



А.С. Довгерт*

СИСТЕМА ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ МІЖ МИНУЛИМ ТА МАЙБУТНІМ

Відомому цивілісту, професору Габрієлю Шершеневичу належать слова про те, що одна людина не в змозі охопити все приватне право, оскільки воно є надзвичайно складним явищем соціального життя, пізнання якого вимагає зусиль із боку багатьох людей. Із огляду на це, я хотів би висловити деякі власні міркування стосовно системи приватного права, спираючись на свій досвід участі в розробці нового Цивільного кодексу (ЦК) України¹.

Насамперед, слід зазначити, що всі конкретні питання приватного права треба розглядати з точки зору всієї системи приватного права, тобто у контексті цієї системи, оскільки вирішення будь-якого окремого питання приватного права завжди залежить від його місця у цілісній системі приватного права, від загального приватноправового контексту. Саме тому кожне питання можна ефективно вирішити лише, так би мовити, попередньо “контекстуалізувавши” його, тобто сформулювавши його в межах загального контексту, який, власне, визначає суть і значення кожного окремого аспекту системи приватного права.

Коли на початку дев'яностих років минулого століття розпочиналася робота над проектом нового ЦК, перед розробниками постало дуже багато питань, серед яких чи найголовнішим було принципове питання щодо поняття та змісту системи приватного права, від вирішення якого залежала доля всього кодифікаційного процесу українського приватного права. Інакше кажучи, розробники проекту ЦК спочатку зосередили свої зусилля на з'ясуванні природного приватного права (морального закону) та його системи, після чого треба було перейти до наукової систематики приватного права. Причому ця наукова систематика, точніше її побудова за інституційною, або пандектною, або синкретичною науковою системою, в кінцевому рахунку залежала від того, що саме ми маємо на увазі під системою приватного права як такою, що встановлена Богом. Вирішення цього серйозного теоретичного питання зумовило напрямок подальшого розвитку приватного права України в новому столітті.

Однак спочатку я б хотів нагадати про той стан української науки права, на тлі якого відбувався нелегкий кодифікаційний процес початку 90-х років.

Як відомо, на початку незалежності України домінував догматичний погляд на право, який було сформульовано в 30-ті роки на Всесоюзній нараді юристів ще за часів сумнозвісного сталінського прокурора А.Я. Вишинського. Тