОРІЇ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ»

1.1. Історіографія та методологія дослідження сутності і змісту «зловживання правом»

У сучасній юридичній літературі та окремих правових нормах міститься порівняно нове і водночас усталене розуміння поняття «зловживання правом». У теоретичних джерелах минулого це поняття вважалася дискусійним і розглядалось переважно як явище суто галузевих правовідносин. Що ж означає поняття «зловживання правом»? Чи таке вже воно нове? Чи існує дана категорія в теоретико-правовому вимірі?

З огляду на поставлені питання цікавим є дослідження витоків основоположних ідей і теорій щодо зловживання правом. Звернемося детальніше до ідей, що могли бути взяті за основу для формування досліджуваної теоретичної категорії. У даному випадку важливу роль відіграє не тільки сама правова парадигма та її розвиток у конкретно визначений період, а й певні філософські теорії (погляди) та навіть історико-політичні події, що слугували «історичним важелем» для виникнення поняття зловживання правом. Як правильно зазначав Е. Ільєнков, «наука повинна розпочати з того, з чого починає реальна історія. Логічний розвиток теоретичних визначень повинен відображати конкретно-історичний процес становлення і розвитку предмета. Логічна дедукція і є не що інше, як теоретичне вираження процесу реального історичного становлення досліджуваної конкретності» [63, с.185]. Теоретиками 20-х років минулого століття було чітко поставлене завдання дослідити поняття зловживання правом у межах загальної теорії права. У наведеному контексті передусім необхідно виокремити таких видатних і

відомих дослідників у даній галузі, як І. Разумовський, Є. Пашуканіс, П. Стучка, С. Асканазій.

«Уявити правові категорії й правові форми як абстраговані односторонні відносини конкретного цілого, що розвиваються; дати схему генезису правових понять у їх історичному розвитку, розкриваючи виробничі відносини, що стоять за ними, і водночас у їх внутрішньому логічному зв'язку і послідовності, — таким і є одне з основних завдань вивчення права» [148, с.104]. Таким чином, спосіб сходження від абстрактного до конкретного в полі історичного процесу є адекватною формою теоретичного усвідомлення правової реальності, як спосіб теоретичного відтворення предмета дослідження в системі теоретико-правових категорій.

Дослідження шляху еволюції будь-якого явища неможливо уявити без розгляду хронології історичних подій. Сучасна наукова історична хронологія (засновники — Жозеф Скалігер, Діонісій Петавіус), яка визнана наукою класичною, розглядає розвиток історії від Стародавнього світу до Нового часу [209, с.57]. Цю хронологію також використаємо за основний вектор викладення еволюції досліджуваного нами явища, з акцентуванням на події, течії та ідеї, розвиток яких мав найбільше значення для категорії «зловживання правом». Відповідно, розглядатимемо й ті країни, де досліджуване явище розвивалось на більш високому рівні, але в межах зазначеної хронології.

Перший етап — Стародавній світ. Як свідчить історія правової науки, з розглядом проблеми зловживання правом стикалися ще за часів Стародавнього Риму. Політико-правова ідеологія Стародавнього Риму складалась, у свою чергу, під впливом філософії Античної Греції. У 146 р. до н. е., коли відбувалось оформлення політичного входження Греції до складу Римської держави, Рим відвідували грецькі філософи, які значно вплинули на давньоримське суспільство. Згодом вивчення класичних творів і праць різноманітних філософських шкіл стало важливим

елементом освітянської діяльності того часу. Особливий вплив на формування правової думки мала філософія стоїцизму, що відповідала у своїх космополітичних ідеях формі та характеру правління у тогочасній Римській імперії. На жаль, ані в Давньогрецьких законниках, ані в поглядах філософів ми не знайдемо чіткого формулювання цієї категорії. Але знаходимо чимало передумов для формування відповідного праворозуміння і визначення проблеми зловживання правом через призму морально-філософських категорій добра і зла, справедливості й несправедливості, кари і милосердя та їх співвідношення з формальним законом. У творі «Про справедливість» Антіфонт відзначав, що закони завжди протилежні природі, оскільки створюються людським мистецтвом. Тому справедливість полягає в тому, щоб не порушувати закони держави, громадянином якої ти є. «Людина отримуватиме для себе більше користі, якщо у присутності свідків вона дотримуватиметься законів, високо їх шануючи; а залишаючись без свідків, дотримуватиметься законів природи. Оскільки приписи законів штучні, а не виникли самі по собі, природи ж — необхідні» [90, с.35]. Ту саму проблему розглядав і Критій у поемі «Сізіф», стверджуючи, що «закони встановлені для приборкання злих людей. Але ці люди здійснюють свої злодіяння потайки, уникаючи засудження та покарання, тому мудреці придумали богів, щоб злі, їх боячись, потайки не сміли б ні зло творити, ні мовити, ні помислити» [90, с.35]. Таким чином, Критій лише довів, що людським мистецтвом на людське благо створено не лише закони і держави, а й богів (релігія). Правий був Вольтер, який свого часу писав: «Якби Бога не існувало, його слід було б вигадати...» Отже, як бачимо, розуміння основоположних категорій для формування і виокремлення категорії зловживання правом зародилось ще в поглядах стародавніх філософів. З наведених вище висловів античних мислителів видно, що вони чітко відрізняли право і формальний закон.

Вплив давньогрецької філософії держави та права був вирішальним в Античному світі, а згодом і в християнській Європі епох Просвітництва

та Відродження. Як зазначалося, першою країною, що відчула на собі вплив цих ідей і поглядів був Стародавній Рим. Так, у Законах XII таблиць (Leges Duodecem Tabularum, 451–450 рр. до н. е.) можна знайти перші норми щодо упередження такої поведінки, що має метою заподіяння шкоди іншій особі, — ст. 9 таблиці VII забороняє вирощувати дерева, що перевищують 15 футів і дають тінь сусідній ділянці [126, с.325]. Саме в цей час у римському праві діяв чіткий принцип «Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam», що в перекладі з латинської мови означає: «Хто здійснює своє право, той не обмежує права інших». Із даної аксіоми випливає, що будь-які негативні наслідки, що спричинені дією носія права на сторону інтересів третіх осіб, правопорушеннями ще не вважаються. Звичайно, з часом хибність такого підходу стала очевидною, але він був зумовлений сутністю рабовласницького суспільства, в якому власник наділявся «тотальною» владою над своєю власністю. На думку М. Стефанчука, саме розуміння суб'єктивного права подібним чином — як блага абсолютного, що існує винятково для задоволення егоїстичних потреб власника без урахування інтересів третіх осіб і пояснює, чому римське право так і не виробило поняття «зловживання правом» на початкових етапах свого розвитку [165, с.78]. Однак поступово починає формуватись інша теорія, яка зумовлена еволюцією розуміння права, коли його здійснення пов'язувалось із соціальною метою самого права.

Розквіт римської юриспруденції припадає, як відомо, на II–III ст. н. е. Юристи того часу — Папініан, Гай, Ульпіан, Цельс, Модестін, Павло, — займали важливі посади, а збірники їх суджень і праць або навіть посібники (наприклад, Інституції Гая, 143 р.) слугували джерелами права. У VI ст. витяги з деяких творів юристів були включені до Дигестів Юстиніана — найважливішого джерела давньоримського права. Римські юристи відносили до джерел права також і звичай та вказували про його значну роль: «Звичай є найкращим тлумачем закону». Звичаєм слід керуватись у випадках, коли не існує писаного закону, саме звичай передає

дух права та його природу як суспільного регулятора. І саме дух права дає змогу розуміти справжній зміст формального закону. Юристи Ульпіан, Цельс та Помпоній стверджували, що «права встановлюються не для окремих осіб, а для загалу» [90, с.69]. У даному контексті термін «права» вживається в значенні «норма права». Тобто права не встановлюються виходячи з того, що може відбутись в одиничному випадку, оскільки право має бути пристосовано до того, що трапляється часто. Це стосується і суб'єктів права, носіїв конкретних прав, до того ж право (в даному контексті — норма права) встановлюється не як прерогатива для окремих суб'єктів, а як загальна категорія, і призначення такої категорії єдине для всіх. Однак при цьому сам імператор (принцепс) ставився вище діючих законів — «принцепс вільний від законів» [90, с.69] та від їх дотримання, що було зумовлено кастовим розподілом суспільства на вищі й нижчі щаблі. Такий стан речей призвів до значних прогалин у праві. Здійснення права, що не приводить до задоволення власних потреб та інтересів носія такого суб'єктивного права, а лише заподіює шкоду іншим особам, справді не знаходило підтримки у жодній страті тогочасного суспільства. Велика кількість випадків, коли носії прав діяли недобросовісно, у процесі реалізації своїх прав завдавали шкоди третім особам, при цьому посилаючись на своє існуюче суб'єктивне право, призвела до того, що римські юристи (користуючись певним правом законодавчої ініціативи) вимушені були дещо адаптувати свої погляди і приписи до існуючого правового становища. Адже, умисно заподіюючи шкоду, такі особи хоча й опирались на надане їм законом право (формальний закон), фактично виходили за його межі та використовували його всупереч призначенню (порушувався дух права). Саме це в розумінні римських юристів і вважалось «зловживанням правом». Припинити таку неприйнятну поведінку було можливо прямо заборонивши її. У римських юристів ми можемо знайти рішення, що забороняють шикану (Chikane), і вираз «зловживання не може бути пробачено» (malitis non est indulgentum)» [139,

с.113]. Як писав відомий римський юрист Цельс, «не слід сходити до злоби» [97, с.22]. Так він визначав мету здійснення права, хоча не менш відомий римський юрист Гай дотримувався дещо іншої точки зору. Зокрема, він писав: «…ніхто не вважається таким, що діє зловмисно, якщо він користується своїм правом» (nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur) [97, с.22]. У процесі еволюціонування уявлень щодо понять про добро і справедливість римські юристи розробили різні форми задоволення й узгодження індивідуальних інтересів носіїв права. Римська юриспруденція в розробці правової системи орієнтувалась на принципи взаємного визнання суб'єктів цивільного обігу, виключність контролю кожної особи над своїм майном, свободі волевиявлення відповідно до міри допустимої поведінки суб'єкта права, що встановлена суспільством. Юристом Ульпіаном (III ст. н. е.) наведено визначення суті права: «Приписи права такі: жити чесно, не шкодити іншому, віддавати кожному своє» [43, с.3].

Відомий радянський цивіліст В. Грибанов вважав, що проблема зловживання правом у римському праві існувала лише як проблема вирішення окремих випадків. Римське право, на його думку, ще не знало самого поняття зловживання правом і не формулювало неприпустимість зловживання правом як загального принципу права [37, с.29].

Але слід зазначити, що в римському праві вже існували окремі юридичні принципи щодо шикани, наприклад: «Abusus non tollit usum» (зловживання не відміняє використання), «Ita utere tuo, ut alienum non laedas» (користуйся своїм так, щоб не шкодити іншому), «Uti, non abuti» (вживати, але не зловживати) та деякі інші [86, с.176,183,194]. Це, у свою чергу, свідчить про поступове формування категорії зловживання правом вже на початкових етапах розвитку римського права та визнання її існування.

У контексті наведеного є цікавим існування і такої правової інституції римського права, як дії боржників на шкоду кредиторам (in

fraudem creditorum). Відповідні норми щодо захисту від умисних дій боржника на шкоду кредиторам згодом були значно перероблені при складанні Дигестів. Юстиніанівські юристи об'єднали in integrum restitutio ob fraudem та interdictum fraudatorium в особливий позов — action Pauliana (за ім'ям Юлія Павла). Конкретний приклад заборони зловживання правом також міститься у Дигестах Юстиніана (Книга 43-тя, титул 8 «Про публічні місця і дороги»), де детально регламентується порядок побудови певної будівлі в публічному місці або на публічній дорозі. При цьому немалу роль відіграє з'ясування можливості й міри завдання шкоди третій особі внаслідок здійснення такої побудови. На підтвердження викладеного цитуємо («Ульпіан у 68-й Книзі «Коментарів до едикту»): «Щоб ти не будував що-небудь у публічному місці або не вносив у це місце те, через що певній особі заподіюється який-небудь збиток, за винятком того, що тобі дозволено за законом, за постановою сенату, за едиктом або за декретом імператорів. Про те, що буде зроблено, я не дам інтердикт». Законами Юстиніана (Novellae 63) також заборонялось власникам земельних ділянок зводити високі стіни, якщо це здійснювалось із умислом позбавити інших землевласників виду на море. Подібного роду заборони встановлювались також у місцевих будівельних статутах римських громад, що виступали гарантом захисту прав добросусідства осіб [165, с.81].

Слід зазначити, що Дигестами Юстиніана ці заборони встановлювались переважно в конкретних прецедентах. Загальних норм з цього приводу, як правило, не існувало, окрім згаданих загальних принципів. Інші ж норми дійсно були «правом окремих випадків», хоча, як бачимо, існувала й відсильна норма застосування закону за аналогією, якщо моделі правової конструкції за основними категоріями збігались.

Вважаємо, значну увагу варто приділити розумінню категорії злого умислу (dolus malus) в аспекті зловживання правом. Важливість місця категорії злого умислу при дослідженні зловживання правом полягає в

тому, що при вчиненні такого зловживання намір завдати шкоду іншій особі є, як правило, умисним. У Книзі 4, титулі 3 Дигестів Юстиніана у тлумаченнях і судженнях римських юристів дана категорія описується так: «Цим едиктом претор виступає проти лукавих і зловмисних людей, які шкодять іншим будь-яким лукавством: підступність перших не повинна приносити їм користі, а простота других не повинна приносити їм шкоди, слова едикту такі: стосовно того, про що буде заявлено, як про скоєне зі злого наміру, якщо у цих справах не надається іншого позову і буде зрозумілою справедлива підстава, я дам позов…» [125, с.426].

Говорячи про зміст Дигестів Юстиніана, слід визнати, що це унікальна пам'ятка юридичної літератури не стільки VI ст. н. е., скільки часів класичного права I–III ст. н. е., коли зароджувалась класична юриспруденція. У наші часи джерелом права слугують закони та підзаконні акти, а наукова доктрина не є прямим і вагомим джерелом права, виступає радше як помічник у тлумаченні норм і категорій. У Римі ж, навпаки, авторитет ученого юриста був близьким до авторитету закону чи магістрату. Знавцям права тих часів, таким як Гай, Ульпіан, Модестін, Сабін та ін. було дозволено творити право. Основним способом захисту від зловживання правом у Стародавньому Римі були позови bona fides (так звані позови доброї совісті). Різноманітні прояви феномену зловживання правом оцінювали того часу за єдиним критерієм: «невідповідність сенсу права». Існував навіть спеціальний закон імператора Юлія «Про зловживання», на жаль, втрачений із часом [82, с.14].

Варто відмітити, що вченими не досягнуто єдиного погляду на місце, роль та вагомість інституту зловживання правом у римському праві. Т. Яценко у своїй праці зауважує про те, що у романістів немає єдиної думки стосовно того, чи була відома римському праву заборона шикани як загального принципу [199, с.15]. Як указує О. Малиновський, одна група вчених категорично не сприймала загальність даного принципу й обмежувала його дію лише конкретними випадками (казусами), що

згадувались у Дигестах. Інша група вчених дотримується точки зору, що римському праву відома заборона даної форми саме як загального принципу, і не можна обмежувати заборону шикани лише конкретними прикладами недобросовісного здійснення права. За іншою версією дослідників, принцип заборони шикани все ж таки був відомий римському праву, але мав дещо обмежений характер і стосувався виключно галузі речового права [97, с.23].

Підсумовуючи розгляд місця цієї інституції в римському праві, варто відзначити, що римські юристи не лише окреслили проблему впливу на процес такого здійснення права, що є соціально шкідливим, а й запропонували модель її вирішення. Саме в цю епоху сформувалось правило щодо недозволенності зловмисного використання повноважень, були сформульовані необхідні обмеження стосовно здійснення права власності та відокремлені суттєві ознаки, що дають змогу кваліфікувати певне правове явище як зловживання правом. Тому своїм виникненням дана правова конструкція зобов'язана, на нашу думку, римському праву.

І саме в епоху Стародавнього Риму, політико-правова ідеологія якого формувалась під впливом ідей грецьких філософів, відбувся перший колосальний етап становлення та розвитку такої правової категорії, як зловживання правом, хоча саме Римське право так і не виробило поняття (терміну) «зловживання правом» у його повному та завершеному вигляді. Рецепція римського права вплинула на законодавство і правову ідеологію країн континентальної Європи таким чином, що численні положення та категорії, розроблені ще римськими юристами, набули відображення у нормативно-правових актах Нового часу, зокрема у Французькому цивільному кодексі (Кодекс Наполеона,1804 р.), а теоретичний розвиток — у доктрині юридичного позитивізму XIX століття. Стосовно ж самого терміну «зловживання правом» (abus de droit) у його сучасному розумінні, то він був запропонований бельгійським юристом Ф. Лораном і вже згодом був перенесений в інші національні правові системи [82, с.17].

Історичний нарис еволюції і розвитку категорії зловживання був би не повним без стислого огляду доктрини мусульманського права та місця категорії «зловживання правом» у даній доктрині. Я. Мохамед указує, що поняття «зловживання правом» виникло в мусульманському законодавстві разом із появою самого законодавства та у зв'язку із проблемами кодифікації прав, що стосуються теорії зловживання правом. Дана теорія побудована переважно на приписах Корану і хасидів пророка Мухаммеда [109, с.35-36].

Джерелом заборон на зловживання правом у арабських країнах є Коран, положення якого, наприклад, зобов'язують при складанні заповіту не завдавати шкоди кому-небудь із спадкоємців. Якщо спадкодавець при складанні заповіту не керується нормами шаріату і надає у спадщину все своє майно у благодійництво, то вважається, що він зловживає правом, так само і марнотратство визнавалось формою зловживання: «І давай родичу належне йому, і бідному, і подорожньому і не марнуй нерозважливо, адже марнотрати — брати сатани, а сатана своєму Господу не вдячний» (сура 17, аят 26) [78, с.216]. У сурі 9, аят 103 визначається: «Є й інші, що зізнавалися у своїх гріхах: вони змішували справу добру і іншу — погану, Може бути, Аллах звернеться до них: адже Аллах — всепрощаючий милостивий...» [78, с.173].

Варто відзначити, що норми і вимоги Корану відіграють досить значну роль у менталітеті арабів, їх повсякденному житті. Саме вони насамперед становлять механізм правового регулювання в класичному мусульманському праві, що вбачається, зокрема, з сури 2 Корану: «...1. Ця книга, немає сумніву, є керівництвом для богобоязливих» [78, с.27]. Із розуміння викладених у Корані загальних благ, норм добра, справедливості, обов'язкового, допустимого і недопустимого формується правова культура мусульман як носіїв визначених прав та межі, в яких вони можуть реалізувати дані права: «...Господь мій заборонив тільки гидоти, явні з них і приховані, гріх і злодіяння без права...» (сура 7, аят 31).

Досить цікавим є такий вираз: (сура 2, аят 39): «Не наділяйте істину брехнею, щоб приховати істину, тоді як ви знаєте!» [78, с.31]. Даний аят виразно ілюструє мотивацію та умисність у механізмі зловживання правом, підміну соціального призначення права, що реалізується, і відповідну заборону такого механізму. На релігійно-свідомому рівні встановлюється превенція і відповідальність за вчинюване діяння, причому як у формі певного принципу, так і за конкретні злодіяння: «Хто творить зло, отримає відплату тільки подібним, і хто творить добро, з чоловіків і жінок, і вірує, — ті зійдуть у рай і наділені будуть там без ліку... (Коран, сура 40, аят 43)» [78, с.387].

У контексті цього дослідження слід зазначити, що доволі гострим є сприйняття арабами почуття «справедливості», а також їх ставлення до тих, хто порушує справедливість. Наприклад, усім відома східна гостинність та правило, за яким будь-яка річ, що сподобалась твоєму гостю, має бути подарована йому. Чужоземці, знаючи цю особливість арабського менталітету, використовували це для власної наживи та користі. Заходячи в дім, вони могли захвалювати ту чи іншу річ, знаючи, що господар зобов'язаний її подарувати. Такі зловживання правом гостя фактично перетворювались на грабіж. Зрозумівши це, араби почали боротись з подібним зловживанням правом і відновлювати справедливість так: прийнявши гостя та подарувавши йому цінний дарунок згідно зі своїми традиціями, господар, беручи зброю, від'їжджав на ту дорогу, якою їхав вже не гість, а людина, що порушила справедливість проти господаря дому. Розправившись з такою людиною, араб відновлював справедливість та повертав собі відчуття самоповаги й гідності.

Таким чином, законодавство і правова доктрина арабських держав щодо категорії «зловживання» правом, головним чином, зумовлена основним джерелом права даних країн — Кораном, нормами шаріату, адату — релігійними постулатами.

Падіння Римської імперії завершило період історії Стародавнього світу і поклало початок історії Середніх віків.

Другий етап — Середньовіччя. Право Середньовіччя класично асоціюється із правом Західної Європи, з її феодальним суспільством, але ж розглянемо законники ще однієї східної країни — середньовічної Японії, зведені правила і настанови якої регламентували правила поведінки і буденного життя самураїв, — воїнської касти, що визначала долю своєї країни протягом століть. Бусідо (у перекладі з японської означає «шлях воїна») — кодекс поведінки японських самураїв, який вимагав вірності сюзерену, визнання військової справи єдиним шляхетним заняттям [118, с.153]. Бусідо не є зведенням законів і правил у своєму формальному значенні, аж до 17 століття його не було записано, він зазнавав багатьох змін протягом своєї історії і навіть різні клани тлумачили його по-різному. Даний кодекс самураїв формувався переважно на конфуціанському світосприйнятті, буддизмі, синтоїзмі, вченнях Мен-Цзи, що містили ідеї етичної поведінки і самодисципліни, моральності й чистоти духу, покірності васалів своїм сюзеренам. Формування Бусідо відбувалось поступово протягом століть. Уперше, при правлінні Токугави Ієясу, було укладено «Уложення про самурайські роди», що визначало поведінку самурая в особистому житті й на службі у сюзерена.

Пізніше з'явився твір Дайдодзи Юдзана (1639–1730) «Основи воїнських мистецтв», і вже в 1716 р. вийшли одинадцять томів книги «Приховане в листі», що стало священним писанням кодексу. Цікаво в даному законнику розглядаються ієрархічні відносини васала та сюзерена, а також розуміння служби і чиновництва, у тому числі й зловживання посадовим становищем і владою. У наведеному джерелі розглядаються ієрархічні відносини васала та сюзерена, а також розуміння служби і чиновництва, у тому числі й зловживання посадовим становищем: «Кажуть, що чиновники і білий одяг хороші, лише поки вони нові... Адже біле косоде дуже гарне, поки воно нове, але варто його поносити якийсь

час і спочатку темніють комір і край рукавів, а незабаром і все воно стає брудно-сірого кольору, дуже неприємного на вигляд. Так само і чиновники, поки вони свіжі і недосвідчені, вони пунктуально виконують накази свого пана і не випускають з уваги жодної деталі, бо поважають узяті на себе клятву та винесені покарання і побоюються вчинити проступок. Тому вони непідкупні й чесні, і про них добре говорять в їхньому клані. Але провівши на службі тривалий час, вони починають зловживати і занадто високо цінувати себе і роблять те, чого ніколи раніше не зробили б...» [72, с.50].

Зазначений Законник на рівні всезагальних понять «добра» і «зла» визначає категорію «злого наміру» на початковому рівні так: «Знати, що таке зло, і не ухилятися від зловмисних вчинків — це хворобливе потурання бажанням. Чи то це пристрасть до чуттєвості, чи потурання примхам — в обох випадках розумом керує бажання...» [72, с.231]. Визначено мотив вчинків і діянь, а також причинно-наслідковий зв’язок між діянням та наслідком (результатом): «Якщо ви вчиняєте добро в цьому житті, нагородою вам буде хороше наступне життя. Якщо ви чините зло, розплатою за це буде зло. Це явний наслідок. Якщо прихована причина — добро, прихований наслідок — добро. Якщо прихована причина — зло, прихований наслідок — також зло. Це нагадує луна, що відповідає голосу, чи тінь, яка супроводжує предмет» [72, с.250].

З приводу зловживань посадовим становищем і владою в Бусідо знаходимо також такі норми: «про самурая, який перебуває на службі, можна сказати, що він бере владу у свого господаря або що він краде її у нього. Так само і про пана можна сказати, що він або віддає свою владу, або дозволяє йому вкрасти її. Якщо молодий самурай або самурай низького рангу займає важливу посаду, він може не знати громадських засад або звичаїв і повинен тоді виконувати свої обов’язки під егідою свого пана. У цьому випадку він лише тимчасово користується своєю владою і вживає її на користь панові» [72, с.50].

Загалом, слід розуміти, що норми Бусідо — це не стільки норми закону в його формальному значенні, скільки норми етики поведінки зі значними моральними, корпоративними та традиційними компонентами, але їх регулятивна роль для певних верств суспільства Середньовічної Японії від цього не стає меншою. Необхідно розуміти і те, що норми Бусідо (в питаннях зловживання правом також) були написані для самураїв, які після «революції Мейдзі» увійшли до правлячого класу нової, вже капіталістичної Японії. У нових умовах окремі положення Бусідо набули форми писаної норми. При цьому моральний компонент зазначених норм зберігав своє важливе значення.

У країнах Західної Європи періоду раннього Середньовіччя (V–X ст.) поступово складається кастово-феодальний лад. До IX–X століття Західна Європа поділилась на множинність дрібних феодальних держав, які майже не залежали від центральної влади королів та імператорів. Склалась ієрархічна структура відносин сюзеренітету та васалітету, а також становий суспільний лад. Кожна страта займала в феодальній ієрархії своє суворо визначене місце; права, зобов'язання та привілеї кожного визначались займаним ним у даній ієрархії місцем.

Особливе місце в такому феодальному суспільстві посідала римо-католицька церква з її «богом встановленою владою» — «матір» вишуканих політичних і формально-юридичних зловживань свого часу. Могутнім важелем впливу церкви на непокірних виступали: інтердикт (заборона здійснювати богослужіння і релігійні обряди, що накладалась на окремих осіб, країну, місто), а також відлучення від церкви, звільнення підданих від присяги, надання індульгенцій тощо. У творі «Диктат папи» (Dictatus papae (лат.), — буквально означає продиктований папою), складеному наближеними папи Григорія VII, стверджувалось, що римський папа має владу над усіма державцями, наділений правом судити і звільняти їх, йому повністю належить інвеститура. Претензії церкви і духовенства на світську владу засновувались на певних теократичних

теоріях. Суть даних теорій полягала в тому, що держава підпорядковується церкві, із чого випливає, що правителі підпорядковуються церкві не тільки як прості віруючі у відносинах релігії, а й у політичній владі також. У зв'язку з цим були доволі поширеними: «теорія двох мечів», що засновувалась на довільному тлумаченні норм Євангелія — імператор отримав свій меч від церкви і тому повинен служити церкві своїм мечем; «теорія сонця і місяця» — як місяць отримує свій блиск від сонця, так і королівська влада отримує свій блиск і авторитет від папи.

Римо-католицькою церквою доволі активно використовувались і різноманітні фальсифікати. Зокрема, історично відомі «Дарування Костянтина» — фальшива грамота від імені імператора Костянтина I, який начебто ще в IV столітті передав римським папам владу над Західною Римською імперією, і «Лжесидорові декреталії», які визначають, що королі та імператори ще з перших віків християнства підкорялись папам як послідовникам Христа і апостолам Петра. Імператори та королі ж, навпаки, прагнули зміцнити свою незалежність від церкви. Захищаючись від нападів церкви, вони посилались на ті самі тексти того самого Євангелія щодо боговстановленості будь-якої влади, тобто і їхньої також. Вони на свій лад тлумачили «теорію двох мечів» — меч світської влади не залежить від церкви, оскільки Христос казав: «Царство моє не від світу цього...» [90, с.78]. Таким чином, інакотлумачення і двовладдя тільки помножували існуючі на той час політичні зловживання і маніпулювання правовими нормами обох панівних сил. Наведені приклади яскраво свідчать про характерні способи та прийоми зловживання правом, що застосовувала римо-католицька церква як впливовий політичний інститут суспільства тих часів.

З часом, у процесі удосконалення середньовічного законодавства окремі види зловживання почали набувати конкретних юридичних ознак. Зокрема, це стосувалось зловживань посадових осіб. Належним прикладом у контексті наведеного є деякі статті з Німецького кримінального

уложення «Кароліна» (1533 р.). У ст. CCV Кароліни вказувалось: «До нашого відома дійшло, що в інших місцях судді здійснюють зловживання, вимагаючи і стягуючи з позивача особливу плату за кожного лиходія, підданого кримінальному покаранню. Це повністю суперечить службі й гідності судді. Подібний суддя, який отримує свою оплату з кожної голови, може бути за це прирівняний до ката. Тому ми наказуємо, щоб усі такі судді не вимагали і не брали надалі від позивачів жодної винагороди» [97, с.22]. Водночас зустрічалися й карані зловживання. Однак санкція за їх здійснення була дещо відмінною від традиційних. Наприклад, Ордонанс 1539 р. короля Франциска I забороняв зловживання правом на подання судового позову. Як санкція виступав продаж з торгів майна позивача.

У XVII столітті у Західній Європі розпочався крах феодального ладу. Від початку революцій в Англії і Голландії почав свій відлік Новий час — період історії, що змінив Середньовіччя, — період протестантизму, раціоналізму та теорії природного права.

Третій етап — Новий час. У 1640 р. в Англії розпочалась революція на захист прав парламенту, проти феодального ладу і свавілля короля. Серед захисників королівської влади був англійський філософ і теоретик природного права Томас Гоббс. З позиції праворозуміння категорії «зловживання правом» цікавою є одна з ідей Гоббса, яку він висловлював у своїх працях, а саме, розуміння свободи як права робити все, що не заборонено законом. «Там, де суверен не наказав жодних правил, підданий вільний робити чи не робити на власний розсуд... Закони подібні загорожам обабіч дороги, тому зайвий закон шкідливий і не потрібний. Усе, що не заборонено і не наказано законом, надано на розсуд підданих, так і свобода купувати і продавати й іншим чином укладати договори один з одним, вибирати своє місцеперебування, свою їжу, свій спосіб життя, наставляти своїх дітей на свій розсуд…» [90, с.202]. Мету закону він визначав не в тому, щоб утримувати від усіляких дій, а в тому, щоб надати їм правильного спрямування. Вважаємо, що даний постулат

також причетний до розуміння досліджуваної категорії в тому сенсі, в якому ми вбачаємо її і нині, адже розуміння індивідом особистісної суб'єктивної свободи дії при реалізації наданого права доволі часто виражається не за соціальною метою самого права.

Інший англійській філософ — Джон Локк також підтримував дану ідею, інтерпретуючи її з власної позиції: «Свобода людей в умовах існування системи правління полягає в тому, щоб жити згідно з постійним законом, спільним для кожного в цьому суспільстві й встановленим законодавчою владою, створеному в ній; це свобода слідувати власним бажанням у всіх випадках, коли цього не забороняє закон, і не бути залежним від непостійної, невизначеної, невідомої самовладної волі іншої людини..» [90, с.215]. Даний постулат визначає ту саму межу права, перетнувши яку в реалізації свого права, настає зловживання. Не менш небезпечним, писав Локк, є наділення законодавчою владою монарха й уряду — їх політичні привілеї неминуче спрямовані проти природних прав підданих.

Велику французьку революцію розпочали з утворення Національного зібрання, повстання паризького народу та взяття Бастилії. Повалення старого режиму створило умови для втілення ідей Руссо, Монтеск'є, Гоббса, Локка та інших відомих мислителів того часу. Важливим досягненням революції стала Декларація прав людини і громадянина (1789 р.). Декларація проголосила один важливий постулат щодо меж здійснення права, згідно з яким свобода є можливістю робити все, що не завдає шкоди іншій особі, дозволено все, що не заборонено законом. Декларацією було встановлено, що кожен громадянин має право вільно виражати свої думки, відповідаючи за зловживання цією свободою у випадках, передбачених законом. Так, ст. 11 приписувала: «Вільне вираження думок є одне з дорогоцінних прав людини; кожен громадянин саме тому може вільно висловлюватися, писати, друкувати, відповідаючи

лише за зловживання цією свободою у випадках, передбачених законом» [106, с.33].

Історично проблема зловживання правом складається з двох частин. Перша частина проблеми стосується зловживання владою, тобто тими правами і повноваженнями, які згідно з чинним законодавством надані посадовим особам держави для здійснення покладених на них функцій. Друга частина проблеми — зловживання громадянами своїми суб'єктивними правами і свободами. Ці два аспекти проблеми виникли майже одночасно, але в силу особливостей державно-правової еволюції спочатку акцент ставився на першій частині даної проблеми. І тільки з часів буржуазних революцій, коли права і свободи громадян були проголошені й законодавчо закріплені, проблема зловживань правами з боку громадян стала не менш актуальною. Стаття 4 Декларації встановлювала, що свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншим: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежено лише тим, що забезпечує іншим членам суспільства користування тими самими правами. Дані межі можуть бути визначені лише законом. У ст. 5 вказувалось, що закон має право забороняти лише дії, шкідливі для суспільства [106, с.32]. Таким чином, реалізуючи своє право, людина повинна постійно співвідносити свою поведінку з вимогами закону, і враховувати можливості заподіяння шкоди даним діянням.

Суворі санкції застосовувалися до осіб, які зловживали своїми правами в епоху Французької революції. Так, згідно зі ст. 9 Декрету проти спекуляції (1793 р.) посадові особи і комісари, призначені для спостереження за продажом товарів, спіймані на зловживанні при здійсненні своїх прав та обов'язків з метою прикривання спекуляції караються смертю. Так само каралися і так звані «вороги народу», якими відповідно до Декрету про революційний трибунал (1794 р.) проголошувались також особи, які зловживали революційними принципами, урядовими законами та особи, які займали публічні посади та

зловживали своїми посадовими повноваженнями з метою притиску патріотів та гноблення народу. У реальній дійсності, однак, високі революційні принципи та урядові закони співіснували разом із так званою революційною доцільністю, основним аргументом якої була сумно звісна гільйотина.

«Наука про право — це частина філософії» [90, с.346], як стверджував Геґель. Отже, відступимо від формального закону тих часів і розглянемо погляди відомих філософів і вчених, що мали значний вплив на праворозуміння основних (базових) правових категорій, у тому числі й предмета дисертаційного дослідження, та формували правовий світогляд тих епох. У зв'язку з цим слід насамперед згадати представників німецької класичної філософії, яка відіграла значну роль у розвитку суспільної теорії. Критичне переосмислення попередніх доктрин німецькими філософами підштовхнуло їх до розробки методології теоретичного пізнання. У філософських концепціях уперше постали проблеми специфіки законів, що діяли в суспільстві порівняно із законами природи. Родоначальником німецької класичної філософії й одного з напрямів у сучасній теорії права є Іммануїл Кант. У філософських концепціях І. Канта та Г. Геґеля вперше були поставлені проблеми активного характеру свідомості людини і специфіки законів, що діють у суспільстві, порівняно із законами природи. Етика Канта стверджувала примат загальнолюдського над егоїстичним, підкреслювала моральну відповідальність особи за те, що відбувається навколо неї у світі.

Убачається певний зв'язок Кантівської філософії з предметом дисертаційного дослідження. Так, розглядаючи відносини права і моралі, Кант характеризує правові закони як свого роду мінімум моральності. Якщо в суспільстві встановлено право, що відповідає моральним законам, то поведінка людей заґратована у чіткі рамки, так що вільне волевиявлення однієї особи не суперечить волі інших осіб. Подібного роду відносини не є моральними, оскільки особи, що вступають у такі

відносини, керуються не велінням совісті й честі, а зовсім іншими мотивами — вигодою, острахом покарання, «жадобою наживи» і збагачення тощо. Право забезпечує лише зовнішню благопристойність таких відносин між людьми. За визначенням самого Канта, право являє собою сукупність умов, за яких свавілля однієї особи сумісне із свавіллям іншої з погляду всезагального закону свободи. До таких умов відносимо: наявність примусу в процесі реалізації норм права і законів, гарантії власності й особистих прав індивіда, рівність членів суспільства перед законом. Межа здійснення права полягає у реалізації власної свободи, але така свобода, як свавілля не може перетнути межу свавілля іншої особи. А забезпечувати таку індивідуальну свободу з правової позиції, за Кантом, має здійснювати держава. «Під благом держави слід розуміти стан найбільшої відповідності конституції із принципами права, до чого нас зобов'язує прагнути розум своїм категоричним імперативом» [90, с.347]. У своїй поведінці моральна особистість має керуватись «категоричним імперативом», його вимогами. На відміну від гіпотетичних правил, він не має вказівок, як треба чинити у тому чи іншому конкретному випадку. Він містить лише загальну ідею обов'язку перед людством, при цьому надаючи індивіду цілковиту свободу вирішувати самостійно, яку поведінку обирати, щоб вона узгоджувалась із моральним законом. Згідно з деяким законом моральної свободи категоричний імператив зводиться до двох основних постулатів: «Чини так, щоб максима (в даному випадку вживається в значенні загального правила поведінки індивіда) твоєї поведінки могла стати всезагальним законом» і «Чини так, щоб до людства ти ставився не як до засобу, а як до мети». По суті, обидва ці правила виголошують ідеї доброчесності в поведінці й автономії моральної свідомості. Вчення Канта про право є найбільш послідовною доктриною, що була створена під враженням і з урахуванням ідей Французької революції.

Другим титаном німецької класичної філософії, що розглядав ідеї свободної волі у системі права є Ґеорґ Вільгельм Фрідріх Геґель. «Система права є царством реалізованої свободи» [90, с.353]. Ідея права, за Гегелем, у своїй еволюції проходить три етапи: абстрактне право, мораль, і моральність. Перший рівень — абстрактне право. Абстрактне право має формальний характер, оскільки воно наділяє індивідів лише рівною правоздатністю, надаючи їм повну свободу дій в усьому, що стосується визначення відносин власності. Приписи такого абстрактного права формулюються у вигляді заборон. Основна увага в цьому приділяється значущості приватної власності і необмеженості влади особи над річчю (як постулат речового права), дані ідеї згодом закріпились у Кодексі Наполеона 1804 р. Другий ступінь у розвитку права — мораль. Даний щабель є вищим за попередній, оскільки саме в ньому абстрактні і формальні приписи права набувають позитивного змісту і осягнення. Моральне осягнення підносить людину до свідомого ставлення до власних вчинків, перетворюючи особу на дієвого суб'єкта. Якщо в праві воля і волевиявлення проявляється зовнішньо стосовно речі або волі іншої особи, то в моралі — внутрішніми намірами індивіда, його умислами. Саме тому моральний вчинок може вступити в колізію з абстрактним формальним правом. На даному рівні, визначає Геґель, свобода проявляється в здатності індивіда здійснювати осмисленні свідомі дії (умисел як суб'єктивний прояв), ставити перед собою визначену мету й прагнути щастя (намір, умисел і благо), а також співвідносити свою поведінку із обов'язками перед іншими людьми (добро і зло). Третій, найвищий ступінь осмислення права людиною — моральність — вона долає однобічність і взаємні протиріччя формального права і суб'єктивної моралі, людина досягає моральної свободи у взаємодії з іншими людьми. Вступаючи в різноманітні спільноти, індивіди умисно підкорюють свої вчинки загальній меті, загальному благу. До таких спільнот, що формують

моральність поведінки, відносимо громадянське суспільство, державу, сім'ю.

Варто підкреслити, що особливістю досліджуваної категорії є її нерозривний зв'язок із базовими моральними цінностями, засадами, що у всі часи взаємодіють, як правило, у сукупності. Добро і зло; доброчесність, моральність, особиста свобода; розумність і межа права — ці засади пояснюють сутність самого права і, як тінь від предмета, відображають сутність зловживання ним. Саме на зіставленні зазначених основних понять складається праворозуміння категорії зловживання правом, відкривається її глибинний зміст на основному, етимологічно-понятійному, чистому від специфіки галузевих суспільних правових відносин загальнотеоретичному рівні. Але ж повернемось до формалізованих норм тих часів. Цікавим було положення про недопустимість зловживання правом Прусського земського уложення 1794 р. (1.6 § 36–37, 1.8.26), що вперше законодавчо закріпило таку санкцію, як позбавлення носія права того права, яким він зловживав. Натомість два інших Кодекси початку XIX століття, а саме Кодекс Наполеона та Австрійське уложення про це не згадують, хоча французький юридичній практиці була відома дана проблема, а в літературі зловживання правом згадується під терміном «abus de droit».

Відмітною рисою Прусського земського уложення була наявність у ньому двох типів заборон щодо зловживання правом:

1. Загальна заборона зловживати правом — коли особа із багатьох способів здійснення права умисно, із наміром завдати шкоди іншій особі, обрала спосіб, шкідливий для останньої.

2. Спеціальна заборона на зловживання правом — коли користування власністю може, по суті, мати виключне те значення, щоб завдати комусь шкоду.

Прусське земське уложення 1794 р. є унікальним законодавчим актом свого часу, продуктом розуму та ідей Просвітництва, як його

називали сучасники, першим нормативним актом, що визнав шикану як діяння, яке заборонено державою, та відобразив ідеї щодо необхідності обмеження свавілля уповноваженої особи. Відповідно до § 72 Уложення та особа, що користувалась привілеями на шкоду державі або громадянам, позбавлялась таких привілеїв. Наявність загальних і спеціальних заборон є характерним для законодавства багатьох правових систем, але на той час це було певним кроком прогресу в юридичній техніці законодавця, оскільки застосовується й понині.

Четвертий етап — Новітній час. Приблизно з кінця XIX століття питання про зловживання правом стало розглядатись як питання про межі поведінки суб'єкта, який здійснює надане йому законом суб'єктивне право. Правознавці, вчені-теоретики працювали над пошуком чітких критеріїв використання права на зло, вивчали необхідність законодавчої заборони зловживання правом. З роботи російського вченого Ємельянова вбачається, що проблема зловживання правом була предметом наукових дискусій наприкінці XIX — початку XX століття. Більше того, вже тоді ця проблема знайшла певне нормативне закріплення. Як свідчить В. Ємельянов, «уперше заборону таких дій (щодо зловживання правом) було введено в Німеччині. Німецьке цивільне уложення, прийняте в 1896 р., містить § 226, який говорить: «Неприпустимо здійснення права винятково з метою заподіяння шкоди іншій особі» [45, с.7]. Не менш відомий учений І. Покровський у своїй книзі описує процес нормотворення категорії шикани в Німецькому цивільному уложенні. При укладанні проекту Німецького цивільного уложення, як у першій, так і в другій комісії питання стосовно необхідності введення загальної заборони шикани порушувалось, але обидва рази було вирішено негативно, мотивом для такого негативного рішення став острах, що подібна загальна заборона завдала б шкоди міцності правопорядку, зумовила невизначеність у користуванні правами і викликала б більше небажаних явищ, ніж бажаних. До речі, на той час ученими обговорювались ідеї міцності права, а також

визначеності правових норм. Основним мотивом для розвитку таких ідей була потреба суб'єкта права мати чітко визначене місце і роль у суспільстві, — як у цілісному організмі, що прямо залежить від визначеності й чіткості тлумачення правових норм. При цьому міцність права прямо залежить від правильного розуміння й усвідомлення суб'єктом права своїх прав і обов'язків.

У контексті наведеного Бундесрат Німеччини прийняв окремі положення щодо здійснення права власності: «Здійснення права власності, яке може мати своєю метою тільки завдання шкоди іншій особі, неприпустимо» [139, с.92]. Комісія від Рейхстагу вирішила поширити дане правило на всі права загалом, перенісши дану норму в загальну частину кодексу. Аналогічний проект був запропонований у Франції Салейлем щодо перегляду положень Art. 6 Code Civil [139, с.93]. За твердженням В. Ємельянова, Цивільний кодекс Франції (ЦКФ) не містив спеціальних норм, присвячених зловживанню правом. На його думку, суди в таких випадках застосовували ст. 1382 глави II Книги III ЦКФ про делікти та квазіделікти, яка проголошувала: «Яке б не було діяння людини, яка заподіює іншому шкоду, зобов'язує того, з вини кого стався збиток, до відшкодування збитків» [185, с.745].

Але в науці всіх часів не все так гладко. І. Покровський, зокрема, вказує, що в теорії права загальне правило щодо неприпустимості зловживання правом зустрічає численних супротивників, до яких належить Ihering, Unger, Rewoldt, Martin та інші, причому основним мотивом для такого негативного сприйняття була загроза для міцності суб'єктивних прав індивіда, вірогідність більшої шкоди, ніж користі для правопорядку, а також мішанина права і моральності при визначенні даної правової категорії. І, як визначено теоретиком, даний острах є обґрунтованим і небезпідставним, оскільки, виходячи з однієї і тієї ж ідеї, заборона зловживання правом виокремилась у два протилежні види. Розглянемо це на прикладі німецького та швейцарського законів, що при

визначені заборони зловживання правом мають істотні розбіжності. § 226 Німецького цивільного уложення називає зловживанням правом лише таке здійснення права, що може мати своєю єдиною метою завдання шкоди іншій особі, а ст. 2 Швейцарського цивільного уложення називає недопустимим будь-яке здійснення права, що суперечить засадам «доброї совісті», «Treu und Glauben» [139, с.94]. Під останнє поняття можуть підпадати випадки, коли здійснюється малий інтерес на шкоду великому, а також і тоді, коли, наприклад, я завдаю вам шкоду не тому, що бажаю цього, а тому, що не зважаю на ваші інтереси загалом. На думку K. Huber'a, ст. 2 Швейцарського цивільного уложення передбачає випадки не тільки умисного зловживання правом, а й зловживання «з необережності» [139, с.95]. Така думка була на той час прогресивною, оскільки до цього зловживання правом з позиції вини розглядали виключно як умисне діяння.

Зазначені положення (багато з яких містять норми-принципи загального характеру) в теоретичному контексті нашого дослідження мають за своїм змістом не суто цивілістичне, а загальноправове значення. Те, що вони текстуально розташовані у цивільно-правових актах, не зменшує їх загальної теоретичної цінності.

Дореволюційне російське право не містило норм про зловживання правом. Але в касаційних рішеннях Сенату містились окремі пропозиції щодо цієї проблеми. На відміну від дореволюційного російського права, радянському праву були відомі переважно опосередковані положення про зловживання правом. Вони не містили визначення зловживання правом, але закріплювали принцип відмови державою в захисті прав особи, яка використовує правові норми всупереч їх соціальному призначенню. Ці положення, звичайно, мали відповідну політичну спрямованість, але вони були.

У 1934 р. світу стала відома правознавча теорія Ганса Кельзена, що викликала одразу як її не сприйняття і суперечки в наукових колах, так і

захоплене визнання, — теорія чистого правознавства. Чистого, тобто очищеного від усілякої політичної ідеології та впливів природничих наук, а ще такого, що усвідомлює власну своєрідність, що випливає з притаманних лише їй системи законів, згідно з якими і функціонує предмет загальної теорії права [21, с.5]. Г. Кельзен у своїй теорії неодноразово звертався до Канта, продовжуючи його основоположні ідеї, але теорію свою будував на проблемі свободи і справедливості, як питаннях, що перебувають за межами правової теорії, що, в свою чергу, обмежені аналізом позитивного права. У своїх ідеях він спробував поглянути на вчення про природне право з наукового погляду, розглядаючи такі базові правові категорії, як свобода, моральність, поведінка особи, правовий порядок, міра і межа права тощо. Важливість ідеї Кельзена в контексті визначення і виокремлення категорії «зловживання правом» як насамперед загальнотеоретичної та науково-правової, а саме «чистої» є неоціненною.

Розглянемо у зв’язку з цим визначення правового порядку Кельзена: «...Оскільки правовий порядок, як і будь-який нормативний суспільний лад, може вимагати лише певних дій чи заборони певних дій, людина ніколи не може бути обмежена через правопорядок у своїй свободі — якщо брати до уваги весь обсяг людського існування: зовнішню та внутрішню поведінку людини, її діяльність, бажання, думки чи почуття. Правовий порядок може обмежити свободу людини до більшої або меншої міри тим, що він більшою або меншою мірою керує діями людини. Проте завжди зберігається якійсь мінімум свободи, тобто незалежності від права; завжди залишається така сфера людського існування, куди не втручаються ні розпорядження, ні дозвіл. Навіть у рамках тоталітарного правопорядку існує якась невиражена свобода. Це не природне право, що народжується разом із людиною, а наслідок технічно обмеженої можливості позитивного регулювання людської поведінки. Ця сфера свободи може вважатись гарантованою в правовому відношенні до тієї межі, до якої правопорядок

забороняє втручання в неї...» [21, с.57]. Визначення межі права дає нам змогу до розуміння граней реалізації норм і законів, оскільки зловживання правом насамперед полягає в реалізації норм (їх дотримання, виконання, використання) в такий спосіб, що не суперечить чинному, писаному формальному праву, але порушує права інших. Вище вже згадувався постулат, що дозволено все, що не заборонено законом. З цього приводу Г. Кельзен зазначає: «Якщо не є забороненою (а отже, є дозволеною) поведінка особи, що спрямована проти незабороненої (а значить, дозволеної) поведінки іншої особи, то існує можливість конфлікту, для залагодження якого правовий порядок не передбачає жодних запобіжних засобів. Правовий порядок не прагне уникнути цього конфлікту шляхом заборони поведінки особи, що спрямована проти поведінки іншої особи, або, іншими словами, забороняючи реалізацію інтересів однієї особи, які суперечать інтересам іншої особи» [21, с.56].

У середині XX століття принцип недопустимості зловживання правом віднайшов своє відображення в конституціях багатьох країн, до яких належать Японія, ФРН та ін. Так, ст. 12 Конституції Японії (1947 р.) декларує, що свободи і права, які гарантуються народу даною Конституцією, мають підтримуватись постійними зусиллями самого народу. Народ повинен утримуватись від будь-яких зловживань даними свободами і правами і несе відповідальність за використання їх в інтересах суспільного блага. Даний конституційний принцип був одночасно відображений у Цивільному кодексі Японії та проголошував, що всі приватні (суб'єктивні) права повинні відповідати всезагальному суспільному благу. Здійснення права і виконання обов'язків повинно бути добросовісним і відповідати принципам довіри. Зловживання правом не допускається. Досить цікавим і незвичним є постулат відповідальності народу за використання ним свободами і правами в інтересах суспільного блага. Така відповідальність зумовлена насамперед особливостями психології та менталітету японців. За своєю психологічною сутністю

«сини Ямато» категорично не сприймають індивідуалізм. Японській соціум являє собою соціум груп, де кожна людина є частиною певної групи та носієм визначених нею прав і обов'язків. У ролі такої групи може виступати: суспільство в цілому, спільнота, територіальна громада, колектив підприємства, фірма, сім'я. Ментальність японців є за своєю суттю «спільно-груповою». Тому і відповідальність також спільна, у складі групи, що є дещо незвичним для європейського менталітету, але дає певну результативність у регулюванні проблеми зловживання правом.

Іншим шляхом встановлення відповідальності пішов законодавець, закріплюючи у ст. 18 Основного закону ФРН (1949 р.) норму про те, що особа, яка зловживає конституційними правами і свободами, позбавляється їх. У даному випадку в нормі вбачається чіткий імперативізм, з одного боку, а для суб'єкта права — повне, безапеляційне підпорядкування — з другого. Такий стан речей зумовлений, знову ж таки, «педантичністю німецького характеру», а також такою хрестоматійною рисою даного народу, як підкорення наказу, порядку.

Повернемося, однак, до вітчизняної історії розвитку даної правової категорії. Як указувалось, за радянських часів протидія зловживанню правом здійснювалась, головним чином, не стільки нормативно-правовими або соціально-регулятивними методами, скільки завдяки методам планової економіки, а також жорсткій каральній політиці органів влади. І ось у Цивільному кодексі України 2003 р. (далі — ЦК України) (ст. 13) проблема зловживання правом набуває прямого відображення. Відповідно до частини третьої згаданої статті «Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах» [189, с.7].

Як свідчить розвиток правової думки, розуміння зловживання правом як загальнотеоретичної категорії зазнавало численних змін, у тому числі в його праворозумінні. Визначення зловживання правом на правовому, філософському, етимологічному рівнях дає змогу виокремити

два основні підходи до розуміння сутності даної категорії — як дії всупереч соціальному призначенню права та дії поза межами права.

У даному підрозділі дисертації виклад наукового матеріалу здійснювався із застосуванням загальновідомої історичної періодизації розвитку людського суспільства: Стародавній світ — Середньовіччя — Новий час — Новітня історія — Сучасність. Це дало змогу хронологічно відобразити динаміку розвитку зловживання правом як соціального явища і як теоретичної категорії в юридичній науці. Дана періодизація відповідає загалом і динаміці розвитку соціально-економічних формацій в історії людського суспільства. Водночас у межах наведеної періодизації проблема зловживання правом досліджувалась на прикладах конкретних країн та людських суспільств, як Заходу, так і Сходу.

Вочевидь, що зловживання правом в історії та теорії права — це об'єктивне соціальне явище, яке породжувало і породжує людське суспільство на всіх етапах свого розвитку.

Для досягнення мети дослідження є потреба перейти до аналізу проблем наукової та юридичної класифікації зловживання правом.

1.2. Поняття, ознаки та особливості зловживання правом

Питання визначення поняття і змісту такої правової конструкції, як «зловживання правом», його характерних особливостей завжди посідало важливе місце у правовій науці. Основними питаннями, що завжди викликали дискусії серед науковців, були: визначення поняття «зловживання правом» і його головних ознак, виявлення чинників, що зумовлюють виникнення та функціонування цього соціального явища. Неабиякий науковий інтерес викликає вивчення розвитку зловживання правом відповідно до сучасних суспільних та правових тенденцій. У юридичній літературі міститься чимало визначень цього поняття, його змісту, ознак, структури, ролі та місця в системі права. Але, вважаємо,

належної цілісності та системності поглядів у цьому питанні ще немає. Більшість відомих нам науковців визначають дану категорію через призму цивільного права. Розробки проблеми зловживання правом на загальнотеоретичному рівні, на рівні визначення універсальних базових понять, які б застосовувались з цього приводу у різних галузях права, майже відсутні. На даний час склалося переважно цивільно-правове та дещо «прецедентне» визначення і розуміння поняття зловживання правом, яке за аналогією застосовується в інших галузях права, адаптуючись до відповідних груп суспільних відносин.

Доволі цікавим є певне несприйняття або заперечення існування феномену зловживання правом деякими науковцями. З огляду на природну системність, взаємозалежність і взаємний зв'язок будь-яких правових явищ, для удосконалення теоретичної розробки зловживання правом є доцільним підняти його вивчення на логічно систематизований загальнотеоретичний рівень. Вивчаючи цю проблему, слід чітко усвідомлювати відмінність між «духом права», «формою права» та «літерою закону», що якраз і створює формально-юридичні умови для виникнення зловживання правом. Характеристика права як міри добра і справедливості, що зведена у закон, характеризує переважно об'єктивне право, але ж певний індивідуум завдає конкретної шкоди іншим особам, зловживаючи насамперед своїм суб'єктивним правом. Як указував відомий вчений О. Малиновський, «проблема зловживання правом (свободою) виникає практично одночасно із моментом формального наділення суб'єкта відповідним правом» [97, с.12].

Необхідно зазначити, що законодавство багатьох країн узагалі не містить прямої заборони на зловживання правом, а в деяких країнах така нормативна заборона міститься лише на галузевому рівні — при нормативному регулюванні конституційних, цивільних, комерційних, арбітражних та інших правовідносин. Існують також випадки, коли в законодавстві окремих країн феномен зловживання правом позначається

як «зловредність». О. Малиновський з цього приводу вказує: «...в зарубіжному законодавстві зловживання правом може позначатися як: «злочинність», «зловмисність», «діяння, вчинене всупереч загальному благу», «антисоціальне здійснення права», «діяння, здійснюване виключно з наміром чинити шкоду іншій особі», «шкідливе здійснення права», «здійснення права всупереч добрій совісті», «нерозумне здійснення права», «дії, не сумісні із доброчесністю», «здійснення права таким чином, що порушує інтереси інших осіб», «зловживання повноваженнями, владою та ін.» [97, с.12-14]. Усі ці визначення об'єднує фактор здійснення суб'єктом свого права як певного вольового акту, з умислом (прямим або опосередкованим), спрямованим на заподіяння шкоди іншій особі.

Пригадаємо класичний приклад зловживання правом, пов'язаний із історією виникнення першої поштової марки. Якось англійський поштмейстер Роуланд Хілл побачив, як донька хазяїна кафе відмовилася забрати лист, який їй приніс листоноша (у 30-х роках XIX століття за отриману кореспонденцію був зобов'язаний розраховуватися не відправник, а одержувач). Як потім з'ясувалося, відмовляючись від отримання листа, дівчина дізнавалася, що у відправника, який перебував у іншому місті, все гаразд. Про це свідчив сам факт прибуття листа. Якщо ж це послання містило іншу інформацію, яку треба прочитати, то винахідливий відправник повідомляв про це, просто ставлячи маленьку крапку після свого імені на конверті. Обидва при цьому не порушували жодної норми права, вони користувалися наданим їм правом одержувати кореспонденцію чи відмовлятися від неї на свій розсуд. Але цим використанням права свідомо і систематично було завдано прямої матеріальної шкоди поштовому відомству. Р. Хілл, шукаючи можливості уникати збитків у таких ситуаціях, зробив справжнє відкриття — він винайшов першу в світі поштову марку «Чорний пенні». Був знайдений засіб гарантованої оплати будь-яких поштових відправлень. Саме це і є класичним прикладом зловживання правом, яке формально не є злочином

(кодекс шанується), але й не є правомірною поведінкою, бо порушується міра моральності — конкретній особі навмисно завдано шкоди [23]. У даному випадку, вважаю, доцільно визначити фактор не стільки моральності, скільки добросовісності вчинюваного діяння.

Але ж повернемось до розгляду досліджуваного феномену. З погляду пізнання будь-якого правового явища важливе значення має етимологічний аналіз терміну, що позначає таке явище. Відомий тлумачний словник В. Даля визначає поняття «зловживання» так: «Зловживання визначається як вчинок, що полягає в незаконному, злочинному використанні своїх прав, можливостей» [39, с.608]. Цікавим також є тлумачення даним автором дієслова «зловживати»: «…зловживати — вживати на зло, звертати добре на погане діло» [39, с.608]. Тлумачний словник С. Ожегова, у свою чергу, визначає: «зловживання є вчинок, який полягає у незаконному, злочинному використанні своїх прав, можливостей» [122, с.226]. Таким чином, визначаються дві характерні риси даного явища: незаконність (і, навіть, злочинність) і недобросовісність поведінки суб'єкта, внаслідок чого завдається шкода як окремій особі, так і суспільству в цілому.

В англійській мові є такі юридичні терміни, як «abuse», що позначає, власне, зловживання, та «abuse of rights» — зловживання правом [99, с.11]. У англійській правовій лексиці вживаються і такі вузькі поняття, як: «abuse of a child» — що дослівно перекладається як зловживання із дитиною і позначає факт зловживання батьківськими правами; «abuse to law» — використання закону в незаконних цілях, яке досить часто використовується в іноземній практиці для кваліфікації феномену рейдерства; «legal abuse» — зловживання законом, «pleasurable abuse» — зловживання під виглядом доброго наміру; та інші кваліфікаційні визначення [97, с.12-14].

На думку українського теоретика-правознавця О. Скакун, «зловживання правом — особливий вид правової поведінки, яка полягає у

використанні громадянами своїх прав недозволеними способами, що суперечать призначенню права, в результаті чого завдається шкода суспільству, державі, особі» [156, с.458-463]. При цьому О. Скакун зазначає, що зловживання правом слід віднести до правової поведінки, яка може набути протиправного характеру і стати правопорушенням, але не завжди ним стає [156, с.458-465].

На відміну від інших вітчизняних правознавців О. Скакун першою спробувала систематизувати загальні характерні ознаки зловживання правом, до яких віднесла такі:

— наявність у особи суб'єктивного права;

— наявність діяльності по здійсненню цього права;

— використання цього права не за його соціальним призначенням, а з заподіянням шкоди суспільним або особистим інтересам;

— відсутність порушення конкретних юридичних заборон або невиконання обов'язків;

— встановлення факту зловживання правом компетентними правозастосовними органами;

— настання негативних юридичних наслідків [156, с.458-465].

Загалом погоджуємося з наведеними О. Скакун теоретичними ознаками зловживання правом, але маємо з цього приводу кілька своїх міркувань. Видається, що така ознака, як «встановлення факту зловживання правом компетентними правозастосовними органами» може існувати далеко не завжди, але зловживання правом при цьому все ж таки буде. З практичного погляду правозастосовні органи, констатуючи окремі факти зловживання правом, украй рідко дають їм належну оцінку і ще рідше відображають таку оцінку у відповідних рішеннях. Це підтверджується наявною судовою практикою, зокрема, господарських судів, які у більшості випадків уникають відображення фактів зловживання правом у процесуальних документах.

Отже, така ознака зловживання правом, як «встановлення факту зловживання компетентним органом», на думку дисертантки, є можливою, але не є обов'язковою. Ця ознака більш характерна для процесу покарання за зловживання правом як його початкова стадія. Стосовно такої ознаки зловживання правом, як «настання негативних юридичних наслідків» вважаємо, що і ця ознака існує не завжди. З суб'єктивного погляду зловживання правом — це комплекс дій з прямим або опосередкованим умислом. У такому випадку кваліфікаційне значення має не стільки сам факт настання негативних юридичних наслідків (які можуть настати не завжди), скільки факт наміру в певного правового суб'єкта цих наслідків досягти, тобто наявність умислу. Ця теоретична позиція відповідає відомій юридичній конструкції суб'єктивної сторони правопорушення, де настання певного негативного результату від дій правопорушника не завжди є обов'язковим для кваліфікації таких дій, як правопорушення.

Також вважаємо, що при кваліфікації ознак зловживання правом під таким «правом» слід розуміти і формально «охоронюваний законом інтерес» особи. Наведені зауваження ні в якому разі не знижують цінності класифікованих О. Скакун ознак зловживання правом, а лише доповнюють ці ознаки певними уточненнями. Ці уточнення мають характер наукової деталізації й не впливають на міцність зазначеної вище теоретичної конструкції ознак, наведених відомим правознавцем.

О. Скакун слушно зазначає, що зловживання правом — це феномен формально правової поведінки, яка перетворюється на протиправну поведінку. Протиправна поведінка особи, що зловживає правом, буде, як видається, протиправною насамперед за змістом. Таким чином, при зловживанні правом набуває вираження історичне філософське протиріччя між формою та змістом певного явища, у даному випадку між формою (формально правова) та змістом (протиправна) поведінки особи — суб'єкта тих чи інших правовідносин. О. Скакун пропонує й можливі засоби юридичного характеру у боротьбі зі зловживанням правом:

визнання наслідків зловживання правом недійсними; заборона дій по зловживанню правом; припинення використання суб'єктивного права без його позбавлення та ін. [156, с.458-465] Видається також, що дієвим засобом боротьби зі зловживанням правом була б відмова недобросовісній особі судом або іншим державним органом у захисті того права, яким вона зловживає. У зв'язку з цим є корисним поширити цей принцип і на інші галузі права, зробити його загальним.

Сучасний український теоретик права Т. Полянський визначав зловживання правом як протиправну поведінку, «у процесі та в результаті якої суб'єкт права, маючи на меті заподіяти шкоду іншим суб'єктам або свідомо припускаючи її настання, формально здійснює певне суб'єктивне юридичне право чи відповідний обов'язок, зміст яких сформульований порівняно визначено і тому може бути витлумачений неоднозначно» [140, с.38]. У даному випадку вбачається акцент теоретика на існуванні проблем нормотворчості як основи для зловживання правом, зокрема прогалин у праві та насамперед прогалин у законі. Дійсно, даний аспект може розглядатися як підґрунтя для виникнення зловживання правом, але є лише одним сегментом із спектру основ для виникнення, функціонування та розвитку явища зловживання правом. Причому не ключовим. Питання прогалин у праві свого часу розглядались ученим В. Забігайлом, який вважав, що «прогалини у праві можливі лише у тій галузі, в якій межі фактичного правового регулювання і межі діючих нормативних актів не збігаються. Тобто в тій частині суспільних відносин, життєвих ситуацій і обставин, які, перебуваючи у сфері фактичного правового регулювання, нормами права не регламентовані» [140, с.43].

Іншого погляду на категорію «зловживання правом» дотримується російський теоретик права О. Малиновський, який вважає, що «зловживання правом являє собою таке здійснення суб'єктивного права, яке завдає шкоду» [97, с.34]. В юридичній літературі під вищезгаданим злом, залежно від правової школи і конкретної галузі права, розуміють,

зазвичай, шкоду, збитки, що виникли внаслідок зловживання правом. Шкодою називається знищення матеріальних чи нематеріальних благ. Під збитками розуміють як реальну шкоду, так і втрачену вигоду. Окрім того, злом є також порушення певних прав, свобод і інтересів суб'єктів права, а також моделювання певної ситуації, у якій суб'єкт права не може реалізувати належні йому права, свободи та інтереси.

На думку болгарського правознавця В. Таджера, зловживання правом — це неправомірні дії, так як вони порушують встановлені законом межі здійснення суб'єктивних прав і перебувають у протиріччі з суспільними інтересами [167, с.201]. При цьому В. Таджер вважає, що зловживання правом має місце за наявності таких головних умов: а) якщо здійснення права не спрямовано на задоволення потреб носія даного права; б) якщо здійснення права суперечить інтересам суспільства [167, с.201]. Але слід зазначити, що істотним недоліком даної позиції є відкидання ним самої можливості здійснення формально правомірних зловживань правом. Слід зауважити, що зазначене вище протиріччя може бути двох видів: коли зловживання правом безпосередньо посягає на інтереси суспільства і коли зловживання правом посягає на інтереси конкретної фізичної або юридичної особи, а інтереси суспільства зачіпає лише опосередковано.

Вищеназваний науковець також виділяє два підходи до визначення зловживання правом. Відповідно до *суб'єктивного підходу* зловживання має місце тоді, коли право здійснюється тільки з наміром заподіяння шкоди іншій особі (шикана). Дане діяння являє собою неправильне здійснення суб'єктивного права, здійснене свідомо. Згідно з *об'єктивним підходом* зловживання правом має місце тоді, коли здійснення права перебуває у протиріччі з його соціальною функцією та природою. Отже, зловживання правом — це об'єктивно неправомірні дії, оскільки вони порушують встановлені законом межі здійснення суб'єктивних прав і перебувають у протиріччі з інтересами суспільства.

Мусульманський правознавець Імам аш-Шатибі розглядав зловживання правом як правопорушення, яке проявляється у невиконанні покладеного на носія права обов'язку бути добросовісним та прагнути не завдати шкоди іншому при реалізації свого права [97, с.42]. На думку професора А. Шабурова, зловживання правом слід розглядати суто як різновид правової поведінки (на рівні правомірної поведінки та правопорушення) [97, с.42].

Професор Ю. Васильєв, у свою чергу, питання зловживання правом розглядав у рамках співвідношення права і моралі. На його думку, дане питання виникає в результаті конфлікту між зовні правомірним використанням громадянином своїх прав і анти суспільною, аморальною поведінкою. Ю. Васильєв розрізняє такі форми зловживання правом, як: а) визнана законом можливість конкретної поведінки суб'єкта в певному конкретному випадку здійснюється усупереч суспільному призначенню права; б) припустима законом поведінка громадянина здійснюється в аморальних, антисуспільних формах [14, с.18-20]. Здійснення права всупереч його призначенню є протиправною дією і має розглядатися як самостійна основа для визнання такої дії недійсною. Загалом, позиція Ю. Васильєва щодо зловживання правом полягає в тому, що за формою дане явище є правомірною, а по суті, — аморальною поведінкою [14, с.18-20]. Однак слід зазначити, що законодавство неминуче містить прогалини у праві, а панівна мораль у суспільстві — мінлива, оскільки ще Карл Маркс зазначав: «Моральну силу не можливо створити параграфами закону» [100, с.344].

Розглядаючи наведені теоретиками права характерні ознаки зловживання правом, слід зазначити, що однією з найважливіших його ознак у будь-якому випадку є шкода, завдана в результаті здійснення суб'єктивного права. Якщо в процесі здійснення суб'єктивного права шкода не була заподіяна, то дана правомірна поведінка, на думку деяких науковців, не може бути віднесена до зловживання правом. У наведеному

випадку слід враховувати, що суб'єктивне право — це міра можливої (допустимої) поведінки суб'єкта. Ця міра надається суб'єкту об'єктивним правом. Форма її практичної реалізації визначається не тільки законодавством, а й нормами моралі, звичаями, що панують у суспільстві, традиціями певної соціальної групи, а також індивідуальним уявленням особи про добро і зло.

Традиційно право спрямоване на встановлення певної рівноваги між особистою свободою і суспільним благом. Акценти, які розставляє у наведеному співвідношенні правова система конкретної країни, залежать від цілої низки факторів: форми правління, форми державного устрою, суспільних традицій та, особливо, від форми політичного режиму в тій чи іншій державі. Саме форма політичного режиму визначає співвідношення між формальною та реальною демократією. Загальновідомо, що так звана Сталінська конституція з формального погляду була дуже демократичною, але практика реального застосування більшості конституційних норм за тих часів була відсутня. Відповідно, у режимах авторитарного типу основний акцент ставиться на захисті певного «суспільного блага» (в його авторитарному розумінні), а в режимах реальної демократії — на захисті особистих прав і свобод громадянина. Крім того, у режимах авторитарного та тоталітарного типу зловживання правом має місце переважно з боку державних органів, а в режимах демократичного типу — з боку окремих громадян та певних недержавних структур (господарюючих суб'єктів, громадських організацій і об'єднань та ін.). У цьому контексті слід зауважити, що в політичних режимах перехідного типу (Киргизія, наприклад) спостерігається зловживання правом і державними органами, і громадянами.

Ще однією обов'язковою ознакою зловживання правом можна назвати здійснення суб'єктивного права всупереч його призначенню. За такої ситуації можливі два варіанти зловживання правом: суб'єкт здійснює право і не співвідносить свою поведінку з загальними чи галузевими

принципами права; суб'єкт, зловживаючи правом, не виконує приписів конкретної правової норми, а отже, здійснює власне суб'єктивне право всупереч нормі права.

Підсумовуючи викладене, можна сформулювати таку дефініцію: ***зловживання правом*** *— це такий спосіб здійснення права всупереч його змісту та соціальному призначенню, унаслідок застосування якого суб'єкт завдає або намагається завдати шкоду іншим учасникам суспільних відносин.*

При цьому не має особливого значення вид і характер суспільних відносин (політичні, економічні, соціальні, екологічні та ін.), у сфері яких здійснюється зловживання правом. З погляду наведеної дефініції не є принциповим і формально-правовий статус тих учасників суспільних відносин (фізичні особи, юридичні особи, держава), яким унаслідок зловживання правом заподіюється та/або може бути заподіяна відповідна шкода. У наведеному контексті не має кваліфікаційного значення також імовірний розмір і характер шкоди (матеріальна чи моральна). Не впливає на кваліфікацію за наведеною раніше дефініцією і зміст юридичних норм, з використанням яких здійснювалось зловживання правом. Усі названі вище критерії (характер суспільних відносин, формально-правовий статус їхніх учасників, розмір і характер завданої шкоди, зміст використаних при зловживанні правом юридичних норм) впливають лише на визначення виду та ступеня відповідальності суб'єкта (адміністративна, дисциплінарна, цивільно-правова, кримінальна та ін.), який зловживає належним йому правом.

Запропоноване автором визначення зловживання правом і наведені у зв'язку з цим зауваження засвідчують, що з наукового погляду подібне, досить складне за своїм змістом соціальне явище потрібно вивчати насамперед у межах загальної теорії права, а не галузевих наукових дисциплін. При цьому не заперечується необхідність проведення галузевих наукових досліджень щодо зловживання правом, але вони

мають бути лише логічним продовженням та конкретизацією відповідних загальнотеоретичних поглядів.

Таким чином, розглянувши розмаїття поглядів щодо категорії зловживання правом, спробуємо зробити узагальнення. Незважаючи на багатоаспектність досліджуваного явища, істотними загальними ознаками, що вирізняють його з кола інших правових явищ, є такі: заподіяння шкоди шляхом здійснення права; здійснення права всупереч його основному призначенню, соціальній меті. Усі інші ознаки виступатимуть факультативними, прояв яких залежатиме від інших зовнішніх факторів, таких, наприклад, як: коло суспільних відносин, у якому виникає правове зловживання; статус суб'єкта (носія) права; характер шкоди; обсяг наданих прав; формалізованість права тощо. Для того щоб уявити процес виникнення явища зловживання правом, розглянемо його рушійні фактори, а саме причини та умови виникнення, що породжують певні закономірності його функціонування.

При цьому важливе значення має аналіз соціальних чинників і причин, що викликають та зумовлюють зловживання правом у сучасних умовах. У загальній теорії права під причинами правопорушень прийнято розуміти комплекс явищ об'єктивного й суб'єктивного характеру, здатних детермінувати протиправну поведінку суб'єктів права [58, с.118]. Інтегруючи дане визначення із досліджуваною темою, можемо дійти висновку, що причинами зловживання правом є комплекс явищ об'єктивного й суб'єктивного характеру, що здатні детермінувати зловживання суб'єктів права. Питання протиправності або правомірності даного виду поведінки, її межовий і трансформаційний характер розглянемо пізніше.

У даному випадку правова природа причини зловживання мало чим відрізнятиметься від правової природи причини правопорушення. І ті, й інші є комплексом факторів, що спонукають породження даних правових явищ з об'єктивних або суб'єктивних за змістом обставин. На наш погляд,

питання соціальних чинників зловживання правом є поняттям вужчим, ніж причини зловживання, хоча й має свою суб'єктивну та об'єктивну сторони, але звужене до кола соціуму та не розглядається поза ним.

Для ілюстрації сказаного згадаємо дані, наведені Ч. Ломброзо під назвою «календарі злочинців», отримані, на наш погляд, статистичним методом: «у вересні зловживання довірою та крадіжки посідають четверте місце серед злочинів» [93, с.18]. Учений, досліджуючи етимологію злочинів, ураховував цілий ряд чинників, що можуть мати вплив, як-то, кліматичні, територіальні тощо. Дані теорії є доволі цікавими, але вважаємо доцільним розглянути саме соціальні чинники, яким також властиво проявлятися на різних рівнях. На рівні індивідуальному — щодо певної людини, на рівні певної соціальної групи (прошарку) або у загальних межах усього суспільства. Вивчення соціальних чинників зловживання правом розкриває сутність даного негативного соціального явища, пояснює причину його виникнення, вказує, від чого воно залежить. Допомагає дослідити його поширення в широкому колі суспільних відносин, що сприяє його існуванню, а що, навпаки, протидіє. При їх детальному дослідженні та розгляді виникає безліч питань, що вказує на безумовну актуальність розгляду даної проблеми.

Отже, розглянемо сукупність тих факторів, тієї рушійної сили, що зумовлює характер та особливості досліджуваного нами явищами. Вважаємо, що за своїм змістом подібними соціальними чинниками є фактори соціального, економічного, суспільно-психологічного, суспільно-ідеологічного, ментального, організаційного, управлінського, процесуального, формалізованого, негативного правового характеру. Особливу увагу варто приділити факторам, що мають суспільно-психологічний, ідеологічний та ментальний характер, оскільки саме вони пояснюють пануючу психологію мас у суспільстві, вектор спрямованості волевиявлення людини в соціумі від «думки» до «діяння», що втілюється у результаті. Як зазначав Гюстав Лебон, моральні й інтелектуальні

особливості, сукупність яких виражає специфіку суспільства, народу, являє собою синтез усього його минулого, спадок усіх його пращурів і рушійні причини його поведінки [88, с.13].

Пов'язаним фактором також є негативне ставлення до права в межах усієї суспільної маси, а не тільки окремого громадянина, оскільки фактор правового нігілізму, низької правової культури, низького ціннісно-правового орієнтиру, неповага до суспільних інтересів на догоду своїм є джерелом формування правових зловживань. Також істотною соціальною детермінантою правового зловживання є соціальна нерівність членів суспільства, домінування панівного класу над соціально нестабільним. Ця причина створює соціальну напруженість та водночас виступає і умовою, і причиною зловживання правом.

Варто зауважити, що на виникнення зловживання правом як суспільного явища впливає цілий ряд факторів (причин і умов), що діють у сукупності, а не поодинці. Тобто це надає категорії соціальних чинників зловживання правом рис комплексності, системності та багатокомпонентності. Отже, систематизуємо та класифікуємо їх.

На думку дисертантки, всі соціальні чинники, що впливають на виникнення зловживання правом, можна поділяти так:

1) за сферою впливу:

— економічні, управлінські (адміністративні), політичні, процесуальні, юридично-правові тощо;

2) за характером виникнення:

— суб'єктивні (спричинені індивідуально суб'єктивним фактором, як-то внутрішнє ставлення, ідейне переконання, правова культура суб'єкта, що вчиняє зловживання правом);

— об'єктивні (спричинені зовнішнім незалежним фактором, соціальний та майновий стан суб'єкта тощо);

3) за рівнем виникнення:

— соціальні чинники індивідуального рівня (на рівні окремої особи, людини, громадянина);

— соціальні чинники рівня певної соціальної групи (чиновницький апарат, посадові та службові особи та ін.);

— соціальні чинники на рівні всього суспільства (прикладом таких соціальних чинників, що можуть викликати зловживання правом на рівні всього суспільства може слугувати: низький рівень соціального забезпечення населення у державах перехідного типу, класове розшарування суспільства, економічна криза тощо);

4) за способом дії:

— активні (особисті потреби особи та інше);

— пасивні (відсутність юридичної відповідальності, низький рівень нормативно-правового регулювання суспільних відносин, прогалини у праві, низький рівень правової культури);

5) залежно від ступеня розвитку суспільства:

— динамічні (такі, що розвиваються і залежні від розвитку суспільства та суспільних відносин, — наприклад, соціальні, майнові, особисті блага, із розвитком суспільства діапазон та види таких благ збільшуються);

— статичні (сталі, незмінні та незалежні від суспільного розвитку категорії, наприклад: низький рівень моральності особи, особливості її індивідуального та психічного розвитку).

На нашу думку, наведені фактори можуть залежати, з одного боку, від ступеня розвитку суспільства, оскільки людина як соціальна істота існує та розвивається в суспільстві, а з другого — і за високого рівня функціонування державних і громадських інститутів розвиток окремої особистості може бути доволі низьким. Це зумовлюється її особистим психологічним або біологічним розвитком, що може впливати на здійснення зловживання правом. Класичним прикладом даної групи детермінант можуть виступати характерні особисті мотиви (ревнощі,

заздрість та ін.), що виявляють низький особистісний рівень особи і є водночас складовими елементами суб'єктивної сторони зловживання правом у процесі здійснення його кваліфікації. Слід також ураховувати наявність певних маргінальних груп у будь-якому суспільстві незалежно від ступеня його розвитку.

Враховуючи викладене, спробуємо теоретично визначити категорію соціальних чинників зловживання правом. Соціальні чинники зловживання правом являють собою комплекс (систему) явищ суб'єктивного й об'єктивного характеру, які формують причини та умови для вчинення суб'єктом правових і суспільних відносин дій щодо зловживання правом, а також для функціонування та розвитку цього негативного явища в суспільстві.

Дослідивши поняття, характерні ознаки, соціальні чинники та особливості зловживання правом у сучасних умовах, є цілком логічним і послідовним перейти до дослідження виникнення й еволюції категорії цього юридичного феномену, що є предметом розгляду в наступному підрозділі.

1.3. Види зловживання правом

Неоднозначність розробки і дослідження загальнотеоретичного рівня категорії зловживання правом породжує неоднозначність у кваліфікації діяння як зловживання правом і віднесення його до відповідної форми та виду (класифікації). Визначення класифікацій тих або інших правових явищ на науковому загальнотеоретичному рівні завжди становило проблему, адже складні правові явища, з огляду на їх багатоаспектний характер, по-різному відображаються в правовій площині, що і передбачає складність у розумінні їх сутності, а отже, і виділення підстав для їх поділу на види і форми. Тому будь-яка класифікація завжди буде не повною і певною мірою доволі умовною,

оскільки лише частково характеризуватиме правове явище, що аналізується. Класифікація тих чи інших об'єктів являє собою послідовний розподіл таких об'єктів за категоріями з дотриманням загальних принципів систематики на всіх рівнях.

З історії розвитку інституту зловживання правом, форм такого зловживання широко відомо та визнано науковою спільнотою лише дві: зловживання правом із наміром завдати шкоду — шикана (нім. chikane); та зловживання правом без наміру завдати шкоду. В обох випадках, градація таких форм здійснена за суб'єктивною ознакою [139, с.112]. Дане розмежування категорії залишається незмінним і сьогодні. Як убачається, здійснюється така класифікація за критерієм форми вини та умислу (наявність або відсутність наміру завдати шкоду). Питання про умисел поведінки управомоченої особи в процесі здійснення нею суб'єктивного права є принциповим для кваліфікації діянь як зловживання правом. Відповідно, підставою такої реалізації своїх прав можуть бути будь-які мотиви управомочених суб'єктів: низький рівень моральних якостей, помста, соціальне свавілля, комплекс «вседозволеності» у суспільстві й ін.

Намір завдати шкоду, як зазначає І. Покровський, є обов'язковим і єдино правильним критерієм шикани [139, с.118]. Л. Еннекцерус підкреслює, що «заборонено не будь-яке здійснення прав, що заподіює шкоду іншому. Без завдання шкоди іншим особам при здійсненні деяких прав навіть не можна обійтись, якщо взагалі їх здійснювати. Недостатньо також, щоб здійснення права мало на меті заподіяння шкоди. Потрібно більше: з обставин справи повинно вбачатись, що здійснення права для особи, що діє, не може мати ніякої іншої мети, ніж заподіяння шкоди; але це взагалі можна визнати тільки тоді, коли здійснення права не має для нього ніякого інтересу. Однак потрібно допускати виняток на той випадок, що може існувати й інша мета, що суперечить нормам моралі» [195, с.437]. Наявність інтересу дійсно може слугувати допоміжною ознакою при кваліфікації діяння як зловживання правом, але не основною. До того ж

варто брати до уваги лише охоронюваний законом інтерес, а не будь-який особистісний.

Другою формою зловживання правом класично визначають здійснення прав без наміру завдати шкоду. Реалізуючи своє право, особа має на меті досягнення певного корисного результату, при цьому особа може передбачати, допускати та усвідомлювати завдання шкоди або просто ігнорувати можливість настання такої шкоди. Як указує у своїй роботі М. Стефанчук, «управомочений суб'єкт, здійснюючи своє право, не має умислу ущемити чужі інтереси» [165, с.129].

Виправдано цікаву класифікацію форм зловживання правом у ракурсі аналізу різновидів правової поведінки надає О. Малиновський. Так він виокремлює правомірне та протиправне зловживання правом. Під правомірним зловживанням він убачає поведінку, що відповідає нормам права, зумовлена культурними та моральними принципами особи, є соціально допустимою, а тому юридично не забороненою [97, с.197]. Таким чином, при правомірному зловживанні правом виникає така ситуація, коли правові та морально-етичні норми конкурують між собою. Уповноважений суб'єкт діє відповідно до правової норми, засуджується суспільством, тому що порушує своїм діянням моральну норму. Розглядаючи дану проблему в загальнотеоретичному аспекті, можна стверджувати, що можливість правомірно зловживати правом зумовлена протиріччями між правом і мораллю. Протиправне зловживання правом О. Малиновський пропонує розмежовувати на зловживання правом, яке не є правопорушенням, та зловживання правом, що належить до правопорушень. Відповідно, протиправне зловживання правом, яке не є правопорушенням, — це діяння, що суперечить прямій забороні на зловживання конкретним правом. У даному випадку можливість використання права «на зло» обмежується заборонною правовою нормою, яка не містить санкцій, що робить неможливим притягнення уповноваженого суб'єкта до юридичної відповідальності. Протиправне

зловживання правом, яке є правопорушенням, теоретик визнає таким, що має всі ознаки правопорушення загалом та відповідно зумовлює настання юридичної відповідальності [97, с.207]. Правомірне зловживання правом завдає шкоди не охоронюваним законом інтересам, тому такі зловживання залежно від певних обставин можна розглядати як аморальні. Як приклад можна розглядати шлюб за розрахунком (дівчина виходить заміж за престарілого мільйонера, щоб після його смерті стати спадкоємицею майна). Подібних прикладів можна навести чимало, однак слід зазначити, що, легально зловживаючи правом, суб'єкт може безкарно обмежувати можливість реалізації прав і законних інтересів інших осіб. Так, наприкінці 1985 р. страйк робітників паризького міського транспорту паралізував усю столицю Франції і діяльність мільйонів громадян тільки для того, щоб перешкодити судовому засіданню, на якому могло бути винесено рішення, що стосувалось чисельності персоналу на транспорті. У даному випадку суб'єкт не порушує правових приписів і не підлягає юридичній відповідальності. Але таке здійснення суб'єктивних прав шкодить іншим учасникам суспільних відносин. Своєрідність зловживання полягає в тому, що деякі з них вважаються легальними тільки через наявність прогалин у праві. Вони не є правопорушеннями не тому, що відсутня ознака протиправності (вона присутня, коли суб'єкт не дотримується правової заборони), а через відсутність такої ознаки, як караність. Уявляється, що в логічному співвідношенні понять «протиправність» і «караність» діє таке правило-принцип: будь-яка карана дія є протиправною, але не кожна протиправна дія є караною. Зазначене правило відображає об'єктивну реальність, у якій нормативне регулювання певних соціальних відносин (у тому числі й у частині їх караності) дещо відстає від фактичних змін у цих відносинах. Це і є головною причиною виникнення прогалин у праві, прогалин, які «нормативно заповнюються» (у матеріально-правовому або процесуально-правовому аспектах) державою тільки через певний час після виникнення

таких прогалин. Наявність повної або часткової нормативної неврегульованості конкретної прогалини у праві є благодатним ґрунтом для зловживання правом.

Протиправне зловживання правом — зловживання, яке здійснюється суб'єктом, що реалізує свої права, свободи, владні повноваження. Звичайне порушення правової заборони не уповноваженим суб'єктом само по собі не можна розглядати як зловживання. Водночас оратор, який виступає на мітингу з образами на адресу політичного суперника, здійснює порушення — зловживання свободою слова. Протиправне зловживання правом відрізняється від правопорушення у традиційному розумінні тим, що суб'єкт у даному випадку здійснює протиправні діяння шляхом реалізації свого суб'єктивного права (повноваження) і першочергова стадія його діяння знаходиться в рамках формального закону. Зарубіжне законодавство відносить до зловживання правом не тільки посадові злочини (незаконний арешт, винесення неправосудного вироку і т. д.), а й низку інших діянь, до яких, у тому числі, відносять і перевищення меж необхідної оборони. Згідно з кримінальним законодавством штату Пенсильванія будь-яка особа має право оборонятися від протиправного посягання, але, здійснюючи дане право в процесі самооборони, вона не повинна завдати нападнику шкоди більше, ніж це необхідно за даних обставин. Таким чином, американське законодавство забороняє використовувати дане право на самооборону на шкоду [125, с.7].

На думку О. Малиновського, протиправне зловживання характеризується такими ознаками:

1. Суб'єкт, що реалізує надане йому суб'єктивне право, порушує приписи чинного законодавства.

2. Реалізація суб'єктивного права здійснюється всупереч його призначенню і завдає шкоди охоронюваним законом відносинам.

3. Є наявним причинно-наслідковий зв'язок між протиправним діянням і його негативними наслідками [97, с.45].

Відповідно перехід від правомірного зловживання правом у форму протиправного діяння можливий тільки у випадку, коли конституційно, на рівні основного закону держави, буде встановлена заборона на здійснення особою свого суб'єктивного права всупереч його основному призначенню, у результаті чого завдається шкода особі, суспільству, державі. Коли така заборона буде закріплена і в галузевому законодавстві, можна буде стверджувати, що всі зловживання правом у конкретній галузі є протиправними. Але така міра не встановлює автоматично всі протиправні зловживання правом як правопорушень.

На думку російського правознавця О. Волкова, класифікацію форм зловживання правом можна провести за такими критеріями: залежно від вини; залежно від виду завданої шкоди; за суб'єктним складом; за предметами зловживань (за видами майна); за об'єктами зловживань (влада, право, інтереси); залежно від мети; за зовнішніми критеріями (розумність, добросовісність тощо); залежно від засобів зловживання та від джерела виникнення зловживання [16, с.283].

Видається, однак, що для теоретичної класифікації форм і видів зловживання правом (з їх чітким розмежуванням) запропонований О. Волковим підхід не є коректним.

Будь-яке явище, процес, або предмет наділені і формою і конкретно визначеним змістом. Для розмежування досліджуваного явища на форму і вид звернемося до Філософського енциклопедичного словника, який нам указує, що формою є насамперед зовнішній вид предмета, зовнішній вираз певного змісту, а також внутрішня побудова, структура, визначений порядок предмета або порядок процесу; позначає всезагальне, незмінне, сутнісне, що є прототипом змінних та індивідуальних явищ [183, с.489]. Натомість вид — це поняття, що утворюється шляхом виділення загальних ознак в індивідуальних поняттях [183, с.67]. За такими визначеннями

форма є «ширшим», а вид — «вужчим» поняттям. Як бачимо, виходячи із цього, законодавець закріпив види зловживання правом, а не форми. Хоча М. Стефанчук наводить іншу ознаку, за якою неможливо віднести дані види до форм зловживання правом. Такою ознакою, на думку вченого, є те, що законодавець закріпив дані види зловживання правом як правопорушення, за які встановлено юридичну відповідальність. Таким чином, дана протиправна поведінка є такою, що вчиняється за межами свого суб'єктивного права, а тому не може вважатись його здійсненням, і тому не може вважатись формами зловживання правом [165, с.122]. Згадаємо, однак, думку О. Малиновського, який визнавав однією із форм зловживання правом протиправне зловживання правом, яке характеризується реалізацією суб'єктом наданого суб'єктивного права та полягає в порушенні даними діяннями приписів чинного законодавства, за що і настає юридична відповідальність. Констатуючи подвійне значення форми, Геґель вказував: «при розгляді протилежностей між формою і змістом варто не забувати, що зміст не безформний, а форма водночас і вміщується у самому змісті і являє собою щось зовнішнє йому» [25, с.298]. За будь-якої багатоманітності форм виразу права всі вони так чи інакше залежать від свого змісту.

З усього наведеного можемо зробити висновок, що в загальнотеоретичному аспекті, *формою зловживання правом* є зовнішнє втілення, внутрішня структура та визначений порядок процесу реалізації суб'єктом наданого суб'єктивного права способом здійснення права всупереч його основному призначенню щодо досягнення визначеної суб'єктивної мети (інтересу), в результаті чого умисно або необережно завдається шкода суспільству, державі, особі, громадянину.

Натомість *вид зловживання правом* (від лат. species — ознака, прояв) — поняття, яке утворюється шляхом виділення загальних ознак, притаманних явищу зловживання правом у індивідуальних категоріях (діяннях). Характеризується наявністю також факультативних ознак,

притаманних лише даному індивідуалізованому виду, зумовлених: специфікою суспільних відносин, суб'єкта права (посадова особа), кола осіб (індивідуальне зловживання або страйк групи осіб, що завдає шкоду третім особам) та іншими факторами.

Зловживання правом можуть класифікуватися на види за різними критеріями. Найбільш повною є класифікація за галузевим принципом: зловживання правом у сфері конституційного, сімейного, трудового, цивільного, житлового, податкового, кримінального права та інших галузей права. У даному випадку підставою для поділу на види є галузь права, у рамках якої особа наділяється суб'єктивним правом, яким вона зловживає. Найбільш повною дана класифікація є тому, що в рамках її можливо здійснити вужчу внутрішню галузеву класифікацію, а отже, детальніше проаналізувати природу феномену зловживання правом. Наприклад, у рамках сімейного права доволі поширеним є зловживання батьківськими правами. Зокрема, при реалізації такого батьківського права, як право на виховання дитини, можливо виокремити безліч прикладів зловживань.

Внутрішньогалузева класифікація зловживання суб'єктивними правами може бути не тільки результатом наукового аналізу, але в деяких випадках є розробкою законодавця (вказується в тексті нормативно-правового акту). До того ж вона може бути більш подрібненою. Галузевий критерій класифікації зловживання правом дає підстави нам акцентувати увагу і на інших аспектах досліджуваного явища. Оскільки галузі права розподіляються на процесуальні та матеріальні, то у зв'язку з цим можемо класифікувати зловживання на зловживання процесуальним правом та зловживання матеріальним правом.

Існування такої правової категорії, як «зловживання правом» на процесуальному рівні є загальновизнаним. Дана проблематика привертає дедалі більшу увагу правознавців. Певно, причина полягає в тому, що такі зловживання, як указував А. Забродський, «стають тенденцією сучасного

судівництва» [47, с.26-27]. Актуальність дослідження даної групи зловживань полягає в тому, що розвиток суспільних та, зокрема, процесуальних правовідносин провокує появу нових форм і видів, що становлять істотну частку порушень процесу загалом. До того ж законодавству відомі випади, коли форми зловживання правом, методи протидії даному феномену передбачалися спеціальними нормативно-правовими актами. Тому немає підстав говорити про зловживання правом на загальнотеоретичному рівні в процесуальному аспекті як про дії за межами права, оскільки законодавець визначив їх як правопорушення. Тим самим не можливо стверджувати на загальнотеоретичному рівні, що феномен зловживання правом завжди буде діями за межами права. Маємо вагомий аргумент на ствердження позицій ряду вчених, що визнають наявність ознак правопорушення в досліджуваному явищі.

Процесуальні зловживання також можна розподіляти за різними критеріями. А. Юдін пропонує розглянути більш детальну класифікацію в галузі процесуальних зловживань:

— за стадіями процесу зловживання розподіляються на такі, що здійснюються в суді першої інстанції, апеляційної, касаційної інстанції, в ході виконавчого провадження та в ході виявлення нововиявлених обставин тощо;

— за характером поведінки учасників процесу: на активні (вчинення дії) та пасивні (бездіяльність);

— за якісною ознакою: на прості та складні;

— за ступенем впливу на хід розгляду справи: на такі, що вплинули та такі, що не мали впливу на хід розгляду справи;

— за об’єктом посягання: на такі, що посягають на права правосуддя (основний об’єкт), та такі, що посягають, окрім прав правосуддя, також на права інших учасників та осіб, що беруть участь у справі, та інші види зловживань [197, с.128-132].

Також доволі типовою, яку підтримує ряд авторів-правознавців, є така класифікація.

За характером процесу (з урахуванням галузі процесуального права) зловживання правами можна поділяти на:

а) кримінально-процесуальні зловживання;

б) цивільно-процесуальні зловживання;

в) господарсько-процесуальні зловживання;

г) зловживання у сфері конституційного судочинства;

ґ) зловживання у сфері адміністративного процесу.

За суб'єктним складом зловживання правом можна поділяти на:

а) зловживання з боку фізичних осіб (дана група зловживань за ознакою правоздатності суб'єктів може бути поділена, у свою чергу, на зловживання дієздатних, частково дієздатних та обмежено дієздатних фізичних осіб; зловживання недієздатних фізичних осіб);

б) зловживання з боку юридичних осіб.

Слід зауважити, що класифікацію зловживання правом за суб'єктним складом можна віднести як до зловживань процесуальними, так і до зловживань матеріальними правами. Так само слід оцінювати деякі спеціальні види зловживання правом, зокрема:

а) зловживання правом з боку державних органів, політичних партій, громадських об'єднань та релігійних організацій;

б) зловживання правом з боку службових та посадових осіб;

в) зловживання правом з боку держави.

Цікавим для розгляду в аспекті здійснюваного дослідження видається аналіз такого виду зловживання правом, як зловживання з боку держави. Свідченням існування такого виду зловживання є розгляд справи Європейським судом з прав людини, який 1 червня 1961 р. прийняв перше рішення у справі «Lawless v. Ireland». Ця справа стосувалася скарги заявника на те, що після взяття під варту його обмежували у здійсненні прав, передбачених ст. 5 («Право на свободу та особисту

недоторканність») та ст. 6 («Право на справедливий судовий розгляд») Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Уряд виправдовував такі дії тим, що заявник зловживав своїм правом на свободу об'єднання (ст. 11 Конвенції). Суд, погодившись з Урядом, визнав у діях Ловлесса наявність зловживання ст. 11 Конвенції, однак заборонив на підставі цього обмежувати його права, передбачені іншими статтями Конвенції. Вже у цьому рішенні Суд витлумачив ст. 17 Конвенції («Заборона зловживання правами»), яка забороняє будь-якій державі, особі чи групі осіб зловживати правами, гарантованими їм Конвенцією [42, с.766]. У справі «Ždanoka v. Latvia» (2006 р.) Суд розширив також суб'єктний склад груп осіб, які можуть бути звинувачені у зловживаннях. На думку де Сальвіа, «метою аналізованої норми є надання демократичним державам, які борються, щоб захистити вільно обрані громадянами інститути, загального засобу захисту проти підривних (руйнівних) діянь». Видається, що наведена характеристика мети ст. 17 Конвенції не є повною. Оскільки держави теж можуть зловживати своїми правами, посилаючись на необхідність забезпечення законності та верховенства права, ця стаття надає також громадянам цих держав засіб захисту від таких зловживань [42, с.766]. Деякі вчені даний вид зловживання правом називають конвенційним, відповідно до джерела порушеної норми. Вважаємо такий вид специфічним та новаторським. Оскільки класифікувати подібні зловживання можна і за іншим критерієм, тож назва не відіграватиме істотної ролі в розкритті та дослідженні сутності досліджуваного явища.

Щодо зловживання правом з боку вищих органів влади можна навести такий історичний та дещо курйозний випадок. У 1913 р. полковник князь Волконський був звільнений з посади військового агента (аташе) за такий «проступок». Під час святкування трьохсотріччя дому Романових Волконський перебував у відпустці в Москві. Тут родовиті дворяни вирішили піднести царю Миколі Романову «вірнопідданський

адрес», що розпочинався словом «самодержцю». Волконський виступив на зборах цих дворян і заявив, що Микола Романов не є самодержцем, оскільки Маніфестом від 17 жовтня 1905 р. він законодавчі свої права переуступив Державній думі і що Росія — конституційна монархія. Натомість йому доводили, що це не так, але він все ж таки залишився при своїй думці, тобто, що Микола II — не самодержець, та відмовився підписати адрес. Тоді йому запропонували подати у відставку. Волконський відмовився. У справу втрутився сам Микола Романов і наказав «вигнати Волконського з військової служби без мундира і пенсії» [59, с.173-174].

Розглянемо законодавчий акт, що надав право князю Волконському висловити свою точку зору. «Височайший Маніфест 17 жовтня 1905 року» щодо удосконалення державного ладу був розроблений С. Вітте, головою Ради міністрів Російської імперії, за дорученням царя Миколи II у зв'язку із пануючою смутою в країні. Історичне значення Маніфесту полягало в розподілі одноособового законодавчого права між власне монархом та законодавчим (представницьким) органом — Державною думою. У результаті прийняття даного Маніфесту були закріплені основні права і свободи громадян: свобода слова, свобода совісті, свобода мирних зібрань та ін. А також було чітко встановлено «непорушне правило, щоб ніякий закон не міг набрати сили без схвалення Державною думою». Діями царя нормативно обґрунтоване право свободи слова князя Волконського було порушене, в чому і вбачається зловживання владою з боку всеросійського самодержця.

Але повернемось до класифікації видів зловживання правом у сучасній правовій системі. Вважаємо, що додатково до наданих вище класифікацій можна виділяти і такі форми та види зловживання правом:

— *за характером правовідносин:* зловживання публічним правом; зловживання приватним правом;

— *за ступенем узагальненості прав:* зловживання об'єктивним правом; зловживання суб'єктивним правом;

— *за характером змісту права:* зловживання природним правом; зловживання позитивним правом;

— *за характером умислу суб'єкта зловживання правом:* зловживання правом із наміром завдати шкоду; зловживання правом без прямого наміру завдати шкоду, але з метою досягнення певної визначеної суб'єктом мети (у тому числі корисливої), у результаті чого завдається шкода;

— *за характером кваліфікаційного змісту діяння (з погляду формального закону):* формально правомірні діяння; протиправні (формально неправомірні) діяння*;* злочини; проступки;

— *за ступенем завданої шкоди:* малозначні зловживання; зловживання, що спричинили середні та/або тяжкі наслідки (в тому числі матеріальні або моральні);

— *за рівнем нормативно-правового регулювання:* передбачені загальними нормами нормативно-правових актів та принципами права (загальні); передбачені спеціальними нормами нормативно-правових актів (спеціальні); не передбачені нормативно-правовими актами;

— *за межами здійснення зловживання правом:* на індивідуально-особистісному рівні; в межах певної соціальної групи (класу); в межах всього суспільства;

— *за територіально-адміністративним рівнем здійснення (як правило, стосується зловживання правом у сфері службових та посадових повноважень)***:** на місцевому рівні; на державному рівні;

— *за характером виникнення:* класичні — усталені у суспільстві, як правило, передбачені нормативно-правовими актами (зловживання посадовим становищем; зловживання правом на відвід судді тощо); зловживання правом, за допомогою винаходів науково-технічного прогресу суспільства (як приклад, за допомогою комп'ютерних

технологій, або інших інформаційних систем); зловживання правом, спричинені трансформаційно-суспільними процесами, зокрема такими, як: розвиток економіки, підприємництва (як приклад, рейдерство, дифамація тощо);

— *за складністю діянь:* односкладні; багатоскладні (характеризуються сукупністю ланцюгових діянь — рейдерство);

— *за рівнем інтелектуального розвитку суб'єкта зловживання:* примітивні; високоінтелектуальні;

— *за суспільною сферою здійснення:* в економічній сфері; у політичній сфері; у соціальній сфері;

— *за ступенем досягнення мети:* високоефективні; малоефективні;

— *за мотивами здійснення:* зловживання правом з корисливих мотивів (наприклад, здійснені для отримання неправомірної вигоди); зловживання правом з особистих мотивів (ревнощі, заздрість тощо); зловживання правом зі службових мотивів та ін.

Класифікаційних прикладів зловживання правом за різними критеріями можна навести безліч. Практика сучасних суспільних і правових відносин, зокрема у сферах практичної політики та економіки, розвивається настільки швидкоплинно, що класифікувати всі види зловживань за всіма критеріями та підставами майже не можливо. Часто сама практична діяльність суб'єктів породжує такі специфічні види зловживань, що не підпадають під жодну класифікацію. Належними прикладами подібних зловживань можуть бути поширені в наш час акції так званого білого рейдерства та інші випадки захоплення підприємств, а також акції з компрометації політичних противників шляхом «дифамації», зокрема «чорного піару».

Із загальнотеоретичного погляду на проблему варто враховувати, що класифікатор категорії зловживання правом ніколи не буде вичерпним, оскільки вбачається, що гіпотетично зловживати можливо практично будь-

яким суб'єктивним правом, будь-де і у будь-який спосіб. Безумовно, кожна класифікація має власні недоліки, оскільки лише частково охоплює досліджуване нами явище. До того ж у процесі практичної діяльності виявляються усі теоретичні прорахунки та прогалини тих чи інших концепцій зі зловживання правом. Отже, практика стає рівноправним співучасником процесу удосконалення правового поля, так само як і загальнотеоретична діяльність. Вироблені практикою поняття та категорії заслуговують окремого з'ясування і ретельного дослідження на теоретичному рівні. Безумовно, здійснення детальної класифікації зловживань у різноманітних галузях права, є насамперед завданням галузевих юридичних наук. Водночас завданням теоретичного дослідження є виявлення певних тенденцій та закономірностей виникнення, розвитку та функціонування такого правового явища, як зловживання правом, у тому числі й у питаннях класифікації його форм та видів. Вважаємо, це не зменшує, а, навпаки, збільшує необхідність проведення подібних загальнотеоретичних досліджень.

Висновки до розділу 1

Здійснивши теоретичне дослідження поняття, правової природи, характерних ознак та особливостей категорії «зловживання правом», історії її виникнення й еволюції та проблем юридичної класифікації, нами досягнуто таких висновків:

1. Зловживання правом є складною, багатоаспектною, різноманітною та дещо суперечливою за своїм змістом теоретичною категорією.

2. Зловживання правом як негативне соціальне явище, не існує поза межами конкретного суспільства, держави та певної системи права. Воно існувало ще на ранніх етапах формування держави та суспільства, виникло разом з правом і було відоме з давніх часів на території різних формацій.

Воно вже тоді було предметом дослідження юристів, учених та мислителів. Категорія «зловживання правом» виникає і функціонує лише в межах суспільства, держави та встановленого права. Існування її поза суспільством, державою, а тим більше поза правовою системою є неможливим. Відповідно до реалій часу розглядались і способи протидії даному явищу.

3. Категорія «зловживання правом» еволюціонувала, видозмінювалась та удосконалювалась одночасно із суспільними трансформаціями протягом століть. Таким чином, залежність категорії «зловживання правом» від ступеня розвитку суспільства та держави як суспільно-правого інституту є очевидною. Чим вище ступінь розвитку суспільства, тим складнішим та витонченішим є в ньому зловживання правом. Специфіка зловживання правом у різних народів значною мірою зумовлена їх ментальними особливостями. Це бачимо на прикладах зіставлення видів зловживань і способів протидії їм у західних та східних народів. Отже, можемо дійти висновку, що зловживання правом у своєму розвитку залежить від середовища, в якому воно виникає та розвивається. Таке середовище для нього формує конкретний соціум.

4. Наукове розуміння категорії «зловживання правом» виключно у формально-юридичному контексті є методологічно неправильним, оскільки має про неї доволі обмежене уявлення. Слід ураховувати, що за різних часів свої підходи до розгляду досліджуваного явища пропонували представники різних суспільних наук, таких, зокрема, як філософія, соціологія, соціальна психологія, політична економія, історія та ін. Це зумовлює необхідність комплексного підходу до вивчення змісту та природи зловживання правом.

5. Аналіз поглядів учених щодо природи зловживання правом дає змогу подати цілісну, комплексну картину досліджуваного явища, особливості його прояву в суспільстві та галузевих правовідносинах.

6. Класифікація форм і видів зловживання правом є відображенням конкретних суспільних відносин та їх складової частини — правовідносин. Ця класифікація є рухомою, вона змінюється та ускладнюється в процесі розвитку суспільства, держави та права.

7. Класифікація феномену зловживання правом не може бути вичерпною, а тому вона за своєю суттю є категорією мінливою. Визначення будь-якої класифікації відбувається «на даний час» з урахуванням існуючого рівня та особливостей розвитку суспільних відносин. Отже, з розвитком суспільства, появою нових видів зловживань зміниться й їх класифікація.

8. Класифікація зловживання правом на види на загальнотеоретичному рівні залежить певною мірою і від юридичної практики. Поява нових різновидів зловживання правом є зазвичай породженням практики, що лише згодом осягається наукою. Слід розуміти, що загальнотеоретичний рівень класифікації явища зловживання правом будується на досвіді спеціальних галузевих правовідносин. А отже, первинному дослідженню дані види піддаються у галузевих юридичних науках. Дослідження класифікаційних видів наукою загальної теорії в даному випадку є вторинним, але саме теоретичні висновки виводять ті загальні закономірності, що застосовуються й у галузевих науках.

9. Наведений у цьому дослідженні класифікаційний ряд підтверджує, що зловживання правом є явищем наскрізним і пронизує всі види суспільних відносин. Звідси робиться висновок, що зловживання правом не може бути інститутом або субінститутом певної галузі права, оскільки воно не обмежується рамками однієї конкретної галузі права. Ті самі суспільні відносини є зазвичай предметом регулювання різних галузей права. Дана якісна характеристика феномену зловживання правом дає підстави припустити, що воно є міжгалузевим комплексним інститутом.

Запропонований вище підхід відповідає змісту та завданням розділу 1 дисертаційного дослідження, що дає підстави вважати цю частину наукової роботи (в її межах) змістовно цілісною та теоретично закінченою. Водночас дисертантка усвідомлює, що зміст розділу 1 не вичерпує усіх питань, які можуть виникнути при дослідженні такої суперечливої теоретичної категорії та складного наукового явища, як «зловживання правом».

За підсумками викладеного зазначимо, що підпункти розділу 1 дисертації логічно та послідовно пов’язані між собою. Вони передбачають хід наукового дослідження за класичною схемою: від визначення поняття та характерних ознак «зловживання правом» — через висвітлення історії виникнення й еволюції даної теоретичної категорії — до наведення її видової наукової класифікації.

РОЗДІЛ 2
ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРАКТИЧНІ ВИМІРИ

2.1. Юридична кваліфікація зловживання правом

У юридичній літературі правову кваліфікацію прийнято розглядати як розумову діяльність, у процесі якої встановлюється відповідність або невідповідність ознак реальної фактичної обставини ознакам юридичного факту, абстрактно окресленого нормою права, а також як результат даного процесу [85, с.16]. Сам термін «кваліфікація» походить від латинських слів «quails» (якість, який за якістю) та «facio» (роблю), у буквальному перекладі «кваліфікація» означає визначення якості, оцінка [85, с.17]. З позиції права дана категорія означає оцінку вчиненого діяння на підставі чинних правових норм, співвіднесення певних дій людей із нормативними категоріями.

Слід підкреслити особливу роль юридичної кваліфікації в застосуванні права, оскільки дана правозастосовна дія є умовою, що забезпечує якість реалізації юридичних приписів на практиці. Завдання юридичної кваліфікації полягає у визначенні юридичної природи конкретної фактичної обставини, тобто чи пов’язано із ним настання відповідних правових наслідків. Таким чином, аналізуючи правову природу фактичної обставини, особа, яка застосовує право, «вимірює дії і вчинки людей за допомогою норм права» [166, с.329], «визначає деякий факт дійсності як правового явища, з яким суб’єкту права необхідно обходитись відповідно до його природи» [129, с.76]. Тобто юридична кваліфікація виступає засобом переходу від ситуації правової невизначеності при оцінці тих чи інших правових обставин до ситуації правової визначеності [18, с.346-350].

Як зазначає В. Власенко, «по суті, аргументованість, справедливість та ефективність кінцевого рішення як результату кваліфікації залежать від

якості встановлення юридичної природи фактичних обставин, від додержання в процесі правозастосування відповідних правил кваліфікації, і в підсумку від рівня правових знань особи, що здійснює правозастосування, у тому числі й від її уявлень про сутність і призначення права, здатність виокремити в конкретному діянні те, що має юридичне значення» [18, с.346-350]. Зазначений автор у загальнотеоретичному дослідженні правової природи юридичної кваліфікації визначає доволі цікавий критерій для розмежування видів юридичної кваліфікації (співвідношення предмета юридичної кваліфікації із суб'єктом). Критерій темпоральності її здійснення у часі дає змогу розподілити кваліфікацію як на правову оцінку минулих та теперішніх фактів (ретроспективна кваліфікація), так і налаштовану в майбутнє (перспективна кваліфікація) [18, с.346-350].

Остання кваліфікація є неофіційною, оскільки суб'єкт права, перш ніж здійснити певне діяння, співвідносить його можливі наслідки із відповідальністю, що встановлюють норми права за це. Така кваліфікація необхідна для того, щоб уникнути негативних наслідків, оскільки при неправильному юридичному співвідношенні своїх дій суб'єкт права може здійснити неправомірне діяння, що може зумовити настання юридичної відповідальності. Неправильна оцінка може призвести до того, що результат дій суб'єкта не буде захищений правом, а сама дія при цьому не буде результативною та не досягне тієї мети, що ставив перед собою суб'єкт. (Прикладом може слугувати розглянутий раніше вид зловживання правом — зловживання процесуальним правом сторонами господарського процесу шляхом подання ряду клопотань або відводів). У даному випадку істотне значення при перспективній кваліфікації має наявність наміру. Інтегрування отриманих знань про такий правовий інститут, як юридична кваліфікація, дасть змогу ширше розкрити сутність категорії зловживання правом та виділити щодо неї достовірне знання.

Юридична кваліфікація зловживання правом на теоретичному рівні видається складною, оскільки в більшості випадків дане поняття є доволі оціночним через відсутність його чіткого законодавчого визначення та виокремлення істотних ознак досліджуваного явища. Але для здійснення такої кваліфікації ми можемо спиратись на певні загальні правила, що вироблені наукою теорії держави та права з цього приводу. В контексті наведеного слід згадати добре відомі в теорії права поняття «діяльність» і «дія», а також «поведінка» і «вчинок». Якщо діяльність — це загальна категорія, що характеризує активну сутність людини, то категорія поведінки належить лише до тієї сфери життєдіяльності людини, яка має відображення у фіксованих соціально-комунікативних діях [164, с.66]. Як указував С. Рубінштейн, «майже будь-яка людська дія є не тільки технічна операція щодо речі, а й вчинок стосовно іншої людини» [152, с.362].

Спираючись на положення щодо структури людської діяльності, можемо розкласти вчинок (діяння) як елемент діяльності (поведінки) на такі складові: суб'єкт діяння, саме діяння з його об'єктивною і суб'єктивною стороною, об'єкт діяння. Дані елементи структури вчинку традиційно виокремлюються і в дослідженні правопорушення. Їх об'єднує поняття «склад правопорушення», що є за своєю суттю різновидом людських діянь особливої якості: суспільно небезпечними або соціально шкідливими вчинками. У контексті здійснюваного дослідження варто відзначити, що здебільшого в юридичній науці аналізується кваліфікація правопорушень, передусім злочинів, хоча не менш важливою є кваліфікація правомірних діянь.

Дані два види кваліфікації здійснюються через оцінку елементів правомірної та протиправної поведінки. Традиційно до таких елементів відносять: суб'єкт, об'єкт, суб'єктивну та об'єктивну сторони. Якщо елементи правомірної або протиправної поведінки за всіма своїми ознаками відповідають елементам моделі поведінки, що відображена у нормі права, то, безсумнівно, така поведінка буде протиправною або

правомірною. Тому варто вирізняти «кваліфікацію правопорушень» та «кваліфікацію злочинів». Хоча деякі автори вважають некоректними дані понятійні формулювання, оскільки це презюмує, що фактична обставина, яка підлягає правовій оцінці, вже належить до правопорушення або до злочину [18, с.346-350]. У результаті може бути здійснена негативна кваліфікація, тобто кваліфікація «від протилежного», що полягає у встановленні факту відсутності істотних ознак правопорушення/злочину в діянні особи. В. Власенко пропонує називати таку кваліфікацію кваліфікацією діянь, предметом і результатом якої можуть бути правомірні та протиправні дії.

Зловживання правом за своєю правовою природою є соціально шкідливим діянням і різновидом правової поведінки, що здійснюється, як правило, у формальних рамках певних норм права [48, с.286]. Розглядаючи сутність правопорушення в контексті розгляду поняття «зловживання правом», варто відзначити, що дії, узгоджені із правом, не можуть розглядатись як правопорушення. На що посягає правопорушення? Насамперед на інтереси інших осіб, що охороняються законом. Але ж не всі інтереси знаходяться під охороною закону, тому їх порушення не завжди буде протиправним, а отже, не завжди може кваліфікуватись як правопорушення. Сутність правопорушення і полягає саме в тому, що діяння (поведінка) суб'єкта суперечить нормам права. Вважаємо, що зловживання правом не завжди буде правопорушенням з формального погляду, оскільки не всі форми і види зловживання правом заборонені законом. Але зловживання правом завжди буде порушенням права, оскільки є діянням, що порушує «природу права», його мету, соціальну та суспільну цінність. Дане діяння, не порушуючи букви закону, порушує його дух, сутність, природу.

Дієздатна особа своїм діянням впливає на визначені, врегульовані правом сторони суспільного життя, саме це діяння і виступатиме безпосереднім предметом юридичного аналізу правопорушення. Інакше

кажучи, безпосереднім предметом юридичного аналізу природи правопорушення в контексті дослідження сутнісної природи зловживання правом з позиції загальної теорії права є його склад, тобто емпірично виокремлена структура правопорушення, фіксована шляхом правових визначень у різних галузях права і в понятійній системі наук, що досліджують дані галузі. Але своєрідність розуміння складу правопорушення в галузевих науках потребує від загальної теорії права самовизначеності в даному аспекті. У нашому дослідженні виокремлюємо лише найбільш важливі, на нашу думку, аспекти вивчення складу правопорушення, що допоможуть чіткіше дослідити правову природу категорії «зловживання правом», оскільки всі його аспекти в рамках даного дослідження осягнути неможливо.

Чинне законодавство частково (оскільки така заборона присутня не у всіх правових галузях та інститутах) забороняє зловживання правом, а отже, визнає його правопорушенням — соціально шкідливим та небезпечним діянням, що порушує норми права. Вважаємо доцільним розглядати питання юридичної кваліфікації зловживання правом через призму кваліфікації правопорушень, а оскільки правопорушення поділяються на злочини та проступки, то відповідно і кваліфікацію зловживань доцільно розглядати в подібному контексті.

Злочин являє собою передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне винне діяння, яке посягає на суспільний лад держави, її політичну, економічну системи, власність, життя, права і свободи особи. У цьому і полягає специфічний характер даного виду правопорушення. Злочини відрізняються від проступків більшим ступенем соціальної (суспільної) шкідливості. Це основний матеріальний критерій розмежування злочинів та проступків. Відповідно, проступок — це правопорушення, яке завдає шкоди особі, суспільству, державі, здійснюється в різних сферах суспільного життя, має різні об’єкти впливу та юридичні наслідки [48, с.286].

Але проступок не передбачений кримінальним законодавством, що істотно відрізняє його від злочину. Проступки зумовлюють настання не покарань, а стягнень [74, с.57]. Такими є процесуальні, дисциплінарні, адміністративні, цивільно-правові, конституційні проступки. Таким чином, проступками є всі інші правопорушення, окрім злочинів. Тому вважаємо доцільним розглянути в широкому розумінні правову природу правопорушення загалом та правову сутність злочину як його специфічного виду, через їх основні складові кваліфікаційні елементи: об'єкт, суб'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона в контексті дослідження зловживання правом.

Слово «об'єкт» у Тлумачному словнику російської мови пояснюється як «явище, предмет, на який спрямована чия-небудь дія, чиясь увага» [122, с.432]. У спеціальній літературі, що присвячена розгляду юридичної кваліфікації, не сформувалось єдиної думки щодо об'єкта та предмета правової кваліфікації, а також стосовно співвідношення даних понять. Деякі автори, зокрема О. Черданцев, вважають дані поняття ідентичними [191, с.255]. Інші вважають, що вони не є тотожними, об'єктом є сукупність суспільних відносин, які виникають, змінюються, припиняються при настанні певного юридичного факту (дії або події), які можна розглядати як предмет правової кваліфікації [18, с.346-350]. Крім того, під час кваліфікації роду суспільних відносин одночасно встановлюється галузева належність даних відносин, а саме, якою галуззю права вони регулюються, її інститут і конкретна правова норма.

У контексті здійснюваного дослідження вбачається, що об'єктом при кваліфікації діяння як зловживання правом є сукупність суспільних відносин, що виникатиме при настанні наслідків (завданні шкоди або можливості настання такої шкоди), що наставатимуть у результаті дії іншої особи, яка реалізує (здійснює) надане їй законом право, неналежним чином (всупереч основному призначенню такого права). А от від

наслідків, що спричинили таке діяння, залежатиме обсяг відповідальності та результат кваліфікації діяння як правопорушення, злочину або правомірної поведінки. У теорії права під об'єктом правопорушення розумілись зазвичай ті суспільні відносини, соціальні цінності та блага, які знаходяться під охороною права і на які посягає, яким завдає шкоди правопорушення [48, с.286].

Предметом кваліфікації в загальному сенсі також можуть виступати дії або події, а також речі, гроші, цінні папери, інформація, інтерес (приватний або публічний), результати інтелектуальної діяльності, нематеріальні блага (життя і здоров'я, честь і гідність, ділова репутація, тощо). Вбачається, що не в кожній кваліфікації зловживання правом можливим предметом виступатимуть речі матеріального світу. При здійсненні такої кваліфікації предметом частіше виступають певні матеріальні та/або нематеріальні права та свободи, у зв'язку з якими здійснюються зловживання, а саме: право власності та породжені ним похідні права, право на інформацію, політичні та громадянські права і свободи, право на життя, честь і гідність, ділова репутація та інші права.

У Тлумачному словнику російської мови суб'єкт права визначається як фізична або юридична особа — носій юридичних прав та обов'язків [122, с.766]. Розглядаючи поняття і роль суб'єкта при здійсненні кваліфікації, варто визначити наявність у суб'єкта конкретного суб'єктивного права, чи є така особа уповноваженою особою та/або носієм певних прав у силу приписів закону або договору, оскільки особа, яка не наділена відповідним правом, з юридичного погляду не може ним зловживати. Отже, щоб відмежувати зловживання правом від іншого виду правової поведінки, слід вирішити питання правомочності суб'єкта, а також обсягу таких прав. При аналізі даного питання необхідно чітко виокремлювати, яким саме правом із обсягу наданих прав зловживав суб'єкт.

О. Малиновський з цього приводу зазначає, що важливим при здійсненні кваліфікації є встановлення того факту, які конкретно дії здійснив суб'єкт для реалізації свого права, слід проаналізувати правову поведінку уповноваженої особи, а також дії інших учасників правовідносин, що склалися. Це дасть можливість визначити, чи виконав уповноважений суб'єкт покладені на нього юридичні обов'язки, чи не порушив він загальних або спеціальних правових заборон, чи не вийшов він за межі здійснення відповідного суб'єктивного права [97, с.277].

Розглядаючи суб'єкт у контексті правопорушення, загалом варто відзначити, що ним може бути лише деліктоздатна особа, яка скоїла правопорушення. Такою особою є індивідуальний суб'єкт — фізична особа, що є осудною та досягла певного віку. Фізичних осіб поділяють на громадян, осіб без громадянства, іноземних громадян; колективний суб'єкт — ним може бути юридична особа, державний орган, громадська організація та інші, дії кожного з яких пов'язані з колективним винесенням рішень [48, с.286].

Суб'єкти зловживання правом також можуть бути загальними та спеціальними. Загальними суб'єктами зловживання правом у сфері загальних прав громадян є фізичні особи. Водночас, на думку дисертантки, спеціальними суб'єктами зловживання правом можуть бути посадові особи, політичні та громадські діячі, військовослужбовці, якщо вони зловживатимуть своїми спеціальними правами та повноваженнями посадових, службових осіб, політичних або громадських діячів. При цьому, вважаємо, є логічною така характерна закономірність: спеціальним суб'єктом зловживання правом може бути лише та особа, яка наділена певними спеціальними правами і зловживає ними. Поза межами таких прав зловживання правом з боку спеціального суб'єкта не існує. Так, якщо політичний або громадський діяч або будь-яка посадова особа зловживають правами приватної особи (право власності, наприклад), вони

не можуть вважатись спеціальними суб'єктами зловживання правом і повинні нести відповідальність як звичайні громадяни.

Об'єктивна сторона правопорушення — це сукупність зовнішніх ознак, що характеризують дане правопорушення, до яких відносять: діяння (дія або бездіяльність); протиправність (формальний аспект); наслідки діяння (змістовний аспект); причинний зв'язок між діянням і наслідками, що воно спричиняє; місце, час, спосіб, засоби обставина та ситуація скоєння правопорушення [48, с.286-288]. У науковій і навчальній літературі дане поняття тлумачиться однаково за значенням, але з деякими розбіжностями у змісті. Об'єктивна сторона правопорушення, на думку В. Лазарєва, охоплює «ті елементи протиправної поведінки, що характеризують її як визначений акт зовнішнього прояву в об'єктивній дійсності» [87, с.485].

Розглянемо правову природу об'єктивної сторони такого злочинного зловживання, наприклад, як привласнення, розтрата чужого майна, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Дане діяння має місце тоді, коли службова особа незаконно обертає чуже майно на свою користь чи користь третіх осіб, використовуючи при цьому своє службове становище. Особливістю є те, що у зазначений спосіб винний може заволодівати майном, щодо якого в силу своєї посади він наділений правомочністю управління чи розпоряджання через інших осіб. Тобто має певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірено чи перебуває у їх віданні. Основною ознакою даного виду правопорушення є не наявність чи відсутність у винної особи правомочностей стосовно майна, а використання наданих йому службових повноважень не за призначенням, а з метою заволодіння чужим майном. Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем варто відрізняти від зловживання владою або службовим становищем, що вчиняється з корисливих мотивів. Наведені вище положення та приклади можуть бути корисними і для

з’ясування об’єктивної сторони будь-якого іншого зловживання правом, у тому числі й такого, який не є злочином і, навіть, з формального погляду, правопорушенням.

Даний висновок є логічним з огляду на те, що зловживання правом за своїм об’єктивним змістом може бути як активним (шляхом здійснення певних дій), так і пасивним (шляхом не здійснення ніяких дій, тобто скоєним шляхом бездіяльності). Принаймні будь-яке зловживання правом з об’єктивного погляду є зовнішнім проявом людської поведінки, яка складається з дій або бездіяльності людини. У випадках, коли зловживання правом з об’єктивного погляду є структурно складним, воно може бути комбінованим і складатись як з дій людини, так і з її бездіяльності (стосовно різних обставин фактичного складу зловживання).

Проблема кваліфікації суб’єктивної сторони протиправного діяння завжди привертала до себе увагу вчених-правознавців. Для того щоб достовірно кваліфікувати суб’єктивну сторону в діяннях зловживання правом, варто розглянути правову природу суб’єктивної сторони на прикладі правопорушення загалом та злочину як його специфічного виду. Стверджується, що «суб’єктивна сторона — внутрішні ознаки правопорушення, що характеризує особисте ставлення правопорушника до вчинюваних ним діянь (наслідки)» [74, с.53]. Суб’єктивну сторону правопорушення виражає психічне ставлення суб’єкта до здійснюваного діяння і наслідків, отже, суб’єктивна сторона характеризує внутрішню сторону протиправного діяння, вчинюваного особою та є безпосереднім його джерелом. Тобто в усіх правопорушеннях, що здійснюються умисно або з необережності, суб’єкт панує над своїми діями. Він або направляє свою свідомість і волю на здійснення тих або інших дій, або діє необачно [182, с.187]. Таким чином, категорії суб’єктивної сторони відіграють головну роль при вчиненні особою правопорушення. До ознак (елементів) суб’єктивної сторони належать: вина, мотив і мета правопорушення.

Вина — основна і найважливіша ознака суб'єктивної сторони будь-якого правопорушення означає психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки (діяння, як дія або бездіяльність), а також її наслідків. Вина є усвідомленням (розумінням) особою неприпустимості (протиправності) власної поведінки і пов'язаних із нею результатів. В. Протасов додає до зазначеного вище понятійного визначення вини таку характерну ознаку даного явища, як «особливість стану інтелекту і волі правопорушника, що виражає його негативне ставлення до цінностей суспільства» [143, с.68]. Також теоретик визначає вину основною підставою для настання юридичної відповідальності, мотивуючи дане положення тим, що в такий спосіб держава, негативно оцінюючи поведінку правопорушника, виходить із свободи волі суб'єкта і можливості вибору ним тієї чи іншої моделі поведінки.

В аспекті дослідження питання юридичної кваліфікації вини при вчиненні зловживання правом саме питання свободи вибору моделі поведінки є істотним, оскільки передбачає свободу дій особи по використанню свого права всупереч із його основним призначенням і на шкоду суспільству, державі, громадянам. Саме свобода волі визначає вибір суб'єктом того чи іншого варіанта поведінки та проявляється у психічному ставленні до своєї поведінки та її результатів.

Розрізняють умисну (прямий і непрямий умисел) і необережну (самовпевненість та недбалість) вину [74, с.53]. При прямому умислі особа усвідомлює протиправний характер свого вчинку, передбачає ті наслідки, які можуть чи повинні настати, і бажає їх настання. При непрямому умислі особа в такій же ситуації не бажає, але свідомо допускає можливість настання шкідливого результату свого діяння, однак байдуже до нього ставиться.

Необережна форма вини має свою специфіку інтелектуального і вольового аспектів психічного ставлення особи до свого діяння: при самовпевненості особа усвідомлює протиправність свого діяння,

передбачає можливість настання шкідливих наслідків, однак легковажно розраховує на запобігання їм (тому що переоцінює свої здібності або ж недооцінює складність і небезпечність ситуації). При недбальстві особа не усвідомлює шкідливості свого вчинку і не передбачає можливості настання протиправного результату, але повинна і могла їх передбачити (наприклад, у разі посадової недбалості) [49, с.357]. Випадково заподіяна шкода характеризується тим, що особа не передбачала настання суспільно небезпечних наслідків своїх дій (чи бездіяльності) і не могла або не повинна була їх передбачити. У цьому випадку юридична відповідальність не настає [70, с.309].

У контексті дослідження феномену зловживання правом доцільно звернути увагу на таку особливість у кваліфікації вини. М. Цвік зазначає: «Здатність особи усвідомлювати значення свого вчинку (інтелектуальний аспект) і керувати ним (вольовий аспект) — необхідна умова оцінки вини» [49, с.357]. Як правильно зазначав Ю. Денисов, «тільки свідомо діючий індивід може співвідносити власні діяння з приписами, дозволами і заборонами правових норм і тільки такі діяння можуть бути кваліфіковані як правомірні або неправомірні. Право може регулювати лише свідому поведінку людей, тому важливо відрізняти порушення прав і інтересів та правопорушення» [41, с.102].

Дане розмежування є особливо цінним при дослідженні феномену зловживання правом, оскільки підкреслює значущість співвідношення діяння суб'єкта із правовим полем, в якому такий суб'єкт може діяти. У теорії права розрізняють і змішану провину, тобто таку, коли особа стосовно суспільно небезпечного діяння має намір, а щодо суспільно небезпечних наслідків — необережність [70, с.309].

Мотив — суб'єктивне джерело діяння, його внутрішня рушійна сила, усвідомлене внутрішнє спонукання, що викликає у особи рішучість здійснити те чи інше діяння і яким вона керується при його здійсненні [74, с.53]. Як вказують М. Кельман та О. Мурашин, «*мотив* (франц. motif —

спонукальна причина; первісно — той, що приводить у рух, від лат. motivus — рухомий) — усвідомлена спонука (прагнення) до здійснення конкретних вольових дій чи утримання від них (бездіяльність), зумовлених потребами, інтересами й нахилами правопорушника, для задоволення (реалізації) яких він обирає певні суспільно небезпечні форми й засоби. Мотив є істотним елементом складного суб'єктивного процесу, що зумовлює прийняття рішення діяти саме так, а не інакше, і пояснює психологічні причини скоєння правопорушення. Вони пов'язані з метою дій та матеріалізуються в ній» [70, с.309]. Деякі мотиви є низькими за своїм змістом: ворожнеча, ревнощі, помста, жадібність, злість, заздрість, корисливість, ненависть, кар'єризм тощо. Інші мотиви можуть бути зумовлені складними сімейними та особистими обставинами, соціальною або політичною кризою, можуть існувати й інші наміри. Як указує теоретик права С. Кожевніков, «значення мотиву обмежується, як правило, умисними правопорушеннями» [74, с.53].

Мета — уявна модель (ідеальний образ майбутнього результату, уявлення щодо результату), до досягнення якого прагне особа, здійснюючи те чи інше діяння [74, с.53]. Тобто маються на увазі ті фактичні результати, яких прагне досягти суб'єкт шляхом здійснення діяння (правопорушення). Також поняття «мета» трактується як «предмет прагнення, те, що треба або бажано здійснити» [122, с.861]. Цілі, за своїм змістом, можуть бути доволі різноманітними: заподіяння матеріальної, моральної, фізичної шкоди іншій особі, суспільству, державі; отримання вигоди або іншої користі та інше. Визначена суб'єктом мета (ціль) може бути єдиною або поєднуватись із іншими цілями у множині, у тому числі з іншими соціально прийнятними цілями.

Т. Полянським щодо категорії «мета зловживання правом» визначається інший синонімічний за значенням термін — «намір». На нашу думку, даний термін доцільно вживати при кваліфікації «вини» досліджуваної категорії, аніж «мети», оскільки він містить

інтелектуальний і вольовий аспекти, що притаманно саме характеристиці категорії «вини». З огляду на це дисертантка пропонує для уникнення термінологічних і змістових непорозумінь при здійсненні юридичної кваліфікації діяння зловживання правом застосовувати до категорії «мета зловживання правом» лише один синонім — «цілі зловживання правом». Це в подальшому подолає плюралізм тлумачення одних і тих самих термінів у різний спосіб, дасть змогу досягти єдино правильного розуміння досліджуваного явища та його елементарної кваліфікаційної структури, а це, у свою чергу, дасть змогу правильно кваліфікувати діяння зловживання правом не у просторі філософського чи наукового розуміння та сприйняття, а на рівні юридичної практики. Даний підхід до сталого термінологічного розуміння до того ж широко застосовується галузевими юридичними науками, зокрема кримінальним і адміністративним правом.

Професором М.Стефанчуком і доцентом В. Грибом було висловлено позицію про те, що при зловживанні правом особа має умисел передусім на здійснення свого суб'єктивного права, а не на заподіяння шкоди. На думку Т. Полянського, суб'єктивна сторона зловживання правом полягає у наявності в особи наміру саме завдати шкоди іншому суб'єктові права, котрий (намір) проявляється лише у формі прямого і непрямого умислу. Такий умисел, на думку дослідника, може бути єдиною метою поведінки або поєднуватись із іншими, у т. ч. цілком соціально прийнятними і навіть соціально бажаними цілями. Серед останніх може бути, ясна річ, і прагнення зловживача справді здійснити певне своє право [140, с.39].

Дані точки зору є виправданими, але лише частково. На нашу думку, зловживання правом не завжди має на меті суто реалізацію суб'єктивного права або суто намір завдання шкоди, воно також може виступати як процес досягнення визначеної особою мети, скероване певними суб'єктивними мотивами (спонуканнями), у ході якого реалізація наданого законом суб'єктивного права виступає *засобом* досягнення мети, а шкода

виступає наслідком діяння, а не самоціллю. Дана концепція автора підтверджується такими законодавчими прикладами.

Визнається злочином зловживання своїми повноваженнями з боку аудитора, нотаріуса, оцінювача, іншої особи, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб [114, с.189]. У даному випадку особа із переліченого кола суб'єктів не має виключного наміру завдати шкоду певній конкретній особі або реалізувати своє суб'єктивне право (в т. ч. повноваження), особа має намір отримати певну вигоду (як матеріальну, так, можливо, і не матеріальну), може бути скерована корисливим мотивом. Але дана норма виконуватиметься лише за умови, якщо подібні дії зумовили настання істотної шкоди, і така шкода, в даному випадку, виступатиме результатом діяння, наслідком, а не метою. І, можливо, за дещо інших обставин (не за умовами наведеної диспозиції) не завжди буде бажаним результатом, оскільки особа могла мати умисел до діяння, і необережність до наслідків. За даної умови форма вини може бути ускладненою, але правильна кваліфікація даного елементу є доволі індивідуальною та залежатиме від конкретних обставин.

До того ж наведена норма кримінального закону на прикладі злочинного зловживання демонструє спеціальне коло суб'єктів. У кримінальному законі категорія «спеціального суб'єкта злочину» не є новою, але з огляду на загальнотеоретичне дослідження та, як свідчить проведений аналіз нормативного та законодавчого матеріалу, можна сказати, що зловживання правом з боку спеціальних суб'єктів (посадовців, службових осіб, військовослужбовців та ін.) становлять істотну групу зловживань, що дає змогу виокремити таку групу зловживань у

самостійний вид, такий як зловживання правом суб'єктами зі спеціальним статусом.

Зазвичай мета є факультативно ознакою у кваліфікації суб'єктивної сторони діяння, але в певних випадках, на нашу думку, вона може виступати основною і навіть кваліфікуючою. Кваліфікуючою не в сенсі кваліфікації певного діяння як безперечного зловживання, а радше як виділення певного зловживання в окремий специфічний вид, наприклад, *зловживання правом із корисливою метою* (задля досягнення неправомірної вигоди тощо).

Вченими М. Стефанчуком і Т. Полянським виокремлено два види зловживання правом на основі сутнісної природи цього явища, яке, на нашу думку, є механізмом досягнення певної мети за допомогою реалізації права (повноваження), що завдає шкоди іншим особам. Дана сутність може виступати третім проявом правової природи категорії «зловживання правом», а мета як складовий елемент суб'єктивної сторони діяння виступатиме водночас кваліфікаційним і класифікаційним критерієм та матиме подвійну правову природу.

З огляду на викладене можемо сформулювати, що **зловживання правом** *є результатом використання (реалізації) наданого особі суб'єктивного права (повноваження), який скерований певними суб'єктивними мотивами (спонуканнями), задля досягнення поставленої суб'єктом зловживання конкретно визначеної мети, у результаті чого завдається шкода суспільним відносинам, охоронюваним законом інтересам, іншим особам, суспільству та державі в цілому*.

У даному механізмі: мета виступає рушійною силою вчинення діяння; реалізація наданого законом права (повноваження) виступає засобом досягнення мети; шкода виступає результатом, завершення функціонування такого механізму. При цьому кінцеве досягнення поставленої мети само по собі не є обов'язковим, достатньою є

присутність саме даної категорії, оскільки в ході здійснення реалізації права шкода може настати, а мета не буде досягнута.

Наведене дає змогу охарактеризувати кваліфікацію зловживання правом як явища, яке визнане правопорушенням. З огляду на дуалістичний, трансформаційний характер явища зловживання правом спробуємо охарактеризувати кваліфікацію зловживання правом як самостійний вид правової поведінки. У такому разі, вважаємо, для *зловживання правом характерні такі кваліфікаційні особливості:*

1. Суб'єкт права має бути наділений належним обсягом формальних прав, правомочностей (повноважень) та здатний до їх реалізації.

2. Суб'єкт права повинен мати намір щодо здійснення своїх формальних прав.

3. Реалізація суб'єктом наданих йому прав має здійснюватись у межах правового поля, без порушення формального закону та в межах обсягу наданих прав, оскільки вихід за межі такого обсягу кваліфікуватиметься як перевищення прав (повноважень).

4. Призначення, задля якого здійснюється реалізація суб'єктом наданих йому законом прав, має відрізнятися від соціального призначення (цілі) права.

5. Суб'єктом повинна бути визначена мета, задля досягнення якої здійснюється реалізація наданих йому прав.

6. Повинен прогнозуватись результат, який бажає досягти суб'єкт по завершенні здійснення такої правореалізації.

7. Повинні настати певні негативні наслідки (шкода, збитки), які спричиняються в ході здійснення суб'єктом подібного роду правореалізації або існувати реальна загроза настання таких наслідків.

Вважаємо, що наявність саме цих основних особливостей дає змогу уявити процес кваліфікації зловживання правом як самостійний вид правової поведінки. Окрім того, в даному кваліфікаційному ряді вбачається елементарний склад зловживання правом на

загальнотеоретичному рівні, абстрагуючись від надбань спеціально-галузевих наук, як явища загальноправового, якому притаманний певний ряд сталих узагальнених закономірностей. Вважаємо, що дані кваліфікаційні ознаки будуть притаманні зловживанню правом у будь-яких типах правовідносин, оскільки воно містить загальні елементи.

З огляду на викладене додатково розглянемо погляди окремих дослідників концепції зловживання правом щодо здійснення юридичної кваліфікації досліджуваного діяння. На думку О. Малиновського, для того, щоб встановити, чи є діяння зловживанням суб'єктивним правом, а отже, кваліфікувати його, необхідно здійснити аналіз правової ситуації в цілому, звернувши увагу та знайти відповідь на такі питання: чи наділений суб'єкт конкретним правом; які конкретні дії вчинював суб'єкт для здійснення свого права; чи здійснено суб'єктивне право всупереч його основному призначенню; чи завдана шкода особі, суспільству, державі в результаті здійснення права [97, с.275].

Як бачимо, відповідь на перше питання характеризуватиме суб'єкт у кваліфікації; на друге та третє питання — об'єкт у кваліфікації; відповідь на четверте питання — об'єктивну сторону діяння. Не вистачає лише для повного обсягу кваліфікації характеристики суб'єктивної сторони. До даного переліку варто було б додати, на нашу думку, питання щодо наявності мети, чи навіть мотиву заподіяння подібної шкоди, а також наміру, що втілився б в умисних або необережних діях. Оскільки наявність подібних критеріїв допомогла б виокремити не тільки конкретне діяння як зловживання правом, а й віднести його до тієї чи іншої форми (виду). Наявність відповідного наміру передбачає фактичне усвідомлення особою шкідливості вчинених дій, а отже, наявним є умисел.

Ще одним, на нашу думку, цікавим аспектом досліджуваної проблеми у даному ракурсі є вже згадувана нами «межа права», яку суб'єкт порушує зловживаючи ним. Вважаємо, що для правильної кваліфікації явища зловживання правом даний фактор є не менш

важливим, оскільки, чітко визначивши межу наданих особі прав (повноважень), можливо виокремити явища правового зловживання із сукупності подібних юридичних фактів. У даному випадку парним елементом виступатиме також «обсяг наданих прав». Наочно можемо спостерігати це на прикладі кваліфікації явища зловживання владою (посадовим становищем) та кваліфікації явища перевищення влади (службових повноважень). Звісно, дані діяння не є тотожними, і правовим зловживанням є лише одне із них. І встановлення правильного співвідношення обсягу використаних прав із обсягом фактично наданих прав ми виведемо ту саму межу права, що правильно виокремить явище зловживання правом при здійсненні юридичної кваліфікації. Зловживання владою або службовим становищем є використання особою влади або службового становища всупереч інтересам служби, що завдало істотної шкоди законним правам, охоронюваним інтересам інших осіб. У даному положенні вбачається використання конкретно визначеного обсягу наданих особі прав (повноважень) не за їх основним призначенням, усупереч інтересам служби.

З огляду на це вбачається, що обсяг наданих особі прав та обсяг прав, що були використанні особою зі злочинною метою, збігаються. Натомість перевищення влади або службових повноважень становить вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень, якщо вони завдали істотної шкоди охоронюваним законам правам, інтересам громадян, юридичних осіб. Виходячи із цього, вбачається, що обсяг наданих прав та обсяг використаних особою прав зі злочинною метою не збігаються, більше того, обсяг використаних прав більший. А отже, дане діяння не є зловживанням правом, оскільки, як уже було встановлено раніше, юридична природа зловживання правом саме полягає в тому, що використовується формально наданий обсяг прав, але способом, що не відповідає основному призначенню таких прав (повноважень). А отже, і межа наданого права не порушується.

Зацікавлення викликає також сутнісна природа досліджуваної нами «межі права» в контексті вчення про зловживання правом — «межа права об'єктивного» та «межа права суб'єктивного» як дві сторони одного юридичного явища. Чи можливо використати своє суб'єктивне право не порушуючи межі об'єктивного права? Вважаємо, що так. Як уже досліджувалось у попередніх розділах, явище зловживання правом саме і становить здійснення свого права у межах формального юридичного права, а отже, без порушення межі об'єктивного права, але при цьому порушується межа права суб'єктивного, що обмежує суб'єкта права способом його використання, соціальним призначенням самого права.

У розглянутих вище прикладах межа об'єктивного (формально-юридичного) права порушується, оскільки дане діяння вже передбачене кримінальним законом як суспільно небезпечне, а отже, вбачається, порушена і межа права суб'єктивного. Оскільки особа, здійснюючи діяння з тих чи інших мотивів, що формально юридично має вигляд законного права, порушує допустиму межу суспільної безпеки, охоронюваних прав інших суб'єктів, або суспільних інтересів. Таким чином, «межею права об'єктивного» є формально визначений закон, а «межею права суб'єктивного» — соціальне призначення наданого права, та інтереси інших громадян, держави та суспільства в цілому.

Виникає питання — чи завжди зловживання правом має характер правопорушення, оскільки не за всі форми і види зловживання правом передбачено настання юридичної відповідальності згідно із формальним законом? Теоретик права В. Лазарєв називає дану групу діянь «відхиленнями від правопорядку» — як різновид соціальних відхилень від цілей, принципів і приписів права, що можуть бути об'єднанні поняттям протиправної поведінки. До даної групи вчений відносить також категорію «зловживання правом», під яким розуміє «засновану на егоїстичних намірах поведінку уповноваженого суб'єкта, що суперечить природі права, закріпленої в його нормах цілі або пов'язане із залученням неправових

засобів для її досягнення» [120, с.153]. Автор наполягає, що категорія «зловживання правом» не має кваліфікуватись як правопорушення, делікт, як указується часом у спеціальній літературі, а є різновидом дій неправового характеру, що обґрунтовується тим, що законом не можливо передбачити повний обсяг дозволеної поведінки. Для запобігання неправомірної поведінки формальним законом встановлюються заходи правового обмеження в рамках загального дозволу, конкретизуються цілі й призначення наданого права, визначаються принципи поведінки уповноваженої особи по здійсненню свого права.

Вважаємо, що, дійсно, створюється таким чином своєрідний режим поведінки уповноваженого суб'єкта, що відповідає правовому дозволу. Відступ від даного режиму охоплюється поняттям «зловживання правом» і не повинно кваліфікуватись як «делікт, правопорушення, злочин» у тих випадках, коли це прямо не передбачено формальним законом. Невизнання існування категорії зловживання правом веде до того, що будь-яке відхилення від загального дозволу кваліфікується як правопорушення, і в даному випадку не враховується особливість дії правового дозволу та його межі.

Правопорушення за своєю сутністю являє собою винне протиправне суспільно шкідливе діяння [6, с.212]. Зловживання правом є діянням, за якого суб'єкт діє в рамках наданого йому суб'єктивного права, та не порушує конкретних юридичних заборон, тому така риса категорії «правопорушення», як «протиправність» відсутня. Коли ступінь суспільної небезпеки від зловживання правом значний, законодавець визначає дане діяння як той чи інший вид «правопорушення» (злочину або проступку), нормативно забороняє його та забезпечує юридичною санкцією. Як бачимо, категорія «зловживання правом» має двоїсту природу, оскільки може виступати і як правопорушення, і як дія у межах права. На думку деяких правознавців, зловживання правом перестає бути ним у момент, коли дане діяння визнане законом як правопорушення. Варто

посперечатись, на нашу думку, подібне діяння не перестає бути зловживанням правом, але воно переходить у форму правопорушення, а отже, визнано законом соціально шкідливим. Вважаємо, що заперечення в сутності зловживання правом природи правопорушення ще не дає підстав характеризувати даний феномен як прояв правомірної поведінки, тому що «правомірна поведінка завжди має соціально корисний характер та відповідає правовим приписам» [48, с.280]. Натомість зловживання правом є діянням соціально шкідливим. Тому вважаємо, що категорію «зловживання правом» слід розглядати як самостійний вид правової поведінки.

2.2. Зловживання правом як різновид правової поведінки: класичні погляди та нові підходи

Дослідження особливостей співвідношення зловживання правом і правової поведінки є важливою частиною даної наукової роботи. Ознайомлення з теоретичними джерелами засвідчує, що в науковому співтоваристві однозначних поглядів з цього приводу немає. Доволі умовно наукові підходи у цьому питанні можна поділити на класичні й нові, більш сучасні. Спробуємо в межах завдань цього підрозділу дисертації проаналізувати теоретичні погляди відомих наукових авторитетів, інших дослідників на співвідношення зловживання правом з правовою поведінкою та її основними різновидами: формально правомірною та протиправною поведінкою.

Визначити в межах правової науки поняття «поведінки», її специфіку, а тим більше, з’ясувати роль і місце категорії «зловживання правом» у даному контексті вважається складним без аналізу таких основоположних понять, як «вчинок», «людська діяльність», «дія» тощо. Специфіка суспільного життя полягає в тому, що воно являє собою процес соціальної діяльності людей. Зміст категорії «людська діяльність» — усвідомлене, таке, що базується на використанні об’єктивних законів

впливу людей на природні й суспільні умови їх існування; вплив, який опосередковується, у своїй основі, засобами праці і результатом якого є задоволення життєвих потреб людини, шляхом виробництва певних матеріальних благ; прогресуюче зростання свободи людства, а також творчих сил і можливостей людей [194, с.5].

Існує безліч підходів до визначення і розуміння категорії «людська діяльність». Зокрема, категорія «діяльність» визначається як «діяльність людини, що існує в двох її формах: практичній і теоретичній діяльності та є видом соціально зумовленої взаємодії цілісної особистості, суб'єкта з оточуючим світом, що виникає під впливом будь-якої потреби і спрямована на досягнення мети, що відповідає даній потребі, шляхом перетворення об'єктів діяльності» [41, с.73]. Елементами людської діяльності виступають окремі дії як відносно закінчені елементи діяльності, спрямовані на виконання та досягнення однієї визначеної мети [164, с.66]. Оскільки будь-яка людська діяльність здійснюється у взаємодії з іншими людьми, особливий інтерес для загальної теорії права становить характеристика діяльності як поведінки, відповідно, окремої дії як вчинку.

Існують дві основні, взаємопов'язані форми прояву активності: діяльність — перетворення людської сфери, окремих її елементів і поведінка — зміни стану людини щодо сфери і регуляції своїх вчинків… будь-яка діяльність завжди включає поведінку, а будь-яка поведінка завжди в тій чи іншій мірі є діяльністю [41, с.74]. Точніше відображає проблематику загальної теорії права не просто поняття «діяльність» і «дія», а поняття «поведінка» і «вчинок». Як указував С. Рубінштейн, «майже будь-яка людська дія є не тільки технічна операція щодо речі, а й вчинок стосовно іншої людини» [152, с.362].

У сучасному Філософському словнику міститься таке визначення поняття «діяльність» — «це спосіб відтворення соціальних процесів, самореалізації людини, її зв'язків з навколишнім світом» [163, с.236]. Видається, що поведінка є поняттям ширшим та означає взаємозв'язок

людини з навколишнім середовищем, опосередкована його зовнішньою і внутрішньою активністю, орієнтованою на соціальні регулятори. У сучасному Філософському словнику визначається, що поведінка людини пов'язана з її ціннісними установками, регулюються не тільки індивідуальною і суспільною свідомістю, а й соціальними інститутами і правовими нормами, мораллю, політикою [163, с.525]. Як бачимо, поведінка включає в себе як активну діяльність індивідуума, так і його бездіяльність. При цьому важливим фактором, що визначає соціальну спрямованість діяльності людини, є її ставлення до права та правової дійсності.

Поведінка людини є одним із видів людської діяльності. Вона спрямована не тільки на безпосереднє задоволення різних потреб, а й на досягнення певних інтересів (особистих, суспільних, державних, національних тощо), відповідної позиції у сфері суспільних відносин, вона є зовнішньою системою дій, в основі якої покладено внутрішні прагнення людини [48, с.286], «має соціальний характер і визначається як сукупність певних дій, що спричиняють зміни в навколишньому світі чи в самому суб'єкті» [123, с.8]. Таким чином, поведінка людини є багатоаспектною категорією, вона може регулюватись нормами права або іншими соціальними нормами. Право може регулювати суспільні відносини лише шляхом впливу на поведінку людей.

Безумовну зацікавленість викликає для юридичної науки поведінка людей у сфері правового впливу, тобто поведінка, що врегульована правом. Ряд авторів, у даному контексті, виокремлюють нормативну поведінку, під якою розуміють таку поведінку, що врегульована будь-яким видом соціальних норм — звичаями, релігійними або корпоративними нормами, нормами права, тощо [169, с.233]. Класично в теорії права поведінку, що регулюється нормами права, називають «правовою поведінкою», яка відповідно має соціальну та юридичну сторону, що дає можливість розмежувати її на правомірну та протиправну поведінку.

Істотною ознакою правової поведінки є її соціальна значущість, саме цією категорією вимірюються, по суті, вчинки людей та обсяг права в суспільстві. Також вона є категорією історично мінливою, оскільки одна й та сама поведінка людей у різних народів, у різні часи може вважатись як соціально значущою, так і малозначущою або навіть соціально байдужою. Змінюючись разом із історичним розвитком суспільства, саме соціальна значущість людських вчинків визначає їх допустимість або небажаність, а отже, їх правомірність або неправомірність. Також суттєвим для оцінки правової поведінки з погляду його суспільної значущості є можливість заподіяння суб'єктом права шляхом здійснення певних вчинків соціальної шкоди.

Більшість діянь у правовому просторі становлять правомірні діяння. Саме вони визначають основу нормального функціонування держави і суспільства, а отже, формують правопорядок та є основним різновидом правової поведінки. Щодо правомірності поведінки тієї або іншої особи можна говорити у разі, коли такі дії збігаються з моделлю відповідної поведінки, усталеної правовою нормою, яка слугує гарантом, еталоном, критерієм правомірної поведінки особи в суспільстві.

Як указував свого часу Д. Керімов, «правова можливість виникає як передумова створення правової настанови, але це лише перша стадія перетворення можливості на дійсність. Згодом настає етап дії самого права як регулятора відповідних суспільних відносин» [71, с.351]. У даному випадку право може виступати у двох якостях: як дійсність — оскільки вже є існуючим, діючим; і як можливість — до тих пір, доки воно не реалізувалось. Реальна можливість завжди пов'язана із наявністю відповідних умов, які й роблять її здійсненною, впливають на перехід можливості на дійсність. Д. Керімов підкреслює, що не будь-яка реальна правова можливість є водночас необхідною. Такою виступає лише можливість, що відображає закономірну тенденцію розвитку соціальної дійсності. Правова можливість, що виникає як продукт випадкового збігу

обставин, суперечить об'єктивному ходу суспільного буття і його природним потребам, є не необхідною, а випадковою, і нічого, окрім шкоди, принести не може [71, с.351]. На підтвердження даної тези наведемо висловлювання іншого теоретика права М. Марченка: «Критерієм визначення ступеня правомірності слугує ступінь відповідності реальних дій, вчинків людей закладеним у нормах права моделям поведінки» [121, с.564].

Таким чином, обираючи модель власної поведінки в суспільстві, особа має знати ті правові вимоги, які ставить до неї таке суспільство. Тобто правовою поведінкою вважатиметься поведінка, яка відповідає інтересам суспільства в цілому, державі та окремим особам, відповідає установленим правовим приписам і гарантується та охороняється державою. Причому варто зауважити, що «учасники суспільних відносин за альтернативи вибору мають діяти не на власний розсуд, а у правовому полі» [135, с.9]. При цьому можна виокремити такі *істотні особливості правомірної поведінки,* як:

— правомірна поведінка є соціально корисною;

— дана поведінка виражає свободу волі індивіда у здійсненні позитивних дій задля задоволення власних потреб (договірні відносини, шлюб) або потреб держави (сплата податків) у реалізації останньою своїх функцій;

— правомірна поведінка забезпечує необхідний правопорядок у суспільстві;

— правомірна поведінка особи нерозривно пов'язана з її позитивною відповідальністю.

В юридичній літературі визначень явища «правомірної поведінки» існує безліч, з більшою або меншою сукупністю її факультативних ознак, але всі вони тією чи іншою мірою зводяться до однієї ознаки, яка формує тлумачення сутності категорії «правова поведінка». Такою ознакою є фактор узгодження поведінки індивіда із нормою закону, саме закону, а не

права. Дана ознака надає категорії «правової поведінки» дух формалізму і позбавляє її сутнісної природи права. А за таким судженням, варто не визнавати тотожними поняття «правова поведінка» — як поведінка у межах права та «законна поведінка» — як поведінка в межах закону.

Відтак, подібне тлумачення природи «правової поведінки як дії, узгодженої із законом» (а саме ця ознака, вважаємо, є істотно-кваліфікаційною), впливатиме на розпізнавання природи інших суміжних правових явищ та формуватиме усталену модель кваліфікації у подібній якості деяких нестандартних, з погляду формального закону, вчинків людей. А це само по собі, з позиції всезагальної сутності та природи права, є хибним. Наведемо приклад. Особа, без явних соціальних підстав, а скоріше зі своїх власних переконань, багатократно вступає у шлюби і розлучається. З погляду закону, її дії формально не суперечать законові, але вони йдуть у розріз із прагненням держави, суспільства до зміцнення інституту сім'ї в суспільстві. Прямої шкоди в даному діянні немає, але й соціальної або суспільної користі немає також.

Сукупність обов'язкових ознак правомірної поведінки формує її склад. До елементів правомірної поведінки відносимо: 1) суб'єкт; 2) об'єкт (матеріальні та духовні блага); 3) суб'єктивну сторону (позитивна мотивація поведінки); 4) об'єктивну сторону (діяння як дії або бездіяльність, що відповідають нормам права, та суспільно корисний результат) [74, с.18]. Як бачимо, правомірна поведінка, так само як і протиправна, має свою об'єктивну та суб'єктивну сторони. Аналізуючи суб'єктивну сторону правомірного діяння, варто підкреслити її інтелектуально-вольовий аспект, що присутній у ставленні суб'єкта до свого діяння та його наслідків. Звісно, на відміну від протиправної поведінки, для правомірної поведінки характерна не вина, а інша мотивація, певні ціннісні орієнтири особи, її правова культура, свідомість та, навіть, менталітет, що слугують для задоволення власних інтересів та

потреб. Наприклад, в укладенні договорів, угод, контрактів та вчиненні інших правочинів. Але з правила існують і винятки.

Також цікавим є погляд, висловлений Ф. Гайєком, який стверджує, що «правила належної поведінки є найчастіше заборонами неналежної поведінки» [22, с.143]. Фактично, за даною концепцією, правила належної поведінки говорять, за яких умов та чи інша дія лежатиме в межах діапазону дозволених дій; але вони полишають індивідам, що перебувають під владою цих правил, створення своїх власних захищених володінь. Інакше кажучи, правила не надають прав конкретним особам, але формулюють умови, за яких такі права можуть бути набуті. Таким чином, правила належної поведінки просто слугують запобіганню конфліктам і полегшенню взаємозв'язків шляхом виключення деяких джерел непевності та конфліктів [22, с.146].

Отже, на наш погляд, оскільки наслідки застосування правил належної поведінки завжди залежатимуть від фактичних обставин, які не визначаються цими правилами, ми не можемо виміряти справедливість, добросовісність, розумність застосування правила результатом, який воно дасть у конкретному випадку. Вони можуть створити впевненість лише тією мірою, що вони захищають засоби від втручання інших, а отже, дають можливість суб'єктам трактувати ці засоби як такі, що перебувають у їх розпорядженні. Вважаємо, даний тезис вже містить умову породження зловживання в процесі подібних взаємодій.

Важливим при оцінці правомірності тієї чи іншої поведінки також є соціально-психологічний аспект. Як указують М. Матузов та О. Малько, «соціально-психологічні дослідження діянь розкривають багатоваріантність поведінки особи в суспільстві, оскільки іноді, діючи в межах закону, можна завдати істотної шкоди, і навпаки, формальне порушення правових приписів не завдасть навіть мінімальних негативних наслідків для оточуючих. У зв'язку із цим у процесі правозастосування корисно звернутись до вольових свідомих елементів мотивації поведінки

суб'єкта» [170, с.74]. Убачається, що даний постулат є істотним у дослідженні правової природи категорії «зловживання правом», оскільки його сутність досить часто межує між формально законною та, по суті, протиправною поведінкою, тому, дійсно, мотивація відіграватиме істотне значення при здійсненні кваліфікації діяння як зловживання правом.

Варто зазначити, що підхід до розгляду характеристики категорії «правова поведінка» не повинен бути аксіоматичним, оскільки в даній правовій концепції багато винятків та є відмінності у поглядах на одні й ті самі правові явища, це і передбачає складність висновків у дослідженні місця категорії «зловживання правом» у даному правовому колі.

На думку В. Марчука і Л. Ніколаєвої, «не будь-яку, що не суперечить праву, більше того, корисну поведінку є підстави відносити до правомірної з тієї лише причини, що вона взагалі лежить поза площиною правового регулювання, або, інакше кажучи, з причини відсутності норми права, що слугувала б еталоном її юридичної кваліфікації, більше того, з причини відсутності необхідності в такій нормі. Це нейтральна щодо права поведінка. Водночас не кожна шкідлива або небажана поведінка, що заслуговує негативної оцінки або просто несхвалення, має розглядатись як протиправна. Отже, з правового погляду вона може характеризуватись як нейтральна. Скажімо, неучасть у виборах народних депутатів України в разі, якщо вона мала масовий характер, може зумовити визнання виборів такими, що не відбулися, а отже, проведення повторних виборів, що спричиняє до значних витрат з державного бюджету. Проте така поведінка (неучасть) не може вважатись протиправною, бо не виходить за межі дозволеного законом. Дана поведінка — правомірна, бо використати чи не використати своє право — справа самого суб'єкта (громадянина). Якщо ж він не взяв участі у виборах з не залежних від нього причин, то тим більше немає підстав робити йому закид у неправомірній поведінці» [103, с.6].

Вважаємо, з останньою тезою не можна погодитись. Якщо розглянути наведений вище теоретиками приклад у контексті розгляду

вчення про зловживання правом, наявною є присутність даного феномену в розглянутій ситуації, але за умови, якщо дійсно неучасть мала масовий характер, а не індивідуальний; варто врахувати умисел, мотив та мету такої неучасті суб'єктів виборчого процесу; до того ж не менш важливим фактором за умови масової неучасті є значні витрати з державного бюджету, що в даному контексті можна розглядати як збитки (завдану шкоду), що настали. Тому, вважаємо, такий приклад можна розглядати як зловживання правом суб'єктами виборчого процесу, за наявності вказаних нами умов.

Зазначеною вище групою авторів також визначається, що поведінка з позиції оцінки її ставлення до права (чи її зв'язків з правом) може бути класифікована у такий спосіб:

1. *Індиферентна до права поведінка*, яка лежить поза сферою дії права, що визначається іншими, неправомірними соціальними регуляторами; інакше кажучи, юридично байдужа поведінка [103, с.5]. Допускаємо, що в такий спосіб автор виокремлює поведінку, що радше врегульована соціальними нормами, звичаями, поняттями культури та етики в суспільстві, та не підпадає під дію права. Тобто визначає відносини дружби, взаємоповаги та інших духовних складових.

2. *Юридично значуща поведінка*, яка, у свою чергу, поділяється на:

а) правомірну, тобто поведінку, що дотримується вимог права (правових норм), не виходить за його межі;

б) неправомірну або протиправну, тобто таку, що порушує право, поведінку, що відступає тією чи іншою мірою від правових вимог (відхилення від закону), або в крайній мірі вираження — правопорушення як форма ігнорування закону [103, с.5].

Зазначена позиція авторів є цікавою, адже фактично стверджується, що для протиправної поведінки характерна така специфічна ознака, як **ступінь відхилення від закону.** Дане відхилення може бути як малозначним відступом від права, так і крайнім ступенем вираження

такого відступу — правопорушенням, що, у свою чергу, також, за ступенем соціальної шкідливості, розподілятиметься на проступок або злочин. При цьому зазначимо, що такий відступ не завжди може залежати від обсягу завданих збитків, воно також може залежати від ступеня нормативної урегульованості того чи іншого діяння. Адже не рідкісними є випадки, коли діяння може завдати значної шкоди, і при цьому в законі не буде передбачена відповідальність за нього, і дати юридичну оцінку ступеню його протиправності можливо лише з позиції загальних засад про сутність права та правових принципів законності, справедливості та верховенства права.

Отже, така поведінка межує і варіює між протиправною та правомірною, тому що може й не існувати правової норми формального закону, що регулює таку модель поведінки, відповідно немає і формального правопорушення. Оскільки, щоб розцінюватись як правопорушення, аномальна поведінка має бути порушенням права, тобто її заборона має прямо передбачатись законом. Але ж право є ширшим за своїм змістом, ніж формальний закон, і, не порушуючи формальний закон, можна порушити право. Звідси виникає певний дуалізм: при порушенні закону завжди порушується право; але не завжди при порушенні права порушується формальний закон.

Тут ми торкаємось проблеми розмежування права і закону, яка вперше була поставлена В. Нерсесянцем, Д. Керімовим та іншими відомими теоретиками. Усі вони дійшли висновку, що право і закон не збігаються та не є поняттями тотожними. З цього приводу Р. З. Лівшиць зазначає: «Невід'ємна частина права, його джерело і мета — суспільні відносини. Саме суспільні відносини є середовищем для зародження норм, оскільки до суспільних відносин звернені правові норми, що приймаються законом. Якщо норма залишилась на папері та не реалізувалась у суспільних відносинах, вона не виконала функції права як соціального регулятора. Норма, реалізована в суспільних відносинах, що виконує

функцію соціального регулятора, може бути визнана правовою за відповідності її правовій ідеї» [91, с.30].

Спробуємо розглянути дану тезу в дещо іншому аспекті, з метою з'ясування природи зловживання правом у контексті даного вчення відповімо на питання, чи має вплив нетотожність формального закону та сутності права на виникнення, розвиток та функціонування категорії «зловживання правом». Чи завжди суспільні відносини можуть виступати джерелом формування норми? Чи можливо, навпаки, коли правова норма формуватиме суспільні відносини? Вважаємо можливим, оскільки, як уже зазначалось, однією із сутностей феномену зловживання права є використання наданого законом права всупереч його основному призначенню, що, у свою чергу, викривляє правову дійсність та відповідно модель тієї правової поведінки, що закріплена правовою нормою.

Прикладом може слугувати зловживання на подання клопотань у юридичному процесі. За особою у формальному законі закріплено право на подачу клопотання до суду для захисту та обстоювання власних інтересів. Закріплена у законі модель поведінки передбачає, що особа захищатиме власні права. Але вчиняючи недобросовісно і застосовуючи дане право не з метою захисту своїх прав, а з метою заподіяння шкоди другій стороні судового процесу або з іншими цілями, такий недобросовісний користувач викривляє правову дійсність і модель поведінки, що передбачена формальним законом, змінюючи при цьому основне призначення наданого йому законом права. У цьому і вбачається феномен зловживання особою наданими правами. До того ж у даному випадку первинним джерелом виступали не суспільні відносини, а норма формального закону. Отже, вважаємо, що найближче до сутності природи права підходять ідеї справедливості, добросовісності, розумності, що увійшли до формального права як його відомі принципи. Але, на жаль, дану тезу навряд чи можна довести логічними та формальними конструкціями, оскільки вона має переважно концептуальний характер.

У своїй праці В. Марчук прямо не виокремлює такий вид юридичної поведінки, як зловживання правом, але наближає нас до розгляду даної категорії як до виду протиправної поведінки за своїм змістом та формою. Як поведінки «проти права», але інколи — у межах закону. Феномен зловживання правом є складним явищем, і якщо розглядати його суто в межах формального закону, то його існування ставитиметься під сумнів, але якщо поглянути на нього в межах загальної сутності, природи права, його соціальної цінності, то можна переконатись, що його існування і, на жаль, ефективність, є беззаперечним. Натомість автор наводить доволі цікаву тезу щодо відхилення поведінки від її встановленої законом моделі. Вважаємо, дана концепція заслуговує уваги в дослідженні зловживання правом, оскільки не позбавлена сенсу.

На підтвердження цього можемо навести погляди вченого Т. Герасимова з приводу розгляду девіантної поведінки суб'єктів, саме як відхилення від норми: «сам термін «девіантність» утворений від пізньолатинської «deviatio», що, у свою чергу, означає відхилення від норми, відхилення від основного шляху руху, від правильної лінії. Дане поняття використовується також у соціології, де під девіантною розуміють таку поведінку, що порушує загальноприйняті в суспільстві норми і правила. Звичайно, до девіантної поведінки належать правопорушення, злочинність тощо» [26, с.363]. Р. Мертон причини девіантної поведінки вбачав насамперед у розриві між культурними цілями суспільства та соціально схвалюваними засобами їх досягнення [105, с.89-105]. До речі, свого часу існувало безліч подібних соціологічних концепцій. Зокрема, у контексті здійснення загальнотеоретичного дослідження варто згадати такі концепції щодо відхилень людської поведінки від усталених норм, як-то: теорії аномії Е. Дюркгейма та соціальної дезорганізації; концепція стигматизації Е. Лемберта; теорія біологічного пояснення від Ч. Ломброзо та природи агресії К. Лоренца та Е. Фромма та ін. Усі вони містять істотні

теоретичні фрагменти, що спонукають до глибокого осмислення щодо сутності досліджуваної нами категорії.

Для глибшого дослідження сутності зловживання правом розглянемо також погляди інших учених-теоретиків щодо природи правової поведінки та місця зловживання правом у даному правовому колі. На думку С. Кожевнікова, правовою поведінкою є соціально значуща, усвідомлена поведінка суб'єктів, передбачена правом, і така, що веде до настання певних юридичних наслідків. Даним автором виокремлено такі види правової поведінки:

— правомірна поведінка — така поведінка, що відповідає правовим приписам;

— правопорушення — соціально шкідлива поведінка, що порушує вимоги норм права;

— зловживання правом, що може виступати в таких різновидах:

а) соціально шкідлива поведінка, але така, що здійснюється в межах правових норм;

б) соціально шкідлива поведінка, що грубо порушує закон та зумовлює настання кримінальної відповідальності;

— об'єктивно-протиправне діяння — невинна суспільно шкідлива дія або бездіяльність, що порушує правові приписи та зумовлює настання передбачених правом наслідків (наприклад, випадкове заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки) [74, с.16].

Цього ж погляду дотримуються теоретики права Р. Мухаєв [113, с.402] та А. Шабуров [192, с.418].

Виокремлення зловживання правом як окремий вид правової поведінки вже є істотним надбанням, оскільки не всіма теоретиками існування такого роду поведінки визнано взагалі. До того ж підкреслено його межовий, двоїстий характер. Визначення такого виду зловживання правом, що здійснюється в межах права, вважаємо дещо не коректним, хоча ідейно правильним. Подобного роду дії здійснені не стільки в межах

права, скільки в межах закону, і лише з тієї причини, що в законі відсутній механізм регулювання подібної моделі соціально шкідливої поведінки. У даному випадку на думку спадає принцип «дозволено все, що не заборонене законом», оскільки саме за цим механізмом, як правило, відбувається зловживання правом. Дійсно, законом передбачити все не можливо, але проблема зловживання правом у наш час набуває істотної ваги і, вважаємо, заслуговує на достатнього рівня законодавчу заборону та регламентацію, а не вибіркове галузеве регулювання, що спостерігається в сучасному законодавстві. Також, вважаємо, варто не погодитись із думкою щодо другого виду зловживання правом як поведінки, що грубо порушує закон та зумовлює настання *лише* кримінальної відповідальності з двох основних причин:

1. Якщо така соціально шкідлива поведінка грубо порушує закон, варто було б віднести її до категорії правопорушення як до прояву його специфічної форми або виду.

2. Якщо такого роду соціально шкідлива поведінка зумовлює настання лише кримінальної відповідальності, вона за своєю суттю вже є злочином та регулюється виключно кримінальним законом.

Це ще раз підтверджує, що в такому ракурсі воно визнаватиметься специфічним видом правопорушення. У контексті загальнотеоретичного дослідження варто зазначити, що сучасна система законодавства намагається закріпити заборону зловживання правом на всіх галузевих рівнях матеріального і процесуального, приватного та публічного права. Тому і юридична відповідальність (кримінальна, адміністративна, дисциплінарна, цивільно-правова та ін.) наставатиме залежно від відповідної галузі права. Юридична зацікавленість до різноманітних форм правової поведінки являє собою необхідну передумову до пізнання мотиваційної специфіки суб’єктів права, що має істотне значення в усвідомленні дії права як цілісного, комплексного соціального інституту.

Як зазначає В. Марчук, «правомірна поведінка — це завжди свідома поведінка, себто поведінка, образ якої та оцінка як діяння, що узгоджується з правовими приписами, проходить через свідомість людини» [103, с.5]. Це важливо підкреслити, оскільки, як відомо, право виконує свою регулятивну функцію, впливаючи насамперед на свідомість людини. Правомірною або неправомірною може бути лише поведінка, якій можна дати юридичну оцінку, оцінити її з позиції відповідності нормам права. Відповідно, антиподом правомірної поведінки є протиправна поведінка. Формою такої поведінки є правопорушення.

Розглянемо сутність даної категорії для усвідомлення місця категорії «зловживання правом» у структурі правової поведінки і спробуємо відповісти на питання, як, по суті, протиправна поведінка, чим і є зловживання правом, у деяких випадках із погляду формального закону, може і не бути правопорушенням. Як указує П. Рабінович, «правопорушення — це протиправне винне діяння деліктоздатного суб'єкта, яке є особистісно або суспільно шкідливим чи небезпечним. Соціальна сутність правопорушення — заподіяння шкоди тим особистим, груповим чи загальносуспільним інтересам, які юридично захищені державою» [146, с.64]. У даному визначенні вбачаємо і відповідь на поставлене нами запитання, що коло інтересів як предмет посягання обмежується юридичним захистом з боку держави, тобто формальним законом.

Розглянемо й інші точки зору. Як указує професор М. Цвік, «правопорушення — це протиправне, винне, соціально шкідливе діяння (дія чи бездіяльність) деліктоздатної особи, яке зумовлює юридично визначені негативні наслідки для правопорушника. Причому, з погляду юридичних наслідків, правопорушення як юридичний факт породжує охоронні правовідносини, у межах яких реалізуються заходи відповідальності за скоєне правопорушення. Таким чином, для суб'єкта

правопорушення юридичні наслідки завжди будуть негативними» [49, с.353].

На думку О. Мурашина і М. Кельмана, «правопорушення — соціальний і юридичний антипод правомірної поведінки; їх соціальні й юридичні ознаки протилежні. Правопорушення є різновидом антисоціальної поведінки. У соціальному розумінні це поведінка, яка суперечить інтересам суспільства. Вона спроможна завдати шкоду правам і законним інтересам громадян, їх колективам і суспільству в цілому, вона ускладнює і дезорганізовує розвиток суспільних відносин. Зрозуміло, що окремі правопорушення не є небезпечними для суспільства в цілому. Проте взяті в сукупності вони становлять суттєву небезпеку для нього, порушують режим законності, встановлений правопорядок.

Отже, правопорушення — це суспільно небезпечне, винне діяння деліктоздатного суб'єкта, яке суперечить вимогам правових норм» [70, с.306]. Убачаємо певний дисбаланс у визначенні поняття «правопорушення», оскільки спочатку авторами розкривається широка сутність протиправної природи правопорушення, до якої ми можемо віднести і «зловживання правом», а у дефініції характер визначення звужено до суперечності вимогам формального закону, і велика кількість діянь, що могли кваліфікуватись як правопорушення за широким визначенням, неможливо кваліфікувати за звуженою дефініцією, це також стосується і категорії «зловживання правом». Таким чином, відсутня рівновага між соціально-правовою сутністю правопорушення та його формально юридичною природою.

Розглядаючи сутність правопорушення, С. Кожевніков визначає його як винне протиправне діяння деліктоздатної особи або групи осіб, що завдають шкоди суспільству та зумовлюють настання юридичної відповідальності [74, с.72]. Отже, правопорушення — це завжди діяння, і не що інше. Не можуть бути правопорушенням думки, погляди, політичні

або релігійні переконання, наміри людини, якщо вони не втілені у діяння та не перетворені на вчинок, що формує поведінку суб'єкта.

Правопорушення — це завжди діяння суспільно небезпечне, оскільки завдає шкоди або створює небезпеку її завдання для особи, держави, суспільства. Отже, якщо дії особи не мають суспільної шкоди, то воно не може бути віднесено до правопорушень. Тут варто наголосити, що суспільна небезпека (шкідливість) — це «спеціально-юридична оцінка (кваліфікація) протиправної поведінки суб'єкта права, а не просто емпірична характеристика тієї чи іншої фактичної поведінки» [117, с.245]. Таким чином, наявність, характер і ступінь суспільної небезпечності також визначається формальним правом.

Протиправність як ознака правопорушення становить найбільшу цінність у контексті дослідження сутності категорії «зловживання правом», оскільки вона слугує формою закріплення шкідливості діяння, визначає офіційне визнання певних вчинків, діянь з боку держави як небезпечних, а тому заборонених. На думку С. Кожевнікова, протиправність залежно від змісту негативної поведінки і виду порушеної норми може проявлятись у таких формах:

— порушення правової заборони;

— невиконання або неналежне виконання суб'єктом покладених на нього обов'язків;

— зловживання особою своїми суб'єктивними правами;

— перевищення посадовою особою своїх службових повноважень [74, с.41].

Отже, як бачимо, зловживанню правом притаманна протиправність як ознака правопорушення. Більше того, зловживання правом визнається автором формою протиправної поведінки, що, вважаємо, є прогресивним. Але ознака протиправності характеризує правопорушення із формально-юридичного боку. Дана властивість протиправності забезпечує єдність вимог юридичних норм до загального кола суб'єктів.

Правопорушенням визнається лише винна поведінка суб'єкта права. Тому правопорушення являє собою певний психофізіологічний сублімат думок і вчинку, намірів та реалізованого результату. Тобто винність передбачає свободу волевиявлення правопорушника, можливість вибору одного із декількох варіантів поведінки. Залежно від інтелектуально-вольових моментів вина поділяється на такі форми, як умисел і необережність та відповідні їх підвиди. Даний аспект був нами розглянутий у попередньому підрозділі дисертації, тому вважаємо недоцільним спинятись на його поглибленому вивченні повторно. Загалом, можемо погодитись із думкою С. Кожевнікова, що значущість вини як конструктивна ознака правопорушення зумовлена двома суттєвими обставинами: вона є необхідною як одна із найважливіших передумов індивідуалізації юридичної відповідальності; вона слугує обов'язковою умовою досягнення правових цілей у правозастосуванні, оскільки є перепоною недиференційованому правовому переслідуванню суб'єктів, що вчинили шкідливі діяння [74, с.44]. До ознак правопорушення також належить наявність шкоди, завданої протиправними діями суб'єкта іншим особам, а також наявність причинно-наслідкового зв'язку між протиправним діянням і заподіяною шкодою. При цьому завдана шкода не обов'язково має бути матеріального характеру, шкодою також визнаються і поставлені під загрозу соціальні цінності. Останньою істотною ознакою правопорушення, на думку С. Кожевнікова, є властивість породжувати настання юридичної відповідальності. Юридична відповідальність — важливий елемент правового регулювання суспільних відносин, суть якого полягає у цілеспрямованому впливі на поведінку особи за допомогою юридичних засобів, з метою упорядкування, стабілізування суспільних відносин.

Як визначає з цього приводу ряд авторів, зокрема Н. Оніщенко, Т. Тарахонич, Н. Пархоменко, «у сучасній державі саме буття юридичної відповідальності можливе лише в рамках законів, які визначають склад

правопорушення та санкції за їх скоєння, а також порядок (процедуру) дослідження обставин правопорушення, прийняття обґрунтованого рішення про правопорушення та (якщо воно дійсно було вчинене) застосування санкції, порядок виконання прийнятого рішення» [65, с.31].

Але для кваліфікації діяння як правопорушення всі його ознаки мають діяти в сукупності. С. Кожевніков, однак, наділив зловживання правом лише формою однієї такої ознаки, як протиправність. Щодо решти ознак правопорушення, в яких би мав прояв феномен зловживання правом як наявність вини, її форми; наявність шкоди та здатність породжувати настання юридичної відповідальності; і їх властивості зловживання правом автор чомусь замовчує. Останні перелічені ознаки, вважаємо, притаманні категорії «зловживання правом», але можуть проявлятись лише в одному єдиному випадку, коли зловживання правом напряму закріплено у законодавстві як недозволена поведінка (ст. 13 ЦК України), визнано законом діянням протиправним, суспільно небезпечним, шкідливим, винним, що зумовлює настання відповідної юридичної відповідальності (статті 167, 190, 423, 435, 362 Кримінального кодексу України та ін.). У даному випадку зловживання правом визнаватиметься правопорушенням, з погляду формального закону, воно обмежене, чітко регламентоване законом. В інших випадках, не передбачених законом та не встановлених судом, зловживання правом правопорушенням не визнаватиметься, незважаючи на свій, по суті, протиправний характер.

Фактично можна припустити, що зловживання правом припиняє існування як «зловживання правом», коли діяння можливо кваліфікувати як правопорушення. Але не варто відносити явище зловживання правом до явища «межового» у праві, воно радше є явищем, здатним до трансформаційних процесів. Оскільки, на нашу думку, не важливо, чи є дане діяння протиправним з погляду формального закону чи ні, дане діяння варто визнавати як зловживання правом, як явище самостійне, що має власну «нішу» у праві та може бути як явищем правомірним (всього-

на-всього не передбаченим формальним законом як протиправне) або протиправним. У будь-якому разі, без огляду на положення формального закону, явище зловживання правом завжди буде явищем «проти права», права як суспільної цінності, а не державної інституції або регулятора; права на рівні інтуїтивного сприйняття суб'єктами всього соціуму, права природного та невід'ємного, що є ширшим за норми формального закону.

Юридична практика щодня породжує нові види і форми зловживання правом. Не всі види зловживання правом передбачені законом, але дане правило не змінює природи зловживання правом та не робить його суспільно допустимим діянням. Зловживання правом — це «троянський кінь» сучасної правової системи, який під каркасом формально правомірної поведінки приховує явище протиправне за своєю правовою сутністю. Тому удосконалення правотворчості є одним із важливіших аспектів на шляху до подолання феномену «зловживання правом».

Ми докладно розглянули позицію С. Кожевнікова щодо природи правопорушення та інтегрували отримані знання в дослідження категорії «зловживання правом, але існують також й інші, доволі цікаві для нашого дослідження точки зору та погляди на природу правової поведінки. Вбачається важливим дослідити, яке місце відведено феномену «зловживання правом» у даних концепціях. При цьому необхідним видається дослідження такого аспекту, в якому правова поведінка, і досліджене нами явище має вплив на правопорядок у суспільстві. Розглянемо точку зору О. Мураметс і Т. Шамба, які визначають, що результатом дії права та умов його реалізації є панування правопорядку в суспільстві, а дотримання і виконання правових норм, їх застосування у чіткій відповідності із законом є свого роду ознакою стану правопорядку в суспільстві [112, с.18; 43].

Таким чином, ураховуючи дану точку зору, можна дійти висновку, що в суспільстві, в якому дія права, його реалізація здійснюється із

відповідними перешкодами, не за його соціальним призначенням, а правові норми не виконуються або виконуються не відповідно з їх регуляторною функцією та змістом, правопорядок є ослабленим. Правова поведінка суб'єктів тісно пов'язується із правопорядком, що є результатом узгодження особою власної поведінки із веліннями закону.

Для існування належного правопорядку, як влучно зазначає Г. Котляревський, необхідно, щоб суб'єкти права не тільки мали права та обов'язки, а й діяли відповідно до них, узгоджували свою поведінку із ними [80, с.22]. Тобто правомірна поведінка є необхідною складовою для існування та підтримання правопорядку в суспільстві, який за своєю суттю є антиподом сваволі, відповідно, діяння подібні до зловживання правом є деструктивними щодо правопорядку. Поведінка, яка за своєю правовою природою є зловживанням правом, як правило, вчинюється у межах формального закону. Кваліфікувати подібного роду поведінку як протиправну або навіть застосувати до неї вид юридичної відповідальності подекуди складно. Зважаючи на це, доцільним вважаємо, окрім позитивно-правової вимоги дотримання положень формального закону, застосовувати природно-правові критерії юридичної оцінки поведінки, діяння суб'єктів права, зокрема, такі як: розумність, добросовісність, справедливість, соціальне призначення права та інші ціннісно-правові орієнтири.

Важливо зазначити також, що істотне значення для формування та підтримання правопорядку в суспільстві має правоповага — необхідна складова правової основи громадянського суспільства. Свого часу аналізом даного питання займалися М. Матузов, В. Оксамитний. Як зазначає теоретик І. Воронова, «правоповага — це духовно-психологічна властивість особистості, яка полягає в позитивно-ціннісному, конструктивно-критичному ставленні до права, правових явищ, що відбивають, закріплюють і забезпечують основні життєві інтереси і потреби особистості, передусім її основні права і свободи, яка формується

в умовах громадянського суспільства та проявляється в масовій правомірній поведінці» [17, с.8].

Автор наголошує, що правоповага має у своїй основі елемент правосвідомості, почуття шанобливого ставлення до права, яке виникає на основі раціонального осмислення індивідуальної й загальнолюдської цінності права, правових явищ. Правоповага виникає на основі позитивної правосвідомості та високо розвинутої правової культури. Тобто суб'єкти суспільства поводяться правомірно не через страх відповідальності, а в силу високого рівня правосвідомості, правової культури. Правоповага дає змогу індивідові діяти при реалізації своїх життєвих прагнень відповідно до ідей, принципів та вимог права. Тобто фактично практичне призначення правоповаги полягає у безпосередньому втіленні в суспільній правомірній поведінці. Мотивація розглядається як внутрішня детермінація поведінки і діяльності, динамічний процес формування мотиву — підстава вчинку.

І. Воронова визначає зловживання правом як явище, що є несумісним із правоповагою та правовою культурою [17, с.13]. Також авторка наголошує, що фактор формування масової правоповаги протистоятиме поширенню явища зловживання правом. Право за своєю сутністю не може стимулювати погані вчинки людей, виправдовувати зазіхання будь-кого на основи свободи, справедливості, гуманізму, миритися з будь-якою формою обмеження прав людини. Юридична практика свідчить про те, що зловживання правом є використання правових норм усупереч їх призначенню. Отже, виявлення природи зловживання правом слід шукати не в схемі «правомірність — протиправність», а у сфері соціально-ціннісного призначення права і правових законів, у можливості використання їхнього потенціалу на шкоду індивідуальним і суспільним інтересам.

Також І. Воронова визначає, що механізм зловживання правом складається з двох взаємозалежних моментів. Перший стосується

зловживання владою, тобто тими повноваженнями, якими відповідно до закону наділені посадові особи, другий — зловживання громадян своїми суб'єктивними правами і свободами [17, с.12]. Розгляд даної точки зору вбачається актуальним, оскільки взаємодоповнює погляди інших теоретиків щодо рівноваги правопорядку в суспільстві та деструктивного впливу зловживання правом.

Зазначеною позицією І. Воронової дисертантка закінчує ілюстрацію тих різноманітних наукових підходів, розгляд яких зумовлений завданнями даного підрозділу дисертаційного дослідження. Цілком зрозуміло, що перелік згаданих у цьому підрозділі наукової роботи авторів та їх теоретичних поглядів зовсім не є вичерпним, але він відповідає відомому принципу розумної достатності. Отже, він є достатнім для того, щоб зробити необхідні теоретичні висновки та узагальнення.

Наведені вище погляди різних авторів, як класичні, так і нові, засвідчують, що зловживання правом як складовий елемент правової поведінки є змістовно складним, багатогранним, динамічним і дещо мінливим явищем. У співвідношенні з правовою поведінкою зловживання правом є не необхідною, але, за його наявності, завжди можливою складовою даної поведінки. При цьому слід зауважити, що в міру розвитку суспільства поведінка соціальних колективів та окремих індивідів ускладнюється. Відповідно, ускладнюються форми і види зловживання правом у межах такої поведінки. Усе це зумовлює проілюстровану різність наукових поглядів і віднесення зловживання правом одними дослідниками до протиправної поведінки, а іншими — до формально правомірної правової поведінки.

Ситуація ускладнюється тим, що зловживання правом зумовлюється традиційним протиріччям між формою та змістом, у даному випадку — між формою та змістом правової поведінки, в якому зловживання формою поведінки невід'ємно впливає на її зміст. У остаточному вимірі саме зміст і характер поведінки особи визначає її оцінку як правомірної або

протиправної. Якщо поведінка конкретного суб'єкта права за своїм змістом досягла негативної мети і заподіяла шкоду правам та інтересам інших осіб, така поведінка, незалежно від формального критерію, не може вважатись правомірною. Отже, поняття правомірності ширше поняття формальної законності. В історії людства є багато прикладів, коли параграфом формального закону здійснювались протиправні дії. Необхідно враховувати, що реальне життя набагато складніше і не завжди відповідає нормативним критеріям. До того ж будь-який закон стає відносно застарілим вже в момент його прийняття, оскільки життя йде попереду.

На нашу думку, відповідно до класичних наукових поглядів зловживання правом слід все ж таки віднести до такого різновиду правової поведінки, як протиправна поведінка. Дана точка зору видається більш ґрунтовною і підкріплена думкою відомих наукових авторитетів. З іншого боку, віднесення зловживання правом низкою дослідників до такого різновиду правової поведінки, як формально правомірна поведінка має свою логіку і певне обґрунтування, але дана точка зору ще не набула необхідного наукового розвитку, є спірною, хоча і претендує на сучасність. До того ж віднесення зловживання правом до формально правомірної поведінки теоретично виправдовує саму можливість зловживання правом. Віднесення зловживання правом до формально правомірної поведінки не відповідає, на думку автора, і етимології поняття «зловживання правом», яке за своїм змістом суперечить поняттю «правомірність». Можливість використання в одній теоретичній конструкції одночасно двох понять, які явно суперечать одне одному, є доволі спірною з наукового погляду взагалі та формальної логіки зокрема.

Однак наявність у дослідженні поставленої у цьому підрозділі проблеми різних і навіть суперечливих поглядів лише збагачує теоретичну науку і в будь-якому разі відкриває нові шляхи для проведення наукових досліджень. Подальший розвиток теорії права надасть можливість

поставити в цій дискусії крапку. На цьому, на нашу думку, можна завершити виклад даного підрозділу дисертаційного дослідження і перейти до відповідних наукових висновків.

Наведений аналіз зловживання правом як різновиду правової поведінки має своїм логічним продовженням аналіз проблеми колізії зловживання правом та правової поведінки. Саме така проблема буде предметом розгляду в наступному підрозділі дисертації. При цьому окрема увага має приділятись феномену використання форми закону всупереч його змісту. Слід, однак, підкреслити, що це, у свою чергу, є лише своєрідним проявом давнього філософського протиріччя між формою та змістом у соціумі та живій природі.

2.3. Зловживання правом і феномен використання форми закону всупереч його духу та змісту

Продовжуючи дослідження категорії «зловживання правом» у контексті вчення про правову поведінку, враховуючи попередні висновки, вважаємо необхідним наголосити на сутності зловживання правом шляхом використання форми закону всупереч його духу, змісту, основному призначенню. Для виявлення й оцінки діянь, котрі мають ознаки зловживання правом, використовуються як природно-правові, так і позитивістсько-правові критерії. Розглянемо щодо цього погляди теоретиків права.

Так, О. Рогач у своїй дисертаційній роботі визначає зловживання правом як одну з форм правового нігілізму. Досліджуючи взаємовідносини держави та особи, автор наголошує, що слабка правова захищеність особистості, нездатність держави та її органів забезпечити порядок, стабільність і спокій у суспільстві, відгородити людей від злочинних зазіхань та всевладного свавілля чиновників, не може не породити негативного ставлення, зневаги до права, об’єктивно викликає відторгнення соціуму, роздратування, невдоволення, протест. Індивід

перестає поважати, цінувати право, бачити в ньому реальний інструмент регулювання та захисту своїх прав та інтересів, тобто втрачається цінність права як соціального регулятора. Небезпечність поширеності випадків зловживання правом полягає ще й у тому, що в соціумі панує стійкий стереотип переконання про корисність зловживання правом. У зв'язку з цим дії індивіда виступають як зворотна, морально виправдана, на його думку, реакція на нігілізм держави, у рамках якої індивід виправдовує себе можливістю подібної захисної реакції. Тобто спрацьовує принцип, «що дозволено іншим — не заборонено, а отже, дозволено і мені», який за своєю сутністю є нігілістичним ставленням до права. Наслідком цього виступає поява і наростання тенденцій морального та правового нігілізму в дедалі більшої кількості зовні законослухняних громадян [149, с.21]. О. Рогач наголошує, що сутність зловживання правом як форми правового нігілізму зводиться до того, що право з цілі перетворюється на засіб досягнення цілей, далеких від істинного призначення права.

Як зазначає доволі авторитетний дослідник права в даній галузі Т. Полянський, «зловживання правом — це така протиправна поведінка, у процесі та в результаті якої суб'єкт права, маючи на меті заподіяти шкоду іншим суб'єктам або свідомо припускаючи її настання, формально здійснює певне суб'єктивне юридичне право, зміст якого має відносно визначений характер і тому може бути витлумачений неоднозначно…» [141, с.11]. Теоретик вказує, що основна особливість механізму зловживання правом проявляється у такому тлумаченні та здійсненні юридичних норм (переважно дозвільних), коли водночас істотно порушуються також певні заборонні норми права, оскільки завдаватиметься непропорційна шкода правовим відносинам, їхнім суб'єктам (чи створюватиметься реальна загроза її заподіяння).

Висновок такий: для адекватної оцінки певної поведінки як зловживання правом, для запобігання їй, для її припинення і заборони наявності формалізованих (об'єктивованих) норм позитивного права є ще

не достатньою. Відтак, необхідно виявляти реальну спрямованість і соціальну значущість розглянутої поведінки, тобто її вплив на інтереси інших суб'єктів. В існуючих нормативно-юридичних формулюваннях вимоги неприпустимості зловживання правом поєднуються природно-правовий і позитивістсько-правовий типи праворозуміння. Дотримуючись їх, у законодавстві конструюються різноманітні юридичні способи запобігання йому, виявлення, заборони та встановлення відповідальності за його вчинення, а також механізму реалізації даної відповідальності.

З іншого боку, як зазначав ще П. Виноградов, «кожна правова норма може сприйматися як один з бастіонів чи кордонів, споруджених суспільством для того, щоб його члени не конфліктували один з одним у своїх діях» [22, с.140].

Детальніше розглянемо феномен використання форми закону всупереч його духу та змісту. Для цього, на нашу думку, слід осягнути мінливу природу таких категорій, як «право» і «законодавство», їх взаємозв'язок та взаємозалежність. Це, у свою чергу, дає змогу з'ясувати сутність форми закону, його духу та змісту. Ф. Гайєк виводить досить цікавий для нашого дослідження постулат: «правила належної поведінки є найчастіше заборонами неналежної поведінки» [22, с.143]. Що саме необхідно для того, щоб визнане правило належної поведінки отримало назву права? Не стверджується, що всі правила належної поведінки, які фактично виконуються в суспільстві, є правом, ані що все те, що звичайно називається правом, складається з правил належної поведінки. Фактично дані правила належної поведінки говорять, за яких умов та чи інша дія лежатиме в межах діапазону дозволених дій; але вони полишають індивідам, які перебувають під владою цих правил, створення своїх власних захищених меж. Інакше кажучи, правила не надають прав конкретним особам, але створюють умови, за яких такі права можуть бути набуті. Як визначає теоретик, «оскільки наслідки застосування правил належної поведінки завжди залежатимуть від фактичних обставин, які не

визначаються цими правилами, ми не можемо виміряти справедливість застосування правила результатом, який воно дасть у конкретному випадку» [22, с.146].

Таким чином, правила належної поведінки просто слугують запобіганню конфліктів і полегшенню співпраці шляхом виключення деяких джерел невизначеності. Як влучно вказував Ганс Кельзен, «юридичний авторитет наказує дотримуватися певної поведінки лише тому, що він — законно чи протиправно — визначає цю поведінку як цінну для правової спільноти людей. Таке ставлення до правової спільноти, урешті-решт, є вирішальним і для правового регулювання людської поведінки, що стосується окремої особи» [21, с.45].

Законодавство як свідоме творення права справедливо визначалося серед усіх людських винаходів як таке, що здатне викликати найнебезпечніші наслідки, більш далекосяжні в своїх результатах, аніж навіть вогонь чи порох [22, с.59]. На відміну від самого права, яке в цьому сенсі ніколи не було «винайденим», винайдення законодавства відбулось порівняно пізно в історії людства. Саме ж право як зв’язані правила поведінки є ровесником суспільства; тільки дотримання спільних правил унеможливлювало мирне існування індивідів у суспільстві. А тому можна стверджувати, що право є старшим від законодавства. Право існувало віками до того, як людина здогадалася, що вона може творити або змінювати його. Як визначає Ф. Гайєк, «вся концепція правового позитивізму, який виводить все право з волі законодавця, є наслідком інтенціоналістської помилки, характерної для конструктивізму, рецидивом тих теорій конструювання людських інтуїцій, які перебувають у непримиренному конфлікті з усім, що ми знаємо про еволюцію права і більшості інших людських інституцій» [22, с.60].

Те, що ми знаємо про долюдські й примітивні людські спільності, пропонує інше походження і визначення права, аніж прийняте теоріями, котрі простежують його до волі законодавця. А отже, тим самим, і

підтверджує розгалужену природу права і закону. Вважаємо, що культ формального закону, хоча і має свою логіку та зрозумілі підстави виникнення, є все ж таки теоретично застарілим і змістовно бідним, оскільки не відображає складної структури правовідносин у сучасному суспільстві. Крім того, будь-який догматизм звужує наукову базу дослідження й обмежує коло методологічних підходів.

На початку 70-х років минулого сторіччя розпочалася гостра критика законодавства як такого. Тим самим був завданий удар безумовній апологетиці закону, виокремлено невідповідність між високими ідеалами і змістом конкретних законів. Право і закон не збіжні [22, с.62]. Ця проблема співвідношення права (jus) та закону (lex) є споконвічною. Першими авторами даної концепції були М. Строгович, В. Савицький, В. Нерсесянц, Д. Керімов, Г. Мальцев. Дані теоретики не підтримували єдиного визначення права, але всі вони сходились на розмежуванні права і закону. Були відкриті фундаментальні основи, риси права як *теоретичної* категорії. «Невід'ємна частина права, його джерело і мета — суспільні відносини. Саме суспільні відносини є підґрунтям для створення норм, на суспільні відносини спрямовані норми, що створюються» [91, с.30].

Специфіка права як соціального явища полягає в тому, що воно зобов'язане навести порядок у суспільних відносинах і закріпити цей порядок. Інакше кажучи, у нормативності, обов'язковості правових положень, можливості їх примусового втілення в життя. Адже поведінка відповідає нормі, якщо вона є такою, якою повинна бути згідно із нормою; вона суперечить нормі, якщо не є такою, якою повинна бути згідно із нормою, адже в цьому випадку вона буде протилежністю такій поведінці, що відповідає нормі [21, с.27]. Оскільки регульована нормативним порядком поведінка є або дією, яку такий порядок визначає, або недопущенням такої дії.

Варто також наголосити, що «серед ряду цінностей, що є основою права, особливе місце посідає цінність «формальної» рівності. Вважається,

що воля як один із структурних компонентів психіки людини визначає свободу саме здійснення права, а право при цьому є соціальним знаком відмежування дозволеного від недозволеного. Оскільки право є обґрунтуванням і виправданням певної поведінки людини, то в цьому значенні воно є нормативно-ціннісним регулятором. Оскільки право виступає регулятором поведінки людей, то воно визначально претендує на статус контролера за дотриманням «формальної» рівності» [135, с.25].

Відмінність права від *формального* закону має, на нашу думку, і деякі практичні аспекти. Право, як відомо, — категорія об'єктивна. Закон, особливо в процесі його розробки, підготовки та прийняття, зазнає впливу цілої низки суб'єктивних чинників. До них, зокрема, можна віднести такі: рівень підготовки та юридичної кваліфікації авторів-розробників законопроекту; складність і суперечливість існуючого механізму узгодження законопроекту між відповідними міністерствами та відомствами; адекватність використання права на законодавчу ініціативу; наявність і вплив лобістських інтересів зацікавлених персон або груп у процесі прийняття законопроекту; відповідність лобістських інтересів зацікавлених персон або груп реальним інтересам суспільства та ін. Подібні суб'єктивні фактори безпосередньо впливають на якість законопроекту, а отже, і закону, який набрав чинності.

Зовнішнім проявом якості законопроекту та його відповідності об'єктивним потребам суспільства є, у свою чергу, кількість змін, що були внесені до відповідного закону протягом певного часу. Так, до Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР з моменту його прийняття по даний час (протягом 16 років) було внесено 28 поправок. До Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. № 1775-III з моменту його прийняття по цей час (протягом 12 років) було внесено відповідно близько 60 поправок. Подібні приклади не поодинокі й не все можна «списати» на об'єктивні зміни в економіці або проведення

реформ. Вважаємо, що якісні закони більше відповідають реальним потребам суспільства, а тому вони і більше наближені до об'єктивного права. Навпаки, неякісні закони менше відповідають реальним потребам суспільства, а тому вони віддалені від об'єктивного права.

Саме якість конкретного закону, ступінь його відповідності реальним потребам суспільства може бути тим критерієм, який визначає зближення права та закону. Зрозуміло, що будь-яка оцінка якості конкретного закону та його співвідношення з об'єктивним правом повинна здійснюватись у відповідному конкретно-історичному вимірі. При цьому слід ураховувати відомий постулат, що будь-який формальний закон є дещо застарілим уже в момент його прийняття, оскільки реальне життя, конкретні суспільні відносини завжди є явищами динамічними і зазнають постійних змін.

З урахуванням наведених вище суб'єктивних чинників використання права на законодавчу ініціативу, блокування узгодження або прийняття законопроекту, внесення поправок у законопроект в особистих або групових цілях з боку окремих народних депутатів України, інших компетентних правових суб'єктів також можуть бути кваліфіковані як окремі форми зловживання правом.

Самостійну проблему становить реальне виконання того чи іншого закону. Поза стінами парламенту або міністерських кабінетів цілком можливий «тихий саботаж» виконання окремого закону на рівні відповідних посадовців, окремих службових та інших зацікавлених груп або окремих осіб. Причини подібного «саботажу» можуть бути різні: зміни у соціальних відносинах після прийняття відповідного закону, політичні фактори, неправильно зрозумілі корпоративні або службові інтереси, виконання тіньового лобістського замовлення, службова недбалість та ін.

Природний і позитивний типи праворозуміння та відповідні різновиди права, їхня роль і еволюція в суспільному житті нерозривно зв'язані з принципом і доктриною неприпустимості зловживання правом.

Колізія зловживання правом і правової поведінки, феномен використання форми закону всупереч його духу та змісту, дослідження даних аспектів явища зловживання правом є методологічно виправданим крізь призму зазначених вище типів праворозуміння. Загальні закономірності виникнення, розвитку та функціонування зловживання правом не відбувались без діалектичної єдності та взаємозв'язку із даними доктринами.

Як слушно визначає Т. Полянський, «зловживання правом руйнує, спотворює належну сутність позитивного права, якою має бути право природне (справедливість). Сутністю ж самого зловживання правом є суперечність між формою (легалізованими засобами) і соціальним змістом відповідної поведінки: адже тут відбувається начебто поєднання «непоєднуваного» — зовні правомірного здійснення юридичних норм (форма) та водночас вчинення правопорушення (зміст)» [141, с.11]. Але поведінка може або відповідати, або не відповідати об'єктивно чинній нормі, суперечити їй або не суперечити, але така поведінка не може відповідати чи суперечити нормі більше або менше [21, с.32]. Тому визначення правової поведінки особи як зловживання має кваліфікуватись так само точно і однозначно, як і кваліфікація правопорушень, незважаючи на оманливу та двоїсту природу даної категорії.

Загалом, як визначає теоретик, загальні закономірності взаємозв'язку розвитку зловживання правом та еволюції згаданих типів праворозуміння визначаються насамперед у такому:

1) якісна та кількісна зміна показників зловживання правом справляють безпосередній та визначальний вплив на еволюцію цих типів праворозуміння й відповідних різновидів права;

2) діалектична єдність і конкуренція природного і позитивістського праворозумінь відчутно впливають і на еволюцію означеної доктрини [141, с.24].

Для виявлення й оцінки діянь на предмет кваліфікації ознак зловживання правом використовуються природно-правові критерії, до яких відносимо такі основоположні поняття, як: «добросовісність», «справедливість», «розумність» тощо; і позитивістські критерії, що поєднані із «суб'єктивістською» концепцією та акцентують увагу на оцінці суб'єктивної або об'єктивної сторони відповідної поведінки, визначенні мотиву, вини діяння та обсягу завданої шкоди; а також критерії щодо сприйняття зловживання правом як особливого типу правової поведінки — поза правомірною поведінкою та правопорушенням. Поєднання таких парадоксальних і суперечливих підходів до аналізу є виправданим, оскільки, зокрема, використання критерію правової справедливості для виявлення у соціальних явищах зловживань правом та подальшого застосування юридичної відповідальності за їх вчинення є необхідним.

Таким чином, у контексті розгляду питання колізії правової поведінки та зловживання правом, а також феномену використання букви закону всупереч його духу та змісту ми торкнулися іншої глибинної теоретико-правової проблеми — дуалізму позитивного та природного права. Або інакше кажучи, співвідношення *категорій* «законного» та «справедливого», вплив цінностей на орієнтири правової належності, пошук об'єктивної справедливості та наповненості правових норм. У даній концепції для нашого дослідження цінним є, зокрема, визначення закону не як самоцільного явища, адже метою правової нормативізації є упорядкування людських взаємовідносин згідно із релевантними уявленнями про їх справедливість, котра має досягатись при вирішенні кожної окремої справи чи ситуації. Тобто нормативна система є лише засобом такого вирішення, у процесі досягнення якого право набуває свого дійсного змісту (а не просто форми закону), тоді як саме через таку форму розкривається правовий характер будь-якої справи [206, p.114].

Інакше кажучи, вказується наповнення форми закону його духом, за якого право набуває відповідного змісту. Тобто дуалізм природи права як

соціального регулятора відповідно веде до породження колізій і зіткнень при його реалізації, у тому числі у формі зловживання правом. Отже, за своєю природою право не є суто онтологічним феноменом у тому розумінні, що його смислові орієнтири не є детермінованими виключно «зовнішнім» стосовно людини буттям. Його не можна також віднести до «чистої» деонтологічної сфери, оскільки «не можна просто ввести той чи інший закон, довільно змінити систему права, — необхідно з'ясувати та відтворити його смисли, що здійснюється у правовому спілкуванні, в процесі якого люди потребують досягнення консенсусу. Якщо цього не відбувається, то світ права не конституюється і закони не працюють. Право, відтак, має спершу здійснитися поза межами держави — у царині громадянського суспільства» [96, с.115]. У даному випадку протоправова нормативність формується в межах міжлюдських комунікацій та взаємовідносин.

На думку І. Тімуш з цього приводу, сутність права є «інтерсуб'єктивним» явищем, оскільки залежить від параметральних умов упорядкування буття суспільства [172, с.34]. Розглядаючи даний зважений підхід до природи правового дуалізму, цікавим для нашого дослідження є виокремлення саме того етапу, на якому здійснюється виникнення та зіткнення цих двох сутностей: природного та позитивного, коли форма розходиться зі змістом та втілюється у правове зловживання. Дослідивши природу виникнення феномену та його відповідні підстави, більше осягнемо його змістовну сутність, а отже, матимемо вектор до його подолання. Отже, вважаємо, що інтерсуб'єктивна сутність права як втілення суб'єктивного й об'єктивного у процесі його реалізації здатна породити правовий конфлікт, за умови використання об'єктивного (форми) суб'єктивним (змістом), інакше кажучи, використовувати форму закону всупереч його змісту, порушуючи його дух, зловживаючи тим самим його правовою природою.

Існують також й інші точки зору щодо розгляду і розуміння вище означеного нами аспекту. Зокрема, представник французької школи правознавства Жан-Луї Бержель називає випадки, коли особи, надаючи своїм діям вигляду юридичної значущості, насправді, використовують свої права в цілях, протилежних тим, які ставляться позитивним правом. Тобто вони слідують букві права, але порушують його дух. Тому саме дух права має бути в центрі уваги, оскільки саме дух є синонімом природної спрямованості або кінцевої мети, на яких базується вся юридична система: право не може захищати випадки, що його порушують; закони не можуть однією своєю буквою легітимувати або виправдати випадки ігнорування їх духу, їх змісту. Санкції, що потребують подібні випадки «перефарбування» незаконних дій під дії зовні законні, спираються на загальні принципи права; ті, як породження позитивного права, — на соціальну функцію прав. Такі форми поведінки, які мають піддаватися відповідальності — в ім'я духу права або просто права, незважаючи на те, що не порушують букви об'єктивного права, пов'язані, головним чином, з розумінням правового зловживання [46, с.441-447]. Теорія правового зловживання являє собою головний інструмент контролю за відповідністю фактичного використання прав їх функції.

Ця теорія виникла як відповідь на надлишок абсолютизму у правах і як ствердження їх відносності; на її формування впливали соціальні доктрини, для яких право і права наділені передусім соціальною функцією. Дану теорію в середині XIX століття почала застосовувати судова практика. Натомість французький законодавець жодним чином не закріпив положення теорії правового зловживання. Хоча дискусій щодо питань цієї теорії було чимало, але всі вони точилися навколо визначення критеріїв правового зловживання як наміру завдати шкоди іншому або як викривлене уявлення про соціальну функцію права. Як визначає Ж.-Л. Бержель, доволі часто дані два критерії є збіжними, інакше складається

уявлення, що обох цих критеріїв достатньо для того, щоб пояснити зміст зловживання правом [46, с.442].

Коли наприкінці XIX сторіччя Салейль спробував розробити теорію правового зловживання, прибічники класичного індивідуалізму, особливо Планіоль, гостро розкритикували її. Але Жоссеран визначив, що акт може бути здійснений у межах суб'єктивного права, всупереч даному праву в цілому, тобто сукупності обов'язкових соціальних правил. «Можна мати на своєму боці деяке право, причому користуватись його абсолютною підтримкою і водночас мати проти себе всю правову систему загалом» [46, с.442]. А це означає, у свою чергу, що коли не протиставити суб'єктивні права об'єктивному праву, — що право припиняє свою дію або настає зловживання правом і що за «зовнішніми» межами права існують також і «внутрішні» межі права, які базуються на загальних принципах і дусі правової системи.

Таким чином, Жоссеран розробив теорію «цілей» або «телеологічну теорію» зловживання правом. За цією теорією, всі права так чи інакше мають спрямованість, ціль соціального порядку. Їх використання буде легітимним тільки в тому випадку, коли воно відповідатиме даній спрямованості. Будь-яке інше використання було б неправомірним. У даному контексті зловживання правом уявляється як помилка у використанні якогось права, що містить таку ідею зловживання, як намір завдати шкоду. Ідея соціальної функції прав так чи інакше відображена у законах, судовій практиці відповідальності за зловживання правом. Інший французький теоретик — Жан Карбоньє вважав: «Якщо, не порушуючи матеріальних меж права, індивід використовує його на шкоду іншому індивіду; якщо, дотримуючись букви права, він порушує його дух, тоді вважають, що він зловживає своїм правом, але ніяк не використовує його на благо, і тому таке зловживання не може мати юридичних виправдань…» [46, с.442].

Сфера використання правових зловживань доволі широка: в речовому, договірному, процесуальному, комерційному праві тощо. Теорія правового зловживання дала відповідь на значну кількість питань юридичної практики, пов'язаних із неправомірним використанням прав. У подібних випадках має місце порушення духу права за відповідності його букві, але ж для права дух є вищим від букви. Підхід, висловлений Ж.-Л. Бержелем, дає підґрунтя для теоретичного пошуку співвідношення духу права, букви закону та сутності права загалом, але чіткої відповіді щодо співвідношення зловживання правом та процесу використання форми закону, права всупереч його духу, змісту, основного призначення не дасть. Дійсно, підхід телеологічної теорії є зваженим щодо розуміння сутності зловживання правом, але розкриває нам лише єдиний аспект даної правової категорії.

Для прикладу розглянемо визначення Швейцарського цивільного уложення: «Закон знаходить своє застосування в усіх правових питаннях, для яких він має буквальне чи витлумачене значення. Коли ж із закону не вивести відповідного припису, тоді суддя повинен приймати рішення згідно зі звичаєвим правом, а в разі відсутності такого — ухвалювати відповідно до правила, яке б він сам прийняв, коли б був законодавцем…» [21, с.273]. Цим визначенням припускається можливість логічної незастосовності права до якої-небудь конкретної справи. Хоча в даному випадку можемо говорити про втілення прогалин у праві та розсуд судді, але, розглядаючи даний приклад у контексті вчення про зловживання правом, убачаємо наявність повноваження судді ухвалювати рішення відповідно до духу правової системи, за відсутності букви закону, що ще раз підтверджує втілення телеологічної теорії та примат духу закону над його буквою.

Також у правовій науці існує така цікава категорія, як «правова совість». Як визначав Л. Петражицький, «саме правова совість (інтуїтивне право) дає змогу визначити межі дозволеного, уточнюючи при цьому

приписи позитивного права» [130, с.73]. Звідси межа дозволеного є межею права. Тобто, продовжуючи думку теоретика, можна зробити висновок, що позитивне право встановлює межі суб'єктивного права, а інтуїтивно-правове чуття, певна правова свідомість — межі його здійснення.

Розглядаючи дану концепцію на прикладі індивідуалістичного втілення, згадаємо позицію вченого Є. Нурпеїсова, який визначав, що за наявності суперечності між ціллю особи та моделлю цілі, що міститься в правовій нормі, вчиняється аналіз і оцінка норми з позиції потреб, що визначають ціль суб'єкта, які завершуються формуванням або позитивного або негативного правового мотиву [119, с.73]. Тому, вважаємо, саме в цей момент боротьби несумісних мотивів і цілей з'являється необхідність вольової регуляції поведінки. Суб'єкт, визначивши, що в даних обставинах необхідно вчиняти правомірно, у процесі подальшої мотивації подумки створює модель поведінки, що, з одного боку, відповідає правовій нормі, а з другого — тим реальним потребам, що постають перед суб'єктом. Отже, поведінка людини починає формуватись за умови поставлення цілі та остаточно втілюється при визначенні конкретних способів здійснення права.

Наукових поглядів у контексті висвітленого аспекту досліджуваної проблеми є безліч. Подальший їх розгляд не змінює тих теоретичних оцінок, які можуть бути зроблені на основі наведених вище наукових та інших джерел. Отже, на цьому можемо завершити розгляд питань четвертого підрозділу і перейти до основних наукових висновків.

Висновки до розділу 2

У другому розділі дисертації здійснено теоретичне дослідження щодо особливостей юридичної кваліфікації зловживання правом, її (кваліфікації) елементарної структури; співвідношення феномену зловживання правом із різновидами правової поведінки та фактору

використання форми закону всупереч його духу, змісту та соціальному призначенню. Підрозділи логічно та послідовно пов'язані між собою, відображають зміст окресленої проблематики і відповідають назві розділу.

У процесі здійсненого дослідження досягнуто таких результатів:

1. Виведено основні критерії кваліфікації зловживання правом, які, окрім загальнотеоретичної цінності, можуть мати також практичне, у тому числі й рекомендаційне, значення. Здійснено оцінку елементів структури категорії «діяння», у ракурсі дослідження феномену «зловживання правом» як діяння. Даними елементами є: об'єкт, суб'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона. Оцінка даних елементів категорії «діяння» дає підстави кваліфікувати його як правомірне або протиправне за якістю складових.

2. Деталізовано особливості юридичної кваліфікації зловживання правом з урахуванням його форм і видів, що значною мірою доповнює дослідження попередників із даної тематики, а також відкриває нові закономірності функціонування досліджуваного феномену.

3. Виведено алгоритм юридичної кваліфікації «зловживання правом», яка здійснюється з використанням таких критеріїв:

a) зловживання правом кваліфікується за традиційною структурою: об'єкт, суб'єкт, суб'єктивна сторона, об'єктивна сторона;

b) за результатами здійснення такої кваліфікації конкретне діяння може бути визнане: формально-юридично правомірним; формально-юридично протиправним; зловживанням правом в інших формах;

c) у процесі кваліфікації діяння із зловживання правом з суб'єктивної сторони особливу увагу варто приділити таким його складовим, як вина, мотив, і, особливо, мета. Це дає змогу не тільки впевнитись, що конкретне діяння є зловживанням правом, а й визначитись із його класифікаційним рядом та обсягом відповідальності суб'єкту зловживання;

d) зловживання правом є результатом дії низки «ланцюгових факторів», зокрема, таких, як мета зловживання, наявність суб'єктивного права, особливості способів його реалізації, що дає змогу здійснити достовірну юридичну кваліфікацію;

e) критерій «межі права» дає змогу визначитись із такими істотними аспектами, як: обсяг наданих суб'єктові прав (у співвідношенні з обсягом реалізованих ним прав); процес реалізації права суб'єктивного із дотриманням права об'єктивного (формально-юридичного) та ін.

4. Здійснено комплексний аналіз структури суб'єктивної сторони діянь щодо зловживання правом із зосередженням уваги на таких її елементах, як мета і мотив, які, у свою чергу, виступають їх істотними кваліфікуючими ознаками. У процесі дослідження і характеристики суб'єктивної сторони зловживання правом розкрито особливості й роль мотиву і мети у кваліфікації суб'єктивної сторони, а також у здійснення класифікації зловживання правом за визначеною ознакою: зловживання правом задля досягнення конкретно визначеної мети. Дане підтверджується наданим нами нормативним матеріалом. У даному випадку мета виступає окремим кваліфікаційним і класифікаційним аспектом. Виокремлення нового істотного аспекту явища зловживання правом дає змогу говорити про відкриття нової закономірності функціонування досліджуваного правового явища. Аналіз нормативного матеріалу підтверджує достовірність розкритого аспекту та його реальне втілення в суспільних відносинах та правових нормах.

5. У контексті розгляду зловживання правом як різновиду правової поведінки визначено досліджувану категорію як специфічний елемент правової поведінки, що має мінливу, не стійку правову природу.

6. Аналіз таких форм правової поведінки, як правомірна та протиправна поведінка дає змогу віднайти їх особливі риси, що можуть бути притаманні й зловживанню правом. Дослідження численних концепцій за видами правової поведінки дає змогу ретельно дослідити

правову природу такого соціального явища, як «зловживання правом» та визначити його місце серед видів правової поведінки. Розглянуте дає змогу дійти висновку, що «зловживання правом» слід віднести, за більшістю ознак, до такого різновиду правової поведінки, як протиправна поведінка.

7. У загальних межах правової поведінки і її різновиду — протиправної поведінки — «зловживання правом» є самостійним, специфічним видом такої поведінки, яка залежно від поставлених цілей, характеру діянь, одержаних результатів та їх співвідношення із формальним законом може набувати різних форм. Але в будь-якому разі дане діяння матиме негативне забарвлення та справлятиме деструктивний вплив на правову систему, суспільство загалом, оскільки є ширшим у своєму розумінні, аніж те, що може передбачити формальний закон.

8. Досліджено теоретичні аспекти використання при зловживанні правом формального закону всупереч об’єктивному праву, а форми закону — всупереч його духу та змісту. Слід розуміти суперечність між формою закону, з одного боку, та його духом і змістом — з другого боку, як прояв одвічної загальної філософської суперечності між формою та змістом того чи іншого соціального явища. Використання форми закону всупереч його духу та змісту слід відносити до поширеного різновиду зловживання правом. Безумовним є пріоритет об’єктивного права перед формальним законом, а також духу та змісту закону перед формою даного закону — при оцінці явищ зловживання правом.

9. Встановлено і доведено деструктивний вплив зловживання правом на розвиток суспільства, функціонування держави та права в конкретно-історичних умовах.

10. Встановлено, що «зловживання правом» є несумісним із правомірністю, навіть формальною, та з правоповагою, оскільки виражає нехтування правовою культурою, праворозумінням та є формою правового нігілізму. Даний фактор виражає деструктивний вплив зловживання

правом на суспільство в цілому, призводить до знецінення права як соціального регулятора та найвищої суспільної цінності. При цьому слід розуміти, що поняття правомірності є ширшим, ніж поняття формальної законності.

11. Сучасне розуміння зловживання правом перебуває на початковому етапі становлення та розвитку і не є остаточно сформованим. Зловживання правом виникає на стадії зіткнення двох правових сутностей — права природного і позитивного, коли форма права розходиться з його змістом. Поведінку зі «зловживанням правом» слід розуміти як неправомірне використання прав, що виражається у здійсненні права всупереч його основному призначенню та законній меті.

12. Етимологічний зміст поняття «зловживання правом» суперечить етимологічному змісту поняття «правомірність», що не дає підстав, на нашу думку, об'єднувати ці поняття в межах єдиної теоретичної конструкції. Отже, і з цього погляду «зловживання правом» не можна віднести до формально правомірної поведінки.

З огляду на наведене слід зазначити, що класичне розуміння зловживання правом доцільно розглядати більше як історичний досвід та аксіоматичне знання. На даний час наука має бути продиктована практикою, оскільки юридична практика даного феномену значним чином випереджає науковий вимір. Сучасне розуміння зловживання правом потребує відповідного урахування сучасного стану розвитку суспільства, ефекту глобалізації та зближення світових правових систем, що виводить наукове пізнання цього явища на якісно новий рівень. Досягнуті результати відповідають основним завданням розділу 2 дисертації, що дає підстави вважати цю частину наукової роботи (в її межах) завершеною. Водночас зміст розділу 2 не вичерпує усіх питань, які можуть виникнути при дослідженні проблем кваліфікації такої складної теоретичної категорії, як «зловживання правом».

РОЗДІЛ 3

ЕФЕКТИВНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЯК ПЕРЕДУМОВА БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОВЖИВАННЯМ ПРАВОМ

3.1. Правове забезпечення протидії зловживанню правом

Розглядаючи питання нормативно-правового регулювання протидії зловживанню правом, увагу варто приділити нормативно-правовому регулюванню взагалі як основному елементу правової системи. Нормативно-правове регулювання передбачає впорядкування, юридичне закріплення та охорону суспільних відносин шляхом застосування ряду правових засобів. Відповідно, сферою правового регулювання є ті суспільні відносини, які потребують правового впливу [48, с.151].

П. Рабінович під правовим регулюванням розуміє здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення, охорони та розвитку [146, с.151]. О. Черданцев визначає, що правове регулювання — це впорядкування суспільних відносин за допомогою норм права та інших правових засобів (актів застосування, договорів та ін.) [191, с.342]. Отже, в юридичній науці сформувалось комплексне розуміння правового регулювання як сукупності різноманітних форм і засобів юридичного (у тому числі правового) впливу держави на поведінку учасників суспільних відносин, що здійснюється в інтересах усього суспільства, окремого колективу або особистості, з метою підпорядкування поведінки суб'єктів встановленому в суспільстві правопорядку. Як визначила свого часу О. Рогач, «механізм протидії зловживанню правом являє собою систему заходів, спрямованих на досягнення однієї загальної мети — запобіганню проявам зловживання права, усуненню й ліквідації причин і умов, що породжують зловживання» [150].

Правове регулювання протидії зловживання правом як вид правового регулювання специфічного роду суспільних відносин має істотне наукове значення. Це можемо спостерігати у таких аспектах:

— право впливає на виникнення і впорядкування нових відносин та здійснює їх регулювання, якщо вони потребують і піддаються юридичній регламентації. В даному випадку феномен зловживання спотворює правові відносини та потребує відповідного блокування у правовій формі з боку держави;

— правове регулювання як засіб правового та юридичного впливу на поведінку суб'єктів здійснює соціальний та державний контроль у суспільстві. Зловживання правом є феноменом формально дозволеної, але за суттю своєю протиправної поведінки;

— суспільні відносини потребують регулювання, за умови, що вони відображені у свідомій вольовій поведінці суб'єктів. Зловживання правом як вольовий акт уповноваженого суб'єкта, спрямований на використання права всупереч його основному призначенню, є руйнівним щодо існуючого у суспільстві та державі правопорядку;

— правом мають бути врегульовані найбільш суттєві суспільні відносини, що періодично виникають, розвиваються та мають принципове значення для особи, держави, суспільства;

— нормативна протидія зловживанню правом має істотне значення, оскільки правове зловживання є дестабілізуючим явищем щодо найбільш істотних суспільних відносин (зокрема таких, як цивільні, торговельні, комерційні та інші господарські відносини, владні відносини, відносини у сфері кримінальної юстиції та ін.);

— протидія зловживанню правом як форма правового регулювання відображається у трьох своїх основних способах, виділених науковцями: дозволі, забороні та зобов'язанні [12, с.103-108]. Дозволи забезпечують соціальну свободу людини; заборони встановлюють певну міру поведінки, покладаючи на особу обов'язок утримуватись від

учинення певних дій, що суперечать правовим нормам; зобов'язання закріплюють за особою обов'язок вчиняти певні дії в інтересах суб'єктів права через дотримання правових норм;

— нормативно-правове регулювання протидії зловживанню правом має здійснюватись на основі цілого комплексу правових норм, об'єднаних у комплексну, узгоджену, скоординовану, засновану на єдиних принципах систему. Вступаючи у правові відносини на основі певних юридичних норм, суб'єкти права набувають юридичних прав та обов'язків на підставі правозастосовного акту або власного волевиявлення. Отже, правова норма починає здійснювати регулювання не з моменту її нормативного видання, а з часу настання юридичного факту, що така норма передбачає.

З урахуванням наведеного розглянемо погляди теоретиків на проблему нормативно-правового регулювання протидії зловживанню правом.

С. Зайцева у своєму дослідженні дійшла висновку, що «поняттям «зловживання правом» повинні охоплюватись такі незалежні від способу здійснення випадки реалізації суб'єктами закладених у нормативному матеріалі можливостей, від яких страждає юридично визнана свобода інших осіб…» [56, с.145]. Із даного визначення випливає, що складнощі з розпізнанням правових явищ і діянь із наявністю феномену «зловживання правом» і кваліфікацією їх у подібній якості зумовлені діяльністю уповноваженої особи у правовому полі. Правові норми ніколи не бувають прозорими і безспірними; якби від норм вимагалось бути такими ще до їх встановлення, людське суспільство взагалі не могло б існувати [89, с.9], тому зловживання правом існуватиме завжди.

Повністю поділяючи думку А. Муранова стосовно того, що «способи протидії тому чи іншому негативному явищу правового життя задані самою специфікою цього феномену і специфікою тих явищ, що ним охоплюються..» [110, с.123], перейдемо до розгляду таких способів

протидії та нормативно-правового регулювання феномену зловживання правом, за допомогою яких можливо знизити прояви даного правового явища у суспільстві. Первинним вважаємо все ж таки протидію даному феномену, а не подолання та боротьбу із ним, враховуючи можливість його прояву практично в будь-якій сфері суспільних відносин. На відміну від зазначених вище понять «подолання» та «боротьби» «протидія» зловживанню правом має, на нашу думку, превентивний, а тому й профілактичний характер. У наведеному співвідношенні протидія має безумовний пріоритет, оскільки будь-яке негативне соціальне явище краще упередити, ніж боротись з його наслідками «за фактом». При цьому слід розуміти, що протидія зловживанню правом повинна здійснюватись на будь-який стадії його прояву.

Виходячи з того, що правове регулювання «являє собою процес, що поділяється на дві основні стадії — нормотворчу і правозастосовну, з яких перша працює на можливість, а друга — на дійсність» [34, с.128], виокремимо на теоретико-правовому рівні виявлені Е. Мурадьяном способи протидії зловживання правом, до яких відносимо:

— підвищення якості нормативно-правових актів;

— підвищення рівня правової культури та обізнаності осіб, які уповноважені здійснювати юридично значущі дії;

— самозахист права;

— здійснення кваліфікованого захисту порушеного права або охоронюваного законом інтересу у суді [111, с.23].

Загальновідомо, що «однією з важливіших умов підвищення ефективності правового регулювання є структурне впорядкування права, його інструментальної бази в ході правотворчої діяльності» [151, с.4], але слід враховувати, що «законодавча влада не створює закон — вона лише відкриває та формулює його» [98, с.240]. Тому вважаємо, що одним із підходів до підвищення дієвості майбутнього закону, що допускає

можливість прогнозу ефективності його норм, до їх видання, є юридична експертиза законопроектів.

Ю. Качановський у своїй статті «Jus et justitia: право і правозастосування» наводить ряд механізмів для підвищення ефективності законодавства. Зокрема, ревізія та систематизація законодавства, подолання суперечностей між стабільністю та гнучкістю регулювання та введення фундаментального принципу: стабільність та передбачуваність правового регулювання забезпечує закони, гнучкість забезпечує правотворчість на практиці в ході правозастосування [69, с.109-115].

До речі, варто відмітити, що конституції країн, які пережили в своїй історії авторитарні й тоталітарні режими (ФРН, Італія, Греція, Іспанія, Португалія, Туреччина, Японія) вигідно відрізняються у декларуванні та захисті прав і свобод особи від конституційних актів держав із так званою традиційною демократією (США, Франція, Велика Британія). Вони, як правило, детально розроблені, більш конкретизовані, краще структуровані та більш педантичні з погляду конституційного регулювання прав і свобод особи та недопущення настання правових зловживань. Слід ураховувати, що в тоталітарних державах правові зловживання здійснюються з боку держави, натомість у демократичних — переважно з боку громадянина.

Дійсно, підвищення якості нормативно-правових актів може на певний час завадити виникненню та розвитку зловживання правом, але чи може воно блокувати даний феномен або викорінити його взагалі? Вважаємо, що ні. Як зазначав О. Костенко, навіть найдосконаліші закони інколи використовують з негідними намірами [79]. Зловживання правом існує поза нормативним матеріалом, але із його використанням є породженням свідомості і розумової діяльності індивідуумів.

Між особою і державою існують певні відносини, в яких кожна із сторін має права і відповідні обов’язки [81, с.382-384]. Специфіка даних відносин полягає в тому, що значна їх частина регулюється правом. Від імені суспільства виступає його особлива політична організація-держава,

особа в даних відносинах виступає як громадянин. Саме за допомогою права встановлюється відповідний баланс у взаємовідносинах «держава — громадянин», визначається правове становище їх учасників, необхідні гарантії здійснення їхніх прав і виконання ними обов'язків. У зв'язку із цим Конституція України передбачає обмеження прав і свобод особи в певних умовах для гарантування безпеки громадян, захисту державного устрою, безпеки держави та осіб [65, с.8]. Як визначає Загальна декларація прав людини 1948 р., у п. 1 ст. 29, «кожна людина має обов'язки перед суспільством, в якому можливий вільний і повний розвиток її особистості» [50].

Стосовно способів, що складають другу групу, маємо відмітити, що у зв'язку з необхідністю правильно орієнтуватись у сфері юридично значущої поведінки особа (громадянин) насамперед усвідомлює правові принципи, що відображають основні суспільні цінності. Особлива роль у даному випадку належить конституційно-правовим принципам і нормам. Тому вважаємо, що саме в цій сфері суспільних відносин, де суб'єктам надано найбільший спектр прав, зловживання правом трапляється найчастіше і має в загальносуспільному вимірі більш шкідливий характер.

Оскільки в процесі правовстановлюючої діяльності законодавець не в змозі передбачити все розмаїття соціальних наслідків рішень, що приймає, а тим більше врахувати весь спектр індивідуальних реакцій, можливість зловживання правом у тій чи іншій сфері суспільних відносин може бути оцінена вже після прийняття нормативно-правового акту. Тому вважаємо, що у визначених випадках для упередження втілення в життя конкретної ситуації зі зловживанням правом слід застосувати самозахист права. Хоча в даному випадку варто відмежовувати способи самозахисту права і заходи, які застосовує уповноважена особа, яка лише сприяє реалізації права на самозахист. Як визначає з цього приводу С. Зайцева, «як один зі способів боротьби зі зловживанням правом у сфері договірних відносин можливо, наприклад, порекомендувати детальну розробку всіх

положень договорів, що укладають контрагенти, як це прийнято у світовій практиці» [55, с.17].

Якщо зловживання правом здійснилось і ситуація не може бути врегульована мирним шляхом, можливо звернутись у суд за захистом порушених прав або охоронюваних законом інтересів. Чи може такий спосіб протидії зловживання правом, як підвищення рівня правової культури та обізнаності осіб, що уповноважені здійснювати юридично значущі дії, стати однією із форм зловживання правом? Вважаємо, що так.

У попередньому розділі нами були наведені погляди деяких теоретиків, зокрема таких, як В. Тимошенко, Г. Варданянц, І. Ільїн, стосовно високого рівня правової культури як важеля до здійснення правового зловживання з боку уповноважених осіб. Наприклад, особа, яка має високу юридичну культуру (професійний юрист), за умови переваги особистих, приватних інтересів над суспільними, імовірно, може вчинити правове зловживання.

Розглянемо третій спосіб протидії зловживанню правом — самозахист права. В. Грибанов під самозахистом прав розумів «здійснення уповноваженою особою дозволених законом дій фактичного порядку, спрямованих на охорону її особистих або майнових прав та інтересів» [36, с.153]. Цікавого погляду на даний інститут дотримується Г. Свердлик, визначаючи, що «самозахист прав допускається у випадку наявного посягання на право, яким особа наділена на законних підставах, якщо при його реалізації не було допущено явної невідповідності способів самозахисту характеру і ступеня небезпеки посягання, а також не були перевищенні межі дій, необхідних для забезпечення недоторканності права, упередження порушення і ліквідації наслідків такого порушення» [155, с.149].

Чинне законодавство України самозахист права передбачає у ст. 19 ЦК України, визначаючи що самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам

суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені даним порушенням. Способи самозахисту можуть обиратись самою особою або встановлюватись договором чи актами законодавства [189, с.25].

До способів самозахисту можна віднести застосування такого способу забезпечення виконання зобов'язань, як притримання. Одним із видів самозахисту є необхідна оборона. Також самозахистом можуть бути так звані оперативно-господарські санкції, передбачені статтями 235–236 Господарського кодексу України.

Цікавого погляду з даного приводу дотримується Г. Свердлик, вказуючи на те, що самозахист прав як одна із форм захисту прав, що допускаються законом, являє собою одну із форм державного примусу. Це випливає із делегування державою особі права самостійно захищати своє право, а також із можливості, у разі неефективної реалізації права на самозахист, звернутись за захистом до держави, в особі її компетентних органів. У правовій політиці всього світу спостерігається закономірність: чим слабша державна влада, чим менший її авторитет, тим більші права щодо захисту свого порушеного права або інтересу держава делегує своїм громадянам. Переважно це відбувається шляхом розширення меж такого захисту і викликано нездатністю держави в подібних умовах належним чином здійснювати свої функції [155, с.160]. Роль державного примусу досить часто переоцінюють, ніби всі обов'язки виконуються тільки внаслідок погрози настання небажаних наслідків з боку держави, більшість з них виконуються суб'єктом добровільно.

Розглядаючи такий спосіб протидії зловживанню правом, як самозахист права, задаємося питанням, чи може він перетворитися із способу протидії на спосіб правового зловживання? Вважаємо, що, на жаль, така можливість існує. Встановлена законодавством межа у здійсненні самозахисту, з одного боку, обмежує суб'єкта права у

використанні даного інституту, а з другого — породжує можливість використовувати дане надане право не за його основним призначенням, а саме зловживати ним. Прикладом такого зловживання можемо вважати притримання речі як спосіб забезпечення зобов'язання, коли таке притримання не є виправданим за його правовими та фактичними обставинами. Однією із умов, що висувається для реалізації самозахисту права, є відповідність її закону та моральним засадам суспільства. Вважаємо в даному випадку, що добросовісність як принцип реалізації даного інституту є необхідною й обов'язковою його умовою.

Четвертий спосіб протидії зловживанню правом здійснюється за допомогою суду. У зв'язку з цим слід згадати вимогу частини третьої ст. 13 ЦК України, згідно з якою «не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах». Логічним продовженням цієї норми-вимоги є закріплене у частині третій ст. 16 ЦК України право суду відмовити у захисті цивільного права та інтересу особі, яка цим правом зловживає. Взагалі, випадки зловживання своїми правами, зокрема процесуальними, з боку окремих учасників судових процесів є, на жаль, доволі поширеними. На нашу думку, було б доцільним ввести аналогічні норми й у більшості інших галузей чинного законодавства України. У цьому б випадку протидія зловживанню правом за допомогою суду мала б комплексний, а не спеціально-галузевий характер.

Як убачається з проведеного аналізу, явище зловживання правом має мінливу правову природу, є явищем динамічним і завжди схильним до трансформації. Більше того, зловживання правом може відродитись навіть і у способах протидії йому самому. Будучи радше проблемою правової свідомості суб'єкта права, правове зловживання здатне пристосовуватись до умов, створених законодавцем, правовою системою та суспільством. Викорінити його не можливо, дане явище є невід'ємною стороною самого права, супровідним «паразитом», ознакою вдосконалення правової

системи, розвитку суспільства та держави. Чим якісніші закони, тим витонченіші правові зловживання. Але, вважаємо, за допомогою відповідних нормативних механізмів ці явища можна мінімізувати.

О. Рогач у своєму науковому дослідженні пропонує інший механізм протидії зловживанню правом, який має здійснюватись за такими напрямами:

1. *Ідеологічний,* який охоплює розробку правової ідеології, підвищення рівня суспільної та правової свідомості, правової культури, правової освіти населення тощо.

Цей напрям, на думку вченого, має реалізовуватись у такому:

— формування в кожної людини позитивно-правових знань і психологічних механізмів поваги до права в структурі правосвідомості;

— вдосконалення системи правової освіти населення, створення належних умов для набуття громадянами необхідного обсягу правових знань, формування у них поваги до права, забезпечення їх конституційного права знати свої права й обов'язки в Україні;

— запровадження в загальноосвітніх школах, починаючи зі старших класів, навчальних дисциплін «Основи правознавства», «Права людини» тощо;

— сповідування християнської ідеології, дотримання релігійних традицій;

— підвищення ролі наукового (доктринального) тлумачення законодавства при здійсненні правосуддя в Україні та «онауковлення» судочинства;

2. *Нормативно-правовий напрям,* який спрямований на підвищення якості законодавства та правотворчої техніки, відповідності норм права принципам права.

Даний напрям, на думку вченого, має реалізовуватись у такому:

— введення науково-обґрунтованої концепції обов'язків, створення своєрідного кодексу обов'язків, у якому б закріпились основні

обов'язки людини, громадянина та держави або розширення їх у змісті Конституції;

— обов'язковість закріплення на законодавчому рівні проведення процедури правової експертизи як однієї із стадій підготовки нормативно-правових актів;

— внесення змін у процесуальне законодавство стосовно запровадження юридичної відповідальності за зловживання процесуальними правами;

3. *Функціонально-правовий напрям*, який передбачає підвищення рівня правозастосування, покращення рівня законодавчої техніки, забезпечення максимально можливого обсягу реалізації норм права на рівні використання, виконання та дотримання норм права.

Реалізацію даного напряму теоретик убачає у такому:

— належна розробка термінологічного апарату в законодавстві, що дасть змогу ефективно тлумачити та використовувати нормативно-правові акти, підвищити якість їх розуміння та застосування;

— забезпечення державою належного рівня правового інформування громадян.

Усі перелічені напрями є взаємозалежними та взаємопов'язаними, тому для більшої наукової та практичної цінності необхідне їх комплексне використання [150].

Даний підхід теоретика є більш комплексним та систематизованим, ніж розглянутий нами раніше, хоча сутність його також зводиться до двох основних акцентів: формування правової свідомості, культури та покращення якості нормативно-правових актів. Дійсно, дані два напрями видається є розв'язанням проблеми правового зловживання, якщо поглянути на неї побіжно, оскільки є своєрідним її відображенням. Але чи можливо виховати правову культуру вже сформованого суспільства? Чи має це бути культурою нового покоління? Вважаємо, що в умовах вже сформованого менталітету, виховання, низького рівня забезпеченості

громадян «прищепити» високу правову культуру доволі складно, але слід розпочати з «нової сторінки» і, можливо, нове покоління, яке отримає належне правове виховання, поінформованість, або під впливом «революції правосвідомості» сформує належне громадянське суспільство.

Щодо релігійного впливу на формування ідеологічно правових положень у свідомості індивідуумів вважаємо даний постулат дещо сумнівним, оскільки плюралізм конфесій і напрямів віросповідань не може сформувати достатнього та відповідного рівня правової культури, хоча б крізь призму релігійних принципів, спрямованих переважно на суто моральні цінності. До того ж у сучасному суспільстві спостерігається динаміка «розвінчування» усталених постулатів церкви та постатей, ставляться під сумнів основні релігійні ідеї, а подекуди існування цілої релігійної течії, конфесії загалом. Людство зневірюється у своїх богах, а в такому випадку примусити його вірити у правові ідеали вбачається доволі складним.

Інтегруючи знання щодо соціокультурних прав індивіда з проблемою зловживання правом, можемо дійти висновку, що нація, якщо вона складається із духовно та культурно обмежених особистостей, з низькою правовою культурою та правовим світоглядом приречена на інтелектуальний занепад, а в остаточному підсумку на дезінтеграцію, розпад та сепаратизм і фактори правового зловживання виступатимуть «важелем прискорення» даних подій.

Особливо варто підкреслити у даному погляді доцільність і гостру необхідність введення на законодавчому рівні інституту відповідальності за правові зловживання й не тільки на рівні процесуального права, а й у матеріальному праві. Причому інститут юридичної відповідальності за вчинення зловживання правом буде ефективним засобом організації суспільства. Як зазначив свого часу Д. Бернштейн, «відповідальністю є вибір здійснення найбільш раціонального способу дії (поведінки, вчинку) в умовах свободи..» [10, с.33].

Юридична відповідальність — важливий елемент правового регулювання суспільних відносин, суть якого полягає у цілеспрямованому впливі на поведінку особи за допомогою юридичних засобів, з метою упорядкування суспільних відносин, надання їм системності й стабільності, уникнення різних загострень соціальних конфліктів, втілення принципів соціальної справедливості, підвищення рівня цивілізованості та культури суспільства [65, с.21]. Застосовуючи заходи юридичної відповідальності, держава прагне досягти певного кінцевого результату та поставлених цілей, що передбачені законодавством. Зокрема, забезпечити правопорядок, охорону існуючого державного та суспільного ладу.

Вважаємо, що інститут юридичної відповідальності має також і виховну функцію, сприяє вихованню у громадян поваги до права, хоча і є заходом державного примусу. Влучним вважаємо зауваження О. Рогач стосовно надмірного акцентування прав людини при відтискуванні на другий план обов'язків, що може спричинити зневагу та порушення прав і свобод інших осіб у бажанні реалізувати свої і повною мірою без дотримання належного балансу.

О. Костенко з цього приводу зазначає: «Сваволя й ілюзії, що виявляються як зловживання правами людини, становлять реальну загрозу для сучасної цивілізації. Цим зловживанням сприяють, зокрема, неправильні (застарілі) уявлення про сутність прав людини» [79]. Вченим наводяться такі приклади зловживання правами людини: «Саме як зловживання правами людини слід визнати, наприклад, активність людей з так званою нетрадиційною сексуальною орієнтацією у вимозі легалізації одностатевих шлюбів під вивіскою боротьби за права людини. Те саме можна сказати про феміністок, що тлумачать права людини як «зрівнялівку» жінок і чоловіків. Це стосується і підприємців, котрі експлуатацію найманих працівників виправдовують правом людини на свободу підприємництва. А хіба не зловживанням правом людини на свободу слова є поширення журналістом отриманої ним із використанням

свого статусу інформації з корисливою або іншою хибною метою? Спекуляцією правами людини в умовах демократії є і зловживання недобросовісних політиків, що полягають у використанні під час виборів волевиявлення громадян, котрі не мають належної політичної культури» [79].

Дійсно, не можна не погодитись, що надмірне акцентування прав людини породжує спекуляцію цими правами, а це, в свою чергу, породжує нові правові проблеми та зловживання. Отже, не слід забувати, що зворотною стороною будь-яких прав є обов'язки — перед суспільством, державою та іншими особами.

Розглядаючи питання нормативно-правового регулювання зловживання правом, доцільно звернутись до загальних правових принципів, що регулюють дану проблему, а також і до спеціально-галузевих норм. Загальний принцип неприпустимості зловживання правом, що був закріплений на міжнародно-правовому рівні ще у 1950 р. у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [76] (ст. 17 і п. 3 ст. 35), поглинає поширення своєї дії не тільки на окремі галузі права, а й усю систему права загалом.

Як зазначає Г. Гаджієв, принцип неприпустимості зловживання правом є загальним принципом права, що виражається у формі конституційного принципу [20, с.105]. У Конституції України норми прямої дії щодо недопустимості зловживання своїми правами і свободами відсутні. Водночас міститься норма загального декларативного характеру, та, як зазначають практики, це норма широкого спектру дії щодо недопустимості зловживання правом [85], яка вказує, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей. Дана норма, на нашу думку, радше закріплює автономію волі й волевиявлення суб'єкта права, узгоджує дії індивіда із простором юридичних дозволів і заборон, стимулів та обмежень, його взаємодію із колом інтересів інших осіб у суспільстві,

ніж встановлює неприпустимість зловживання правом. Таким чином, чіткої загальноправової конституційної заборони зловживання правом не маємо.

Прикладів спеціального галузевого регулювання можна знайти безліч як на рівні законів, так і на рівні підзаконних галузевих або внутрішніх розпорядчих актів, подібного роду нормативно-правове регулювання є регулюванням ad hoc, для визначеного випадку, задля конкретної мети.

Відповідно до ст. 23 Конституції України кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права та свободи інших людей. На розвиток цього конституційного положення у частині другій ст. 13 ЦК України закріплено правило про те, що при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від своїх дій, які б могли порушити права інших осіб, заподіяти шкоду навколишньому середовищу або культурній спадщині. Обов'язок при здійсненні прав утримуватися від дій, які порушували б права інших осіб, конкретизується актами цивільного законодавства, що встановлюють ці права.

Зловживання правом виявляється в тому, що особа, якій формально належить суб'єктивне право, неправомірно його здійснює. Це має місце у випадку, коли уповноважена особа, спираючись на своє суб'єктивне право, допускає недозволене використання свого права, порушує міру і вид поведінки, визначені законом, посилаючись при цьому на формально належне їй суб'єктивне право. На відносини зловживання цивільним правом поширюється дія принципу недопущення зловживання правом як принципу здійснення цивільних прав. Зміст цього принципу становить обов'язок особи, яка здійснює суб'єктивне право, не допускати зловживання і здійснювати належні особі суб'єктивні права і виконувати суб'єктивні обов'язки припустимими способами їх здійснення з урахуванням неприпустимості вчинення дій, що вчиняються виключно з наміром заподіяти шкоду іншій особі, а також зловживання правом в

інших формах. Зловживання правом як правопорушення може зумовлювати відповідальність у вигляді відшкодування шкоди, стягнення штрафу тощо [189, с.17].

В юридичній літературі слушно звертається увага на недосконаліть і суперечливість закріпленого ЦК України положення про зловживання правом. Нова для українського цивільного законодавства ст. 13 ЦК України, яка забороняє зловживання правом, сформульована надмірно лаконічно, її доцільно розширити, доповнивши більш повною характеристикою поняття, елементів та інших форм зловживання правом, взявши за основу положення про принцип добросовісності в доктрині і цивільному законодавстві Нідерландів, положення про несправедливі умови договорів у Європейському Союзі та добросовісність згідно з Принципами міжнародних комерційних договорів (УНІДРУА).

Передбачене частиною п’ятою ст. 13 ЦК положення про заборону використання цивільного права з метою обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку або недобросовісної конкуренції підтверджує цивільно-правовий зміст такого обмеження здійснення цивільних прав. Тому в разі порушення цивільних прав особи шляхом зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції потерпіла особа має право подати позов до суду про захист своїх цивільних прав. Але дане регулювання протидії зловживанню правом, хоча й охоплює своїм змістом значну групу суспільних відносин, є все ж таки нормативним регулюванням галузевого рівня.

Нормативно-правове регулювання протидії зловживанню правом на теренах сучасного законодавства України є дещо «розпорошеним» і фрагментарним, у якому відсутня цілісна система та основоположний підхід до подолання цього явища. Для отримання цінного теоретичного знання важливим є практичне втілення категорій і в галузевих правовідносинах.

3.2. Міжнародний досвід і вітчизняна практика боротьби зі зловживанням правом

Проблема ефективності законодавства у боротьбі з феноменом зловживання правом, у тому числі й його результативності, може розглядатись у декількох площинах. Варто враховувати його внутрішній і зовнішній характер, а також інтеграційний аспект, що пов'язаний із імплементацією в сучасне українське законодавство міжнародних стандартів і норм та ефекту глобалізації. Велике значення тут має також фактор зближення національних правових систем, адаптація законодавств та урахування взаємного досвіду національних правових систем. Сучасна юридична наука у дослідженні напрямів розвитку і функціонування сучасних правових систем наголошує на пріоритетності вдосконалення інституту відповідальності держави перед особою. Але в контексті розгляду проблеми зловживання правом чи не важливо загострити увагу на відповідальності особи перед державою, суспільством та іншими людьми? Оскільки надмірне «декларування» прав людини відірвано від обов'язків може шкодити самій державі та суспільству. Як віднайти даний баланс? Чи залежить він від політичного режиму, форми держави, форми правління або лише вектора розвитку самої правової системи? Яку роль відіграє ефективність законодавства в поставлених межах?

Людина не існує абстрактно й у процесі свого життя постійно взаємодіє з іншими людьми, суспільством загалом, державою та природою. Звідси випливає, що будь-яке право особи не може бути реалізоване абсолютно. Воно реалізується в межах, визначених співвідношенням інтересів індивідуума і інтересів держави, суспільства, людських колективів та окремих осіб, а також у співвідношенні з обсягом законодавчих та правових норм. Це, у свою чергу, породжує необхідність встановлення законодавчого обмеження прав і свобод людини в інтересах визначених вище правових суб'єктів. Подібні обмеження, які мають

диференційований і зважений характер, дають змогу запобігти цілому ряду крайнощів, пов'язаних із використанням індивідуумом його прав і свобод, у тому числі й особливо зловживання правом [180, с.183].

Згадаємо історичний приклад зловживання правом, відомий ще з часів Стародавнього Риму. Це найчастіше мало місце, коли справжній римлянин (квірит) продавав певну річ іншій особі (як правило, не квіриту), але при цьому з певних причин уникав здійснення обов'язкового обряду, наприклад «рукопокладення» (mancipatio). Незважаючи на те, що традиційної для всіх народів вимоги торгового обороту щодо передачі товару і сплати грошей було бездоганно дотримано, письменний та юридично свідомий квірит через суд вимагав повернення фактично проданого товару, посилаючись на пряме порушення Законів XII таблиць, які приписують виконання цього обряду. У такому випадку посадові особи, які були наділені владними повноваженнями (претор і суддя), робили застереження, що ця справа буде розглядатися лише, якщо позивач не має злого умислу (dolus malus). Але щоб не перетворювати суд на фарс, необхідно було зважувати інтереси сторін на одних терезах, за одними нормами. І тут було зроблено рішучий крок від суто національного права до права наднаціонального. Суддя розглядав справу, спираючись не на букву квіритського права, а на міжнародні звичаї торгового обороту, загальновизнані правила чесної торгівлі. Той, хто вигравав справу, вважався таким, що дотримується добросовісності (bona fides — буквально «добра віра» або «віра у добро»), а той, хто програвав, — носієм недобросовісності (mala fides — буквально «хвора, порочна віра» або «віра у зло»). Програш у суді доброї совісті (judicia bonae fidei) міг мати своїм наслідком надання відповідній особі статусу infamia (безчестя), що значно обмежувало можливість її подальшої участі у торговому обороті [23]. Даний приклад наочно демонструє і спосіб здійснення правового зловживання і спосіб протидії йому.

Але ж повернемось до сучасності й розглянемо наочно приклади міжнародного досвіду та вітчизняної практики із протидії феномену зловживання правом у різноманітних правовідносинах. Загальний принцип обмеження прав і свобод особи передбачений п. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [50]. Вбачаємо, що даною нормою міжнародного акту визначено межу здійснення свого права кожним індивідуумом у суспільстві, при цьому встановлюється така межа за допомогою державного примусу.

Статті 17–18 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод встановлюють заборону зловживання правами, обмеження та межі встановлених обмежень: «Жодне з положень цієї Конвенції не може тлумачитись як таке, що надає будь-якій державі, групі чи особі право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних цією Конвенцією, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж це передбачено в Конвенції. Обмеження, дозволені згідно з цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, не застосовуються для інших цілей, ніж ті, для яких вони встановлені» [76].

Резолюція 40/34 Генеральної Асамблеї ООН у Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживань владою від 29 листопада 1985 р. встановлює своєю метою сприяння урядам і міжнародним спільнотам у забезпеченні справедливості та надання допомоги жертвам злочинів і жертвам зловживань владою. У п. 21 даної Декларації закріплене істотне положення: державам необхідно періодично переглядати чинні закони і практику для забезпечення їх здатності реагувати на мінливі умови, у разі необхідності приймати і вводити в дію

законодавчі положення, що забороняють діяння, які являють собою серйозні види зловживання політичною або економічною владою і такі, що сприяють мірам і механізмам протидії таким діянням, а також забезпечувати відповідні права і засоби правового захисту для жертв таких діянь.

До таких засобів, зокрема, віднесені:

— реституція та/або компенсація;

— необхідна матеріальна, медична, соціальна, психологічна допомога і підтримка жертвам зловживань;

— включення до національних нормативних актів норм щодо заборони зловживання владою;

— відновлення в правах;

— введення заборони на практику і процедури, що сприяють зловживанням, та ін. [44, с.367]

Розглянемо приклад зловживання та протидії йому із вітчизняної практики судів спеціальної юрисдикції.

Позивачем заявлено вимогу про спонукання відповідача виконати обов’язок у натурі, а саме: виконати умови договору банківського рахунку і здійснити перерахування коштів позивача на певну суму за наданим платіжним дорученням. Позивач також просить суд:

— визнати неправомірними та припинити дії відповідача щодо блокування грошових коштів позивача, які знаходяться на рахунку, відкритому у відповідача;

— зобов’язати відповідача припинити зловживання своїми правами щодо грошових коштів позивача, які обліковуються на рахунку позивача.

На адресу господарського суду від відповідача надійшла заява, якою він просить відкласти розгляд справи, у зв’язку з відпусткою повноважного представника. Клопотання відповідача було задоволене і справу відкладено. Позивач доповненням до позовної заяви вказав, що за

рахунок блокування грошових коштів, що належать клієнтам та вкладникам, у тому числі й позивачу, банк неправомірно збільшує свої активи, у зв'язку з чим позивач додатково просить суд визнати неправомірними дії відповідача щодо невиконання ним зобов'язання, передбаченого договором банківського рахунку.

Таким чином, позовними вимогами у справі є: спонукання відповідача виконати обов'язок у натурі, а саме: виконати умови договору банківського рахунку, здійснити перерахування грошових коштів позивача на певну суму за наданим платіжним дорученням та визнати неправомірними і припинити дії відповідача щодо блокування грошових коштів позивача, які знаходяться на рахунку, відкритому у відповідача, а також зобов'язати відповідача припинити зловживання своїми правами щодо коштів позивача, які обліковуються на рахунку позивача. Відповідач відзивом визнав факт невиконання платіжного доручення позивача, пред'явленого позивачем до оплати відповідно до умов укладеного договору банківського рахунку, і обґрунтував свої дії розпорядженням тимчасового адміністратора та введенням мораторію на задоволення вимог кредиторів, вважаючи свої дії правомірними.

Враховуючи викладене, повно, всебічно й об'єктивно дослідивши матеріали та обставини справи, вислухавши представника позивача, оцінивши надані сторонами докази своїх вимог і заперечень до суті спору, їх належність, допустимість, достовірність кожного окремо й у сукупності без надання жодному доказу пріоритету або вищої сили, суд дійшов висновку, що позов підлягає частковому задоволенню з таких підстав. Відповідно до норми Основного Закону держави — Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами

України. Норма ст. 55 Конституції України надає право кожній особі на звернення до суду за захистом своїх прав.

Згідно зі ст. 16 ЦК України — захист цивільних прав та інтересів судом — кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Даною нормою встановлено способи захисту прав, які повинні бути дотримані особою, що звертається до суду за захистом, а саме: способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути: визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

З матеріалів позову вбачається, що позивач намагається зобов'язати відповідача визнати неправомірними і припинити дії відповідача щодо блокування коштів позивача, які знаходяться на рахунку, відкритому у відповідача, а також зобов'язати відповідача припинити зловживання своїми правами щодо коштів позивача, які обліковуються на рахунку позивача, і просить суд постановити про це рішення. Отже, спосіб захисту порушеного права позивач обрав не у відповідності до вимог закону. Таким чином, позовні вимоги в частині визнання неправомірними і припинення дій відповідача щодо блокування коштів позивача, які знаходяться на рахунку, відкритому у відповідача, а також зобов'язання відповідача припинити зловживання своїми правами щодо грошових коштів позивача, які обліковуються на рахунку позивача, слід залишити без задоволення за безпідставністю.

Позов у частині зобов'язання відповідача виконати умови договору банківського рахунку і здійснити перерахування коштів позивача за

наданим платіжним дорученням є повністю обґрунтованим, підтвердженим у порядку статей 33, 34 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України) належними доказами, таким, що відповідає фактичним правовідносинам сторін у справі, і вимоги в цій частині підлягають задоволенню, оскільки умовами укладеного між сторонами договору банківського рахунку не встановлено право банку (відповідача) припиняти банківське обслуговування клієнта (відповідача) і його рахунку при призначенні в установу банку тимчасового адміністратора та при введенні мораторію на задоволення вимог кредиторів.

Доводи відповідача, викладені у відзиві, спростовуються нормами постанови Національного банку України від 11 жовтня 2008 р. № 319, яка не містить положень щодо відмови клієнтові банку в здійсненні грошових переказів його власних коштів з його банківського рахунку на виконання умов укладеного договору банківського рахунку. Таке право відсутнє у відповідача з огляду й на умови укладеного договору банківського рахунку та правил статей 1066–1074 ЦК України. Вочевидь, що відповідач, прийнявши платіжне доручення від відповідача до оплати і не здійснивши переказ власних коштів позивача на його замовлення, діяв усупереч умовам договору, нормам ЦК України (статті 509, 510, 1066–1074) і постанови НБУ від 11 жовтня 2008 р. № 319, адже з огляду на згадані норми права клієнт банку і кредитор банку є суть різні особи і, відповідно до цього, різні вимоги: мораторій введено на задоволення вимог кредиторів банку, а не на обслуговування клієнтів банку та їхніх рахунків, що є основним видом професійної (статутної) діяльності відповідача. Таким чином, позовні вимоги слід задовольнити частково та зобов’язати відповідача виконати умови договору банківського рахунку, укладеного з позивачем, і здійснити перерахування власних грошових коштів позивача за платіжним дорученням. Як бачимо, фактор зловживання правом судом проігноровано.

Розглянемо ще один приклад з міжнародного досвіду протидії зловживанню правом.

Охорона прав на винаходи, промислові зразки і товарні знаки — предмет активного міжнародного регулювання. Основною міжнародною угодою в цій сфері є Паризька конвенція з охорони промислової власності. Перша редакція цієї Конвенції була підписана 11-ма державами в Парижі в 1883 р. й надалі неодноразово переглядалася та доповнювалася. Даною Конвенцією встановлено принцип запобігання зловживанням, що пов'язані зі здійсненням виключного права, наданого патентом. Якщо патентовласник, одержавши патент на винахід у якій-небудь країні, сам не використовує і не дозволяє іншим застосовувати цей винахід, Паризька конвенція передбачає видачу примусових ліцензій на умовах, передбачених Конвенцією. Якщо видача таких ліцензій виявиться недостатньою мірою для запобігання зловживанням, може бути поставлене питання про позбавлення прав на патент.

У деяких статтях угод Світової організації торгівлі упроваджуються елементи регулювання протидії зловживання правом. Двосторонні угоди, які передбачають співробітництво в розслідуваннях антиконкурентних прецедентів і проведення відповідних заходів, укладені між деякими розвинутими країнами. Так, основними документами СОТ, які корелюють з конкурентною політикою, є:

1. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) — ст. 40 (про інструменти, які можуть застосовувати країни — члени СОТ у відповідь на антиконкурентні зловживання з правами інтелектуальної власності);

2. Генеральна угода про торгівлю послугами (GATS) — ст. VIII (про неможливість зловживань ринковою владою монополіями та виключними постачальниками послуг); ст. IX (про міждержавні консультації щодо ділової практики, яка стримує конкуренцію);

3. Угода про пов’язані з торгівлею інвестиційні заходи (TRIMS) — ст. 9 (про Раду з торгівлі товарами як орган, який розглядає необхідність доповнення Угоди положеннями з конкурентної політики). Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) дозволяє членам СОТ вживати заходів, спрямованих на боротьбу зі зловживаннями правами інтелектуальної власності, які негативно впливають на конкуренцію. Так, у ст. 40 про інструменти, які можуть застосовувати країни — члени СОТ у відповідь на антиконкурентні зловживання з правами інтелектуальної власності, вказується: «Ніщо в цій Угоді не перешкоджає Членам визначати у своєму законодавстві ліцензійну практику та умови, які можуть в окремих випадках означати зловживання правами інтелектуальної власності, що негативно впливатиме на конкуренцію на відповідному ринку. …Член може вжити, згідно з іншими положеннями цієї Угоди, відповідних заходів для запобігання або контролю такої практики, які, наприклад, можуть включати виняткові умови щодо зворотної передачі покупцем ліцензії технічної інформації продавцю ліцензії, умови, що перешкоджають оскарженню законності та примусовому пакетному ліцензуванню, у світлі відповідних нормативних правових актів цього Члена» [133, с.625].

Країна, наприклад, може заборонити власникові права домовлятися про гарантування ліцензії на право користування інтелектуальною власністю на умовах, що одержувач ліцензії придбає деяку іншу продукцію, яка не захищена такими правами. Подібне пов’язування продукції створює своєрідний феномен, коли монопольна влада (забезпечена правами на інтелектуальну власність) на ринку конкретного товару чи послуги поширюється на інший товарний ринок. Відповідно GATS санкціоновані урядом монополії не повинні діяти у спосіб, що є несумісним з основними, національними зобов’язаннями щодо недискримінації іноземних постачальників послуг. Якщо така монополія виходить на інший конкурентний ринок, вона не повинна зловживати

своєю монополістичною силою. У ст. VII «Про неможливість зловживань ринковою владою монополіями та виключними постачальниками послуг» зазначено, що «там, де монопольний постачальник Члена конкурує безпосередньо або через зв'язану компанію при наданні послуги поза сферою своїх монопольних прав і де це стосується конкретних зобов'язань Члена, Член повинен забезпечити, щоб такий постачальник не зловживав своїм монопольним становищем, діючи на його території у спосіб, несумісний з такими зобов'язаннями» [133, с.625].

Розглянемо приклади з вітчизняного досвіду, зокрема на рівні галузевого регулювання. У попередніх розділах нами була розглянута така специфічна форма зловживання правом, як рейдерство, що, по суті, являє собою сукупність певних організаційно-правових заходів, застосовуючи які через вразливість, недосконаліть або формалізованість положень законодавства, допустимо здобути контроль над підприємством. Рейдерство являє собою високоінтелектуальну форму зловживання правом, у якій саме «право вживається на зло», оскільки поглинання підприємств здійснюється не тільки в рамках закону, а й з використанням його формальної сторони. Незважаючи на формально законний характер, рейдерство все ж таки має незаконну мету.

В контексті розгляду питання ефективності законодавства у боротьбі зі зловживанням правом доцільно розглянути вітчизняний досвід боротьби з такою специфічною формою зловживання правом, як рейдерство. В Україні утворена та функціонує Українська міжвідомча комісія з питань протидії протиправному поглинанню і захопленню підприємств. Даний орган є постійно діючим при Кабінеті Міністрів України (ухвала № 257 від 21 лютого 2007 р.). Метою утворення комісії є забезпечення взаємодії органів державної влади у сфері протидії протиправному поглинанню і захопленню підприємств, розробка пропозицій з удосконалення законодавства, що регулює корпоративні відносини. Як бачимо, одним із завдань поставлено удосконалення формального закону задля усунення

колізій, що спонукають до правового зловживання. Основними завданнями комісії також є моніторинг інформації про методи поглинання і захоплення підприємств, забезпечення взаємодії органів державної виконавчої служби, з питань посилення протидії протиправному поглинанню і захопленню підприємств, проведення оперативного обміну інформацією між органами державної влади і громадськими організаціями, а також напрацювання комплексу заходів з протидії протиправному поглинанню і захопленню підприємств. Як бачимо, регулювання, що здійснює комісія, є здебільшого інформаційним.

Іншою згадуваною вище специфічною формою зловживання правом є грінмейлінг, що водночас є і різновидом рейдерства, являє собою корпоративний шантаж шляхом купівлі значної кількості акцій якогось підприємства з пропозицією продати їх за завищеними цінами. Як правило, вчиняється здебільшого міноритарними акціонерами. Основним заходом за такого корпоративного шантажу є використання судових процедур. У тому числі й для створення видимості законності діянь.

З огляду на дану форму використання закону із неналежною метою Пленум Верховного Суду України в своїй ухвалі № 9 від 22 грудня 2006 р. «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» ухвалив, що при розгляді справ, предметом яких є оскарження рішення загальних зборів господарського товариства, судам необхідно враховувати, що заборона проводити такі збори віднімає право на участь у них і в управлінні товариством тих його учасників, які не оскаржили це рішення, і суперечить змісту заходів, мета яких — захист інтересів учасників процесу, а не позбавлення (порушення) прав інших осіб. Суд не повинен вживати таких заходів забезпечення позову, які пов’язані з втручанням у внутрішню діяльність господарських товариств (наприклад, забороняти скликати загальні збори товариства, складати список акціонерів, які мають право на участь у них тощо). У справах про захист трудових або

корпоративних прав не допускається забезпечення позову шляхом зупинки дії рішення про звільнення позивача з роботи і зобов'язання відповідача та інших осіб не створювати перешкод позивачу у виконанні ним своїх попередніх трудових обов'язків, оскільки таким чином фактично ухвалюється рішення без розгляду справи по суті. Особам, які беруть участь у справі, повинна бути гарантована реальна можливість захистити свої права при вирішенні заяви про забезпечення позову, оскільки існує ризик заподіяння ним збитку у випадку, якщо сам позов або пов'язані із матеріально правовими обмеженнями заходи щодо його забезпечення виявляться необґрунтованими. Тому, допускаючи забезпечення позову, суд згідно з частиною четвертою ст. 153 ЦПК України вправі покласти на позивача обов'язок внести на депозитний рахунок суду заставу, достатню для того, щоб запобігти зловживанню забезпеченням позову (проте її розмір не повинен перевищувати ціни позову) [61, с.102].

На думку Т. Волощенко, з метою недопущення зловживання правом в акціонерних правовідносинах необхідно деталізувати норми законодавства. З цією метою правознавець пропонує передбачити у Законі України «Про акціонерні товариства» спеціальну норму, яка б встановлювала заборону на здійснення суб'єктами акціонерних відносин прав з наміром завдати шкоду акціонерам та товариству, перешкодити законній реалізації майнових і немайнових прав акціонерів, використовувати недозволені засоби реалізації і захисту прав [48, с.41].

З одного боку, так, дійсно дане введення, можливо б, мало превентивний ефект. Оскільки подібна норма мала б спеціально галузевий характер та поширювалась би на визначену групу правовідносин. Але ж фактично була б дублікатом норми ст. 13 ЦК України. Норми Кодексу поширюються на дану групу правовідносин, і не тільки на цю. До того ж ЦК України у системі джерел права є пріоритетним. І дана норма мала б статус спеціальної стосовно ЦК радше за умови встановлення конкретного механізму юридичної відповідальності, аніж визначення спеціального кола

суб'єктів правовідносин. За такої умови дійсно можна було б говорити про її спеціальний статус та необхідність у ефективності. За наданою формою вона залишається все ж таки загальною при застосуванні до спеціального кола суб'єктів. Тому не вважаємо необхідним повторне дублювання у галузевих нормативно-правових актах. Більшої ефективності, на нашу думку, мало б розширення концепції «зловживання правом» у нормативно-правових актах вищої юридичної сили, а також найголовніше, деталізація механізму юридичної відповідальності в спеціально-галузевих джерелах права (галузеві кодекси, основні та пріоритетні закони тощо).

Вважаємо, існуюча на сьогодні в Україні фрагментарна концепція «зловживання правом» породжує більше запитань щодо розв'язання проблеми, ніж відповідей. Адже саме через невизначеність заборони зловживання правом на рівні основного закону держави, фрагментарне спеціально-галузеве регулювання даного феномену та відсутність чіткого механізму юридичної відповідальності маємо не тільки здебільшого негативний досвід із запобігання та подолання даного правового явища, а й провокуємо його виникнення та функціонування. Неприпустимість зловживання правом де-ін-де встановлена, а от міра відповідальності у разі допущення зловживання встановлена переважно кримінальним законодавством.

На доцільність наведених автором міркувань наведемо думку В. Анохіна та Є. Асташкіна, які причини можливих зловживань, зокрема у акціонерних правовідносинах, убачають у відсутності у законі меж здійснення захисту акціонерного права, «безмежність» суддівського розсуду при вирішенні питання про законність застосування тих або інших засобів реалізації і захисту нібито порушених прав, відсутність у акціонерному законодавстві мір відповідальності за зловживання правом [160, с.20-22]. Розглядаючи дану позицію авторів у загальнотеоретичному аспекті, можемо дійти висновку, що все ж таки однією із причин виникнення та функціонування зловживання правом є відсутність

механізму юридичної відповідальності за вчинене фактичне діяння. А от стосовно позиції щодо необхідності нормативної регламентації меж здійснення свого права, зокрема, права на захист, як визначено вченими, вважаємо необхідним не погодитись.

У наведеному прикладі автори згадують таке право, як «право на захист», встановлення меж якого необхідно здійснити у законі. З одного боку, встановлення меж реалізації будь-якого права є його обмеженням. У випадку із зловживанням правом таке обмеження може зводитись лише до категорії наявності «злого умислу», наміру здійснити своє право на шкоду іншій особі або здійснення такого права не за його основним призначенням, коли шкода завдається не конкретній особі, а суспільним інтересам у цілому.

Вважаємо, це єдина можлива «межа» здійснення права. Іншого роду межі не уявляються. До того ж встановлення межі здійснення права є радше питанням тлумачення обсягів самого права, а дана категорія є відносною. Хоча в деяких випадках питання «межі здійснення права» та «обсяг права» можуть виступати кваліфікаційною складовою зловживання правом. Наприклад, при кваліфікації факту «зловживання посадовим становищем» та «перевищення владних повноважень». Тобто право кожного існує доти, доки не порушує право іншого або суспільний інтерес. Зазначений універсальний постулат є слушним і в даному випадку. Він містить відповідну гармонійну складову, яка відображає оптимальне співвідношення прав осіб та меж їх реалізації в сучасному суспільстві.

Висновки до розділу 3

У розділі 3 дисертації здійснено теоретичне дослідження щодо особливостей нормативно-правового регулювання протидії зловживанню правом, а також міжнародного досвіду та надбань вітчизняної практики сьогодення щодо запобігання та протидії даному феномену.

У процесі здійсненого наукового дослідження досягнуто таких результатів:

1. Досліджено загальну сутність правового регулювання та його особливості в контексті протидії явищу зловживання правом. Нормативне регулювання протидії зловживанню правом як упорядкування поведінки людей за допомогою нормативно-правових актів розраховується на їх багаторазове застосування за наявністю передбачених у таких актах *«модельних»* обставин. А тому коло суспільних відносин, на які поширюється нормативно-правове регулювання протидії зловживанню правом, має бути конкретно не визначеним і встановленим насамперед на загальному правовому, а вже потім — на галузевому рівні.

2. Виокремлено сутнісні особливості та закономірності правового регулювання протидії зловживанню правом. «Розпорошеність» галузевого регулювання протидії зловживанню правом веде не до подолання проблеми, а лише ситуативно і доволі обмежено вирішує її. Як юридична цілісність, галузь права є відносно замкнутою, автономною підсистемою правового регулювання. Головне її призначення — забезпечити стосовно певної сфери суспільних відносин специфічний режим правового регулювання — сукупність характерних за природою і специфічних за юридичним змістом правових засобів.

3. Розглянуто погляди відомих теоретиків та науковців на проблему нормативно-правового регулювання протидії зловживанню правом, зокрема С. Зайцевої, А. Муранова та ін. Також розглянуто способи протидії зловживанню правом, запропоновані Е. Мурадьяном. У зв’язку з цим у дисертаційній роботі запропоновані попередниками способи протидії зловживанню правом доповнені новими поглядами на їх застосування — з урахуванням сучасного стану розвитку суспільства, юридичної практики, законодавчого матеріалу та ін.

4. Визначено, що механізм протидії зловживанню правом складається з трьох аспектів: 1) запобіжних заходів із запобігання

зловживанню правом на початковому етапі; 2) протидії зловживанню правом у процесі реалізації суспільних відносин; 3) введення відповідальності у кожному конкретному випадку зловживання правом.

5. Констатовано, що на даний час система протидії зловживанню правом у сучасному українському законодавстві має, на жаль, ще фрагментарний та переважно спеціально-галузевий характер. У зв'язку з цим зроблено висновок, що ефективна протидія зловживанню правом на законодавчому рівні повинна здійснюватись за дворівневою системою: на рівні загально правових принципів; на рівні спеціально-галузевих приписів та норм регулювання. Юридичне значення норм протидії феномену зловживання правом у вітчизняному законодавстві істотно недооцінене. Принцип неприпустимості зловживання правом не має власної стійкої логічної теоретичної конструкції, у тому числі й на конституційно-правовому рівні. Існує необхідність виведення цього принципу із загальнотеоретичного рівня на законодавчий, із закріпленням його в окремому положенні Конституції України. Через відсутність належної теоретичної основи застосування на практиці ст. 13 ЦК України, яка регламентує протидію зловживанню правом у цивільно-правових та господарських відносинах, є переважно хаотичним і досить обмеженим. Положення зазначеної норми вступають у певну колізію з іншими способами юридичного захисту і використовуються судом або зацікавленим колом осіб лише як допоміжний механізм, а не самостійний правий регулятор. Практика поширення застосування наведеної статті ЦК України на інші групи правовідносин відсутня.

6. На прикладах, узятих із міжнародного досвіду та вітчизняної практики боротьби зі зловживанням правом, здійснено спостереження способів протидії цьому негативному явищу в різних видах правовідносин, як у матеріальному, так і в процесуальному аспектах. На конкретних прикладах із міжнародних і спеціально-галузевих правовідносин можемо спостерігати, що ефективність законодавства є основною передумовою

боротьби із явищем правового зловживання. При цьому рушійною силою в даному випадку виступає механізм юридичної відповідальності.

7. Зроблено загальний висновок, що абсолютно викорінити, подолати й побороти зловживання правом, на жаль, не можливо. Але є реально можливою його мінімізація шляхом своєчасного вжиття заходів та застосування механізмів із протидії зловживанню правом.

8. Міжнародний досвід і вітчизняна практика наочно демонструють, що зловживання правом є явищем, яке пронизує всі галузі права і всі групи правовідносин, а отже — у теоретичному значенні є категорією загальною, і потребує прогресивного аналізу та вивчення з порівнянням відповідного міжнародного і вітчизняного досвіду.

9. Сучасний стан суспільства засвідчує, що в юридичній практиці сьогодення існує безліч різноманітних форм і видів зловживання правом. У зв’язку з цим слід визнати, що наукове розуміння досліджуваної категорії є дещо застарілим і не враховує навичок міжнародної юридичної практики щодо закономірностей зловживання правом. Сучасна юридична практика вказує на високий і прогресуючий рівень розвитку феномену зловживання правом, водночас наукові знання щодо даного явища є класичними та подекуди не відповідають сучасному стану суспільства.

10. Імплементуючи знання міжнародного досвіду і вітчизняної практики щодо категорії зловживання правом у сучасний суспільний вжиток, законодавство та доктрину отримаємо вектори для протидії та запобігання феномену зловживання правом. На жаль, подолати даний феномен повністю неможливо, оскільки він може зникнути лише із самим суспільством, але можна опрацьовувати шляхи до запобігання йому, протидії та максимальної мінімізації.

По закінченні останнього розділу цієї роботи маємо перейти до основних теоретичних висновків, які враховують увесь зміст дисертації і є логічним підсумком дослідження проблем за обраною науковою тематикою.

ВИСНОВКИ

У дисертації наведено теоретичне узагальнення і нове вирішення наукового завдання, яке полягає у комплексній характеристиці категорії «зловживання правом», як теоретико-правового явища. Вирішення поставлених завдань надало змогу, насамперед, переосмислити сутнісні характеристики категорії «зловживання правом», її теоретико-прикладні аспекти та запропонувати шляхи протидії цьому явищу в суспільстві.

Отримані в процесі дослідження результати дозволяють сформулювати наступні *висновки:*

1. Внаслідок наукового дослідження категорії «зловживання правом» встановлено, що класичне уявлення про категорію «зловживання правом» є дещо «застарілим», таким, що не відповідає сучасному стану розвитку суспільства. Воно потребує наукового переосмислення, нових підходів та вимірів опрацювання. Особливу увагу при цьому варто приділити вивченню юридичної практики.

2. Окрему увагу присвячено історичній характеристиці зловживання правом, його періодизації та стану розвитку в суспільствах різного типу. Виклад наукового матеріалу здійснювався із застосуванням наступної історичної періодизації розвитку людського суспільства: Стародавній світ — Середньовіччя — Новий час — Новітня історія — Сучасність. Це дало змогу хронологічно відобразити динаміку розвитку зловживання правом як соціального явища і, як теоретичної категорії в юридичній науці.

3. На основі вивчення поняття «зловживання правом», основних ознак явища, властивостей та сучасних особливостей вироблено власне загальнотеоретичне визначення правової категорії «зловживання правом», відповідно до якої: «зловживання правом — це спосіб здійснення права всупереч його основному змісту та призначенню, внаслідок застосування якого суб’єкт права завдає або намагається завдати шкоду іншим

учасникам суспільних відносин». На нашу думку, дане загальнотеоретичне визначення охоплює сутнісний і формалізований аспекти явища що досліджується, а також окреслює основну закономірність виникнення зловживання правом — використання права всупереч його змісту та соціальному призначенню.

4. Визначено такі *основні закономірності виникнення та функціонування «зловживання правом»:*

a) зловживання правом як негативний соціальний феномен виникає одночасно із правом та функціонує у межах конкретного суспільства. Існування його поза правом і суспільством є неможливим; зловживання правом еволюціонує та видозмінюється разом із суспільними трансформаціями. Отже, ступінь розвитку зловживання правом, як негативного соціального феномена, залежить від ступеня розвитку самого суспільства;

b) якісна характеристика зловживання правом значною мірою зумовлена ментальними особливостями в певних координатах часу і простору. Крім того, варто враховувати також особливості відповідної правової системи, зокрема етнічні та релігійні традиції того чи іншого суспільства. Множина форм і видів зловживання правом є категорією мінливою, залежною від стану розвитку суспільства;

c) прояви зловживання правом мають конкретно-історичний зміст і динамічний характер. З ускладненням економічної та соціальної структури суспільства ускладнюються відповідні форми та види зловживання правом;

d) подолати зловживання правом остаточно не можливо. Проте, необхідно віднайти шляхи щодо протидії, запобігання та мінімізації цього явища на нормативному, правовому, культурному та суспільному рівнях.

5. Визначено поняття та систему соціальних чинників, що впливають на явище зловживання правом. Дана система подана за різними критеріями та здійснена з урахуванням сучасного стану суспільства,

динаміки його розвитку та видозмін. Соціальними чинниками зловживання правом є комплекс явищ об'єктивного та суб'єктивного характеру, здатних детермінувати вчинення зловживання правом суб'єктами суспільних відносин.

Всі соціальні чинники, що впливають на виникнення зловживання правом, пропонуємо класифікувати:

— за сферою впливу: економічні, управлінські (адміністративні), політичні, процесуальні, юридично-правові тощо;

— за характером виникнення: суб'єктивні (спричинені індивідуально суб'єктивним фактором, як-то внутрішнє ставлення, ідейне переконання, правова культура суб'єкта, що вчиняє зловживання правом); об'єктивні (спричинені зовнішніми факторами, соціальний і майновий стан суб'єкта);

— за рівнем виникнення: соціальні чинники індивідуального рівня (щодо окремої особи, людини, громадянина); соціальні чинники рівня певної соціальної групи (чиновницький апарат, посадові та службові особи та ін.); соціальні чинники, які стосуються всього суспільства (прикладом таких соціальних чинників, що можуть викликати зловживання правом на рівні всього суспільства може слугувати: низький рівень майнового та соціального забезпечення населення у державах перехідного типу, класове розшарування суспільства, економічна криза тощо);

— за способом дії: активні (особисті потреби особи та інше);пасивні (відсутність юридичної відповідальності, низький рівень нормативно-правового регулювання суспільних відносин, прогалини у праві, низький рівень правової культури);

— залежно від ступеня розвитку суспільства: динамічні (залежні від розвитку суспільства та суспільних відносин, наприклад, соціальні, майнові, особисті блага: із розвитком суспільства діапазон та види таких благ збільшуються); статичні (сталі, незмінні та незалежні від суспільного розвитку категорії, наприклад: низький рівень моральності особи, особливості її індивідуального та психічного розвитку).

6. Розроблено розгалужену класифікацію феномену «зловживання правом» за різноманітними критеріями. Наведений класифікаційний ряд підтверджує, що зловживання правом є явищем наскрізним та пронизує всі види суспільних відносин. Дана класифікація є залежною від розвитку суспільства, держави і права. Здійснено розмежування категоріальних понять «форма зловживання правом» і «вид зловживання правом». Визначено особливе місце зловживання правом у структурі правової поведінки.

7. Виокремлено основні особливості юридичної кваліфікації зловживання правом, які, окрім теоретичного навантаження, мають прикладний характер у можливості застосування юридичної відповідальності. У процесі дослідження суб'єктивної сторони явища «зловживання правом» встановлено особливості і роль таких її елементів, як мотив і мета при здійсненні кваліфікації діяння зловживання правом.

8. Встановлено рівень ефективності діючого законодавства у протидії зловживанню правом. Доведено, що зловживання правом є проблемою загальноправовою, яка пронизує всі галузі та інститути права (як свідчить міжнародний досвід та вітчизняна практика). Отже, протидія зловживанню правом потребує відповідного загальноправового рівня регулювання, зокрема конституційного. У зв'язку з цим запропоновано закріпити у чинному законодавстві України загальний принцип неприпустимості зловживання правом і поширити його дію на всі види правовідносин. Зроблено висновок, що нормативне регулювання протидії зловживанню правом не є інститутом або субінститутом певної правової галузі, оскільки не обмежується рамками однієї галузі права. Висловлено припущення, що протидія зловживанню правом на системному рівні є за своїм змістом загально правовим комплексним інститутом. Встановлено, що імплементація знань і правових традицій міжнародного і вітчизняного регулювання категорії «зловживання правом» надає можливість виробити нові шляхи протидії даному явищу на суспільному та правовому рівнях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абдулаев М. И. Права человека и закон: Историко-теоретические аспекты / М. И. Абдулаев. — СПб: Юрид. центр Пресс, 2004. — 322 с.

2. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М. М. Агарков // Известия АН СССР, Отделение экономики и права. — 1946. — № 6. — С. 424–436.

3. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — [2-е изд., перераб. и дополн.]. — М.: НОРМА, 2002. — 608 с.

4. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 712 с.

5. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев — М.: Статут, 2000. — 256 с.

6. Алексеев С. С. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов и факультетов / С. С. Алексеев. — М.: Норма, 2004 — 283 с.

7. Антонюк О. В. Етнополітика в Україні: історія та сучасний стан / О. В. Антонюк // Український історичний журнал. — 1999. — № 3. — С. 44–56.

8. Баскакова М. А. Толковый юридический словарь бизнесмена / М. А. Баскакова. — М.: Контракт, 1994. — 560 с.

9. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман; пер. с англ. — [2-е изд.]. — М.: Изд-во МГУ: изд. группа ИНФРА-М-НОРМА,1998. — 624 с.

10. Бернштейн Д. И. Правовая ответственность как вид социальной ответственности и пути ее обеспечения / Д. И. Бернштейн. — Ташкент: ФАН, 1989. — 150 с.

11. Библия: книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета / в русс. пер. с параллельными местами. — М.: Библейские сообщества, 1994. — 1564 с.

12. Бобровник С. В. Правове регулювання суспільних відносин та реалізація права / С. В. Бобровник // Правова держава: щорічник наук. праць Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 1996. — Вип. 7. — С. 103–108.

13. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. — [2-е изд., перераб. и дополн.]. — М.: ИНФРА-М, 2000. — 704 с. — (Серия «Библиотека словарей «ИНФРА-М»).

14. Васильев Ю. В. Взаимодействие права и морали / Ю. В. Васильев // Советское государство и право. — 1996. — № 11. — С. 18–20.

15. Ведич-Берендей В. КЕДР — Концепция духовного развития: Украина и социогуманизм / В. Ведич-Берендей. — К.: ООО «ПанТот», 2011. — 208 с.

16. Волков А. В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами» / А. В. Волков. — Волгоград: Станица-2, 2007. — 352 с.

17. Воронова І. В. Правоповага як ціннісне явище громадянського суспільства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / І. В. Воронова. — Х., 2006. — 18 с.

18. Власенко Н. А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования / Н. А. Власенко // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: материалы Междунар. симпозиума (Геленджик, 27–28 сент. 2007 г.) / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2008. — С. 346–350.

19. Гаврилишин Б. Україна між Сходом та Заходом, Північчю та Півднем: геополітичні можливості й обмеження / Б. Гаврилишин // Розбудова держави. — 2002. — № 7–12. — С. 115–120, С. 26–33.

20. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного суда РФ) / Г. А. Гаджиев. — М.: Юристъ, 2002. — 286 с.

21. Гельзен Г. Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості / Г. Гельзен; пер. з нім. О. Мокровольського. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.

22. Гайек Ф. А. Право, законодавство і свобода. Нове визначення ліберальних принципів справедливості і політичної економії. Т. I–III / Ф. А. Гайек. — К.: Аквілон-Прес, 2000. — Т. I. — 448 с.

23. Гайдулін О. Чорний пенні: добросовісність чи зловживання правом? Європейський досвід правового регулювання торгового обороту / О. Гайдулін // Транспорт і логістика. — 2007. — № 2/16 Липень [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.translog.com.ua/archive/202/number15// Дата звернення до джерела: 26.04.12 р.

24. Гегель Г. Философия истории / Г. Гегель. — М.: Наука, 1990. — 128 с.

25. Гегель Г. В. Ф. Энциклопедия философских наук. — Т. 1: Наука логики / Г. В. Ф. Гегель — М.: Мысль, 1974. —— 452 с. — (Филос. наследие. — Т. 63). — С. 53–424 (с примеч.).

26. Герасимів Т. З. Девіантна поведінка особистості: філософсько-правовий вимір: монографія / Т. З. Герасимів. — Львів: Львівськ. держ. ун-т внутр. справ, 2009. — 524 с.

27. Герасимова О. Злоупотребление правом / О. Герасимова // Правосудие в Восточной Сибири. — 2003. — № 2–3. — С. 3–6.

28. Гражданское уложение Германии / пер. с нем.; науч. ред. А. Л. Маковский. — М.: Вольтерс Клувер, 2004. — 816 с.

29. Гражданский кодекс Украины: научно-практический комментарий. — Х.: ООО «Одиссей», 1999. — 848 с.

30. Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М.: Проспект, 1997. — Ч. 1. — 600 с.

31. Гражданский кодекс Грузии / науч. ред. З. К. Бигвава; пер. с груз. И. Мериджанашвили, И. Чиковани. — СПб: Юрид. центр России, 2002. — 750 с.

32. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособ. / под общей ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. — М: МЦФЭР, 2004. — 896 с.

33. Горев И. Система корпоративного управления в холдингах / И. Горев, Р. Козлов, Е. Дубовицкая // Журнал для акционеров. — 2003. — № 12. — С. 4–7.

34. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе / В. М. Горшенев. — М.: Юрид. лит., 1972. — 255 с.

35. Гражданское законодательство Израиля / сост., предисл., пер. с иврита члена Адвокатской палаты Санкт-Петербурга и Коллегии адвокатов государства Израиль М. С. Хейфец; науч. ред. — директор Ин-та независимых правовых и экономических исследований «Юридический центр – Наука» Н. Э. Лившиц. — СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. — 633 с.

36. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1992. — 284 с.

37. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — [изд. 2-е, стереотип.]. — М.: Статут, 2001. — 411 с.

39. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4-х т. / В. Даль. — М.: ЮВЕС, 2002. — Т. 1. — 320 с.

40. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. В. А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1996. — 400 с.

41. Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности: социологический и юридический аспекты / Ю. А. Денисов. — Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1983. — 143 с.

42. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящееся к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. Де Сальвиа. — СПб: Юрид. центр Пресс, 2004. — 1265 с.

43. Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / Д. В. Дождев. — [изд. 2-е, дополн.]. — М.: НОРМА, 2000. — 672 с.

44. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник для вузов / рук. авт. колл. и отв. ред. д. ю. н., проф. Л. М. Энтин. — [2-е изд., пересмотр. и дополн.]. — М.: Норма, 2005. — 960 с.

45. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. — М.: Лекс-Книга, 2002. — 160 с.

46. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Бержель Ж.-Л.; пер. с франц. Г. В. Чуршукова; под общ. ред. В. И. Даниленко. — М.: Nota bene, 2000. — 576 с.

47. Забродський А. Зловживання правом як загальна тенденція процесу / А. Забродський // Юридичний радник. — 2006. — № 5(13). — С. 26–27.

48. Загальна теорія держави і права (основні поняття, категорії, правові конструкції та наукові концепції): навч. посіб. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 400 с.

49. Загальна теорія держави та права: підруч. для студ. юрид. спеціальностей вищих навч. закладів / [М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.]; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. — Харків: Право, 2002. — 432 с.

50. Загальна декларація прав людини / Прийнята і проголошена в резолюції 217 А (III) Генеральною Асамблею ООН від 10 грудня 1948 року

[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015. — Станом на 12.12.2013 р.

52. Про символіку Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала в Україні: Закон України від 22 жовтня 2009 р. № 1675-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/862-14. — Станом на 12.12.2013 р.

53. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2210-14. — Станом на 12.12.2013 р.

54. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони фінансовим установам в односторонньому порядку збільшувати розмір процентів та інших платежів, передбачених договором: Закон України від 21 січня 2010 р. № 1822-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/findT101822.html. — Станом на 12.12.2013 р.

55. Зайцева С. Г. К вопросу о способах противодействия проявлению феномена «злоупотребление правом» в реальной жизни / С. Г. Зайцева // Юрист. — 2003. — № 9. — С. 16–19.

56. Зайцева С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория и как компонент нормативной системы законодательства Российской Федерации / С. Г. Зайцева. — Рязань, 2002. — 160 с.

57. Зайцева С. Г. Злоупотребление правом / С. Г. Зайцева // Юрист. — 2003. — № 4. — С. 10–12.

58. Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.

59. Звонарев К. К. Агентурная разведка. Кн. 1: Русская агентурная разведка всех видов до и во время войны 1914–1918гг.; Кн. 2: Германская агентурная разведка до и во время войны 1914–1918 гг. — К.: Изд. дом «Княгиня Ольга», 2005. — 696 с.

60. Зелінський А.Ф. Корислива злочинна діяльність / А. Ф. Зелінський, М. Й. Коржанський. — К.: Генеза, 1998. — 144 с.

61. Зеркалов Д. В. Рейдеры: пособие / Д. В. Зеркалов. — К.: Дакор, КНТ, 2007. — 188 с. (Серия: Международная и национальная безопасность).

62. Зеркалов Д. В. Антирейдер: пособие / Д. В. Зеркалов. — К.: Дакор, КНТ, Основа, 2008. — 224 с. (Серия: Международная и национальная безопасность).

63. Ильенков Э. В. Диалектика абстрактного и конкретного в «Капитале» Маркса / Э. В. Ильенков. — М., 1991. — 214 с.

64. Ильин И. А. О сущности правосознания / И. А. Ильин. — М.: Рагорть, 1993. — 325 с.

65. Інститут юридичної відповідальності у демократичних правових системах: монографія / за заг. ред. Н. М. Оніщенко. — К.: Вид-во «Юрид. думка», 2009. — 216 с.

66. Шрам В. П. Интересная книга о злоупотреблении правом // Государство и право. — 1997. — № 4. — С. 122–124.

67. Кант І. Критика практичного розуму / Кант І.; пер. з нім., прим. та післямова І. Бурковського; наук. ред. А. Єрмоленко. — К.: Юніверс, 2004, 240 с.

68. Кант І. Рефлексії до критики чистого розуму / Кант І.; пер. з нім. і лат. та прим. І. Бурковського. — К.: Юніверс, 2004. — 464 с.

69. Качановский Ю. Jus et justitia: право и правоприменение / Ю. Качановский // Право и политика. — М., 2003. — № 12. — С. 109–115.

70. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права: підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. — К.: Кондор, 2006. — 477 с.

71. Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. — М., 1972. — 313 с.

72. Книга Самурая / [Юдзан Дайдози. Ямамото Цунэтомо. Такуан Сохо. Миямото Мусаси. Юкио Мисима]; пер. Р. В. Котенко, А. А. Мищенко, А. А. Петрова. — СПб: Евразия, 2007. — 320 с.

73. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: части первой (постатейный) / [Г. Е. Авилов, В. В. Безбах, М. И. Брагинский и др.]; под ред. О. Н. Садикова. — М.: Контракт — Инфра-М, 1997. — 778 с.

74. Кожевников С. Н. Правомерное поведение и правонарушение: сущность и содержание: учеб.-метод. пособие по курсу «Общей теории права» / С. Н. Кожевников. — Н.Новгород: ООО «Общество Интерсервис», 2001. — 72 с.

75. Колінчук Х. Г. Зловживання батьківськими правами в контексті інституту зловживання суб'єктивними цивільними правами / Х. Г. Колінчук // Наукові записки. — Національний університет «Києво-Могилянська академія». — Т. 90. Юридичні науки. — С. 72–75.

76. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. зі змінами, внесеними Протоколом № 11. Офіц. пер. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua. — Станом на 12.12.2013 року.

77. Конституционное право зарубежных стран: учебник для вузов / под общ. ред. чл.-корр. РАН, проф. М. В. Баглая, д. ю. н., проф. Ю. И. Лейбо и д. ю. н., проф. Л. М. Энтина. — М.: НОРМА, 2003. — 832 с.

78. Коран / пер. И. Ю. Крачковского. — М.: Совместное сов.-фин. предприятие ИКПА, 1990. — 512 с.

79. Костенко О. Як подолати зловживання правами? (До 60-річчя Загальної декларації прав людини) / О. Костенко // Журнал Верховної Ради України «Віче» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.viche.info/journal/1324/.

80. Котляревский Г. С. Проблемы общей теории права: учеб. пос. / Г. С. Котляревский, Б. Л. Назаров. — М., 1973. — 360 с.

81. Котюк В. О. Загальна теорія держави і права: навч. пос. / В. О. Котюк. — К.: Атіка, 2005. — 592 с.

82. Крусс В. И. Злоупотребление правом: учеб. пос. / В. И. Крусс. — М.: Норма, 2010. — 176 с.

83. Крусс В. И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека / В. И. Крусс // Государство и право. — 2002. — № 7. — С. 46–47.

84. Крусс В. И. Теория конституционного правопользования / В. И. Крусс. — М., 2007. — 618 с.

85. Кузнецов В. В. Теорія кваліфікації злочинів: підручник / В. В. Кузнецов, А. В. Савченко; за заг. ред. д. ю. н., проф. В. І. Шакуна. — [4-е вид., перероб.]. — К.: Алерта, 2012. — 316 с.

85. Кучерук Ю. М. О концепции недопустимости злоупотребления правом как воплощение принципа добросовестности [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http: //teffi.com.ua/stati/O_koncepcii_nedopustimosti_zloupotreblenija_pravom-id-14.html. — Дата звернення до джерела: 06.03.2012 р.

86. Крылатые латинские выражения / авт.-сост. Ю. С. Цыбульник. — М.: ООО «Издательство АСТ»; Х.: «Фолио», 2003. — 830 с.

87. Лазарев В. В. Правонарушение и юридическая ответственность / Лазарев В. В. // Проблемы общей теории права и государства: учебник / под ред. В. С. Нерсесянца. — М., 1999. — 208 с.

88. Лебон Г. Психология народов и масс / Г. Лебон; пер. с франц. — Челябинск: Социум, 2010. — 320 с.

89. Леви Э. Введение в правовое мышление / Э. Леви; пер. с англ. — М., 1995. — 290 с.

90. Лейст О. Э. История политических и правовых учений / О. Э. Лейст. — М., 2004. — 568 с.

91. Лившиц Р. З. Современная теория права. Краткий очерк / Р. З. Лившиц. — М., 1992. — 92 с.

92. Лист Державної митної служби України від 2 березня 2010 р. № 11/3-10.09/1793-ЕП. Видавник: Державна митна Служба України / Сайт: «Ліга Закон» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/accept/find /MK100382.html. — Дата звернення: 06.03.2012 р.

93. Ломброзо Ч. Преступный человек / Ч. Ломброзо; пер. с ит. — М.: Эксмо; СПб: Мидгард, 2005. — 880 с.

94. Мазараки А. А. Торговля. Деньги. Менталитет: монография / А. А. Мазараки. — К.: Книга, 2006. — 632 с.

95. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Х.: Право, 2002. — 328 с.

96. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита / М. Н. Малеина. — М.: МЗ-Пресс, 2001. — 244 с.

97. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование) / А. А. Малиновский. — М.: Юрлитинформ, 2010. — 352 с.

98. Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право / Г. В. Мальцев. — М., 1977. — 255 с.

99. Англо-русский полный юридический словарь / авт.-сост. А. Мамулян, С. Кашкин. — М., 1993. — 448 с.

100. Маркс К. Немецкая идеология / Маркс К. // К. Маркс, Ф. Энгельс. Сочинения. — [2-е изд.]. — М.: Гос. изд-во полит. лит., 1959. — Т. 3. — С. 7–544.

101. Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособ. / М. Н. Марченко. — М.: ТК Велби, Проспект, 2005. — 760 с.

102. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения / М. Н. Марченко. — М.: ООО «Городец-издат», 2002. — 1068 с.

103. Марчук В. М. Правомірна поведінка, правопорушення та юридична відповідальність: конспект лекцій з курсу «Основи права»:

навч.-метод. вид. / В. М. Марчук, Л. В. Ніколаєва. — К.: РВВ КДТЕУ, 1996. — Ч. II. — 301 с.

104. Менахен Э. Еврейское право / Э. Менахен; под общ. ред. д. ю. н., проф. И. Козлихина; науч. ред. И. Менделевич, М. Левинов; пер. с иврита А. Белова (Элинсона), М. Китросской; науч. консульт. Я. Айзенштат, А. Стриковский. — СПб: Юрид. центр Пресс, 2002. — 611 с.

105. Мертон Р. Социальная структура и аномия / Р. Мертон // Рубеж. Альманах социальных исследований. — Сыктывкар, 1992. — № 2. — С. 89–105.

106. Международные акты о правах человека: сб. док. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — 944 с.

107. Монтескье Ш. Избранные произведения / Ш. Монтескье. — М.: Политиздат, 1955. — 447 с.

109. Мохамед Я. С. Х. Гражданско-правовая защита от злоупотребления в праве России и Йемена: дисс. … канд. юрид. наук / Я. С. Х. Мохамед. — Казань, 2005. — 200 с.

110. Муранов А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве: дисс. … канд. юрид. наук / А. И. Муранов. — М., 1999. — 210 с.

111. Мурадьян Э. М. Превентивные иски / Э. Н. Мурадьян // Государство и право. — 2011. — № 4. — С. 23–25.

112. Мураметс О. Ф. Правопорядок в развитом социалистическом обществе / О. Ф. Мураметс, Т. М. Шамба. — М., 1979. — 350 с.

113. Мухаев Р. Т. Теория государства и права: учебник / Р. Т. Мухаев. — М., 2001. — 464 с.

114. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — [3-є вид., переробл. та доповн.]. — К.: Атіка, 2004. — 217 с.

115. Наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді «Про затвердження Правил опіки та піклування» від 26 травня 1999 р., № 34/166/131/88.

116. Наказ Міністерства вугільної промисловості України від 19 жовтня 2006 р., № 506. Видавник: Міністерство вугільної промисловості України / Сайт «Ліга Закон» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/accept/findFIN23868.html. — Дата звернення: 06.03.2012 р.

117. Нерсесянц В. С. Теория государства и права: краткий учеб. курс / В. С. Нерсесянц. — М., 2001. — 539 с.

118. Новейший словарь иностранных слов и выражений. — М.: Совр. литератор, 2003. — 976 с.

119. Нурпеисов Е. К. Психология правомерного поведения / Е. К. Нурпеисов. — Алма-Ата, 1984. — 276 с.

120. Общая теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. — [3-е изд., перераб. и дополн.]. — М.: Юристъ, 2001. — 520 с.

121. Общая теория государства и права. Академический курс / под ред. М. Н. Марченко. — М., 1998. — Т. 2. — 580 с.

122. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. — М., 2000. — 955 с.

123. Оксамытный В. В. Правомерное поведение личности / В. В. Оксамытный. — К.: Наук. думка, 1985. — 563 с.

125. Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах / под ред. Ф. М. Решетникова. — М.: Юрид. лит., 1994. — 75 с.

126. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — 608 с.

127. Пендюра М. В. Національна безпека України в контексті сучасних європейських геополітичних трансформацій: дис. … канд. юрид. наук / М. В. Пендюра. — К., 2006. — 210 с.

128. Победоносцев К. П. Судебное руководство / К. П. Победоносцев. — М.: Статут; РАП, 2004. — Кн. 3. — 431 с. (Судебная реформа России).

129. Пермяков Ю. Е. Правовые суждения / Ю. Е. Пермяков. — Самара, 2005. — 190 с.

130. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — М., 2000. — 608 с.

131. Права человека: учебник для вузов / отв. ред. чл.-корр. РАН, д. ю. н. Е. А. Лукашева. — М.: НОРМА, 2003. — 573 с.

132. Право в средневековом мире: сб. ст. — СПб: Алтейя, 2001. — Вып. 2–3. — 346 с.

133. Право Европейского Союза: учебник для вузов / под ред. С. Ю. Кашкина. — М.: Юристъ, 2004. — 925 с.

134. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві (теорія, законодавство, судова практика) / В. Д. Примак. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 432 с.

135. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія: у 2-х кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка; [ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]; Кн. перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / відп. ред. Н. М. Оніщенко. — К.: Вид-во «Юрид. думка», 2008. — 344 с.

136. Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: дис. ... канд. юрид. наук / О. А. Поротикова. — Саратов, 2002. — 206 с.

137. Погорілко В. Концепція розвитку законодавства суверенної України / В. Погорілко, М. Малишко // Вісник АН України. — 1993. — № 5. — С. 17–24.

138. Податковое право: учеб. пособ. / под ред. С. Г. Пепеляева. — М.: ІД ФБК-ПРЕС, 2000. — С. 594–596.

139. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М.: Статут, 1998. — 353 с.

140. Полянський Т. Т. Феномен зловживання правом (загальнотеоретичне дослідження) / Т. Т. Полянський // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Серія І. Дослідження та реферати. — Львів: Галицький друкар, 2012. — Вип. 25. — 456 с.

141. Полянський Т. Т. Зловживання правом: загальнотеоретична характеристика: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Полянський Т. Т. — Львів, 2011. — 24 с.

142. Полянський Т. Зловживання правом як специфічне правопорушення / Т. Полянський // Vivat justitia. — 2006. — Вип. 5. — С. 15–19.

143. Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства / В. Н. Протасов. — М.: Новый Юрист, 1999. — 240 с.

144. Приходько А. И. Воспрепятствование разрешению дел в арбитражных судах: актуальные вопросы судебного правоприменения / А. И. Приходько. — М.: Вольтерс Клувер, 2006. — 288 с.

146. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посібн. / П. М. Рабінович. [вид. 5-е, зі змін.]. — К.: Атіка, 2001. — 176 с.

148. Разумовский И. Проблемы марксистской теории права / Разумовский И. // Антология мировой правовой мысли: в 5-ти томаз. — М.: Мысль, 1999. — Т. 4. — 680 с.

149. Рогач О. Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук / О. Я. Рогач. — К., 2011. — 25 с.

150. Рогач О. Я. Механізм протидії проявам зловживання правом / О. Я. Рогач // Форум права. — 2011. — № 3. — С. 654–660 [Електронний

ресурс]. — Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11rojpzp.pdf. — Дата звернення до джерела: 05.03.2012 р.

151. Родионов О. С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством: автореф. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / О. С. Родионов. — Саратов, 2001. — 28 с.

152. Рубинштейн С. Л. Проблемы общей психологии / С. Л. Рубинштейн. — М., 1966. — 364 с.

153. Сальников В. П. Русская философия права / В. П. Сальников, А. П. Альбов, Д. В. Масленников. — [изд. 2-е, дополн.]. — СПб: Алтейя, 1999. — 432 с.

154. Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР (1938–1975). — М.: Типогр. «Красный пролетарий», 1976. — Т. 3. — 478 с.

155. Свердлык Г. А. Защита и самозащита гражданских прав: учеб. пособ. / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страунинг. — М.: Лекс –Книга, 2002. — 208 с.

156. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник / О. Ф. Скакун. — Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. — 704 с.

157. Словник термінів і понять, що вживаються у чинних нормативно-правових актах України / упоряд.: О. В. Богачова, К. С. Винокуров, Ю. І. Крусь та ін.; відп. ред. — В. Ф. Сіренко, С. Р. Станік. — К.: Оріяни, 1999. — 502 с.

158. Смирнова А. А. Диффамация как правонарушение и злоупотребление правом: конституционно-правовой аспект: автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / А. А. Смирнова. — Тверь, 2008. — 29 с.

159. Смирнова А. А. Диффамация как злоупотребление свободой слова и информации (конституционно-правовой аспект) / А. А. Смирнова // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 9. — С. 12–16.

160. Смітюх А. В. Грінмейл: поняття та правова сутність / А. В. Смітюх // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 7. — С. 20–22.

161. Смитюх А. В. Что такое процессуальные диверсии / А. В. Смітюх // Юридическая практика. — 2005. — № 1 (367). — С. 12–13.

162. Советское гражданское право / под общей ред. д. ю. н. проф. В. Ф. Маслова и д. ю. н. проф. А. А. Пушкина. — К.: Вища школа, 1983. — 477 с.

163. Современный философский словарь / под ред. В. Е. Кемерова. — М., 1998. — 116 с.

164. Социальная психология / под ред. Г. П. Предвечного, Ю. А. Шерковина. — М., 1975. — 288 с.

165. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних прав / М. О. Стефанчук. — К.: Алтера, 2008. — 184 с.

166. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2-х т. / В. М. Сырых. — М., 2004. — Т. 1. — 560 с.

167. Таджер В. Гражданское право Народной Республики Болгария. Общая часть / В. Таджер. — София, 1972. — 253 с.

168. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Таманага Б.; пер. з англ. А. Іщенка. — К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. — 208 с.

169. Теорія держави і права: навч. посіб. / [Колодій А. М., Копєйчиков В. В., Лисенков С. Л. та ін.]; за заг. ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копєйчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 368 с.

170. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — [2-е изд., перераб. и дополн.]. — М.: Юристъ, 2001. — 776 с.

171. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов и ф-тов / под ред. В. М. Карельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА, 1998. — 570 с.

172. Тімуш І. С. Інтегральний погляд на право: монографія / І. С. Тімуш. — К.: Атіка, 2009. — 284 с.

173. Тимошенко В. І. Деформація індивідуальної правосвідомості як передумова зловживання правом / В. І. Тимошенко // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2009. — № 3 (89). — С. 13–22.

174. Тихомиров Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомиров, М. Ю. Тихомиров; под ред. М. Ю. Тихомирова. — [изд. 5-е, дополн. и перераб.]. — М., 2002. — 1088 с.

175. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/436-15. — Станом на 12.12.2013 р.

176. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від від 07 липня 2010 р.: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2453-17. — Станом на 12.12.2013 р.

177. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року/ Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492; [Електронний ресурс] — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15. — Станом на 14.02.2014 р.

178. Господарський процесуальний кодекс України від 06 листопада 1991 р. zakon.rada.gov.ua/go/1798-12.

179. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/2747-15. — Станом на 12.12.2013 р.

180. Украинчук О. В. Обеспечение национальной безопасности в условиях формирования в Украине гражданского общества и демократического, правового, социального государства: дисс. … канд. юрид. наук / О. В. Украинчук. — К., 1994. — 210 с.

181. Федеративная Республика Германия. Законы. Торговое Уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и

хозяйственных кооперативах / сост. В. Бергман; пер. с нем. Е. Дубовицкой. — М.: Вольтерс Клувер, 2005. — 624 с.

182. Фефелов П. А. Уголовно-правовая концепция борьбы с преступностью: основы общей теории / П. А. Фефелов. — Екатеринбург, 1999. — 256 с.

183. Философский энциклопедический словарь / под ред. Е. Ф. Губского**.** — М.: Инфра-М, 2004. — 560 с.

184. Філософія права і загальна теорія права / Науковий журнал // М. Козюбра. — 2012. — Вип. 1. — 300 с. — С. 107-116.

185. Французский гражданский кодекс / науч. ред. и предисл. к. ю. н. Д. Г. Лаврова; пер. с фр. А. А. Жуковой, Г. А. Павловской. — СПб: Юрид. центр пресс, 2004. — 544 с.

186. Хміль М. М. Недобросовісна конкуренція — форма зловживання правом у сфері підприємницької діяльності / М. М. Хміль // Вісник Одеського юридичного інституту Національного університету внутрішніх справ. — 2004. — № 1. — С. 63–66.

187. Хміль М. М. Види зловживань правом по законодавству України / М. М. Хміль // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — 2004. — Вип. 25. — С. 162–166.

188. Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом / М. М. Хміль // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — 2003. — Вип. 24. — С. 144–150.

189. Цивільний кодекс України від від 16 січня 2003 р.: офіц. видання. — К.: Концерн «Видавничий Дім «ІнЮре», 2011. — 680 с.

190. Цивільне право України: підручник: у 2-х кн. / [О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 640 с.

191. Черданцев А. Ф. Теория государства и права: учебник / Черданцев А. Ф. — М.: Юрайт, 2001. — 132 с.

192. Шабуров А. С. Поведение людей в правовой сфере. Правомерное поведение. Правонарушение / А. С. Шабуров // Теория государства и права: учебник / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — [2-е изд., изм. и дополн.]. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА М, 2002. — 616 с.

193. Шереги Ф. Э. Социология права: прикладные исследования / Ф. Э. Шереги. — СПб: Алтейя, 2002. — 447 с.

194. Шершунов А. Д. Категории исторического материализма в их взаимосвязи / А. Д. Шершунов. — М., 1975. — 79 с.

195. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: в 2-х т. / Л. Эннекцерус. — М.: Иностр. лит., 1950. — Т. 1. — Полутом 2. — 742 с.

196. Брокгауз Ф.А., Ефрон И.А. Малый Энциклопедический Словарь. Репринтное воспроизв. изд-е. — М.: б/и, 1994 — Т. 4. — 1480 с.

197. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве / А. В. Юдин. — СПб, 2005. — 142 с.

198. Юм Д. Трактат про людську природу: Спроба запровадження експериментального методу міркувань про об’єкти моралі / Д. Юм; за ред. та передм. Е. К. Мосснера; з англ. пер. П. Насада. — К.: Вид. дім «Всесвіт», 2003. — 552 с.

199. Яценко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность / Т. С. Яценко. — М., 2003. — 156 с.

200. Durdjevic R. Postupanje na sopstveni rizik i zloupotreba prava / R. Durdjevic // Zloupotreba prava: zbornik radova. — Nis, 1996. — 24–28 str.

201. Vodinelic V. V. Konkretizovanje zabrane zloupotrebe prava / V. V. Vodinelic // Zloupotreba prava: zbornik radove. — Nis, 1996. — 32–37 str.

202. Vodinelic V. V. Takozvana zloupotreba prava / V. V. Vodinelic. — Beograd, 1997. — 227 str.

203. Voyame J.-B. Cottier-B.Rocha, L’abus de droit en droit compare, L’abus de droit et les concepts equivalents:principe et applications actuelles,

Actes du dix-neuvieme Colloque de droit europeen. — Luxembourg, 6–9 novembre 1989, Strasbourg, 1990. — P. 46-52.

204. Vukadinovic R. Zloupotreba prava u apstraktnim bankarskim poslovima // Zloupotreba prava (zbornik radove). — Nis, 1996. — 16–21 str.

205. Vukovic M. Zloupotreba subjektivnih prava // Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. — 1953. — 112–123 str.

206. Kaufmann A. Preliminary Remarks on a Legal logic and Ontology of Relation // Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics & Jurisprudence. — Dordrecht, 1990. — P. 114.

207. Lukic R. D. Teorija drzave i prava. — Beograd, 1964. — 540 str.

208. Lukic R. D. O zloupotrebi prava. — Pravna misao, 1–2, 1941. — 112–123 str.

209. Grafton A. T., Joseph Scaliger: A Study in the History of Classical Scholarship, 2 vol. — Oxford: Oxford University Press, 1993. — P. 32-33.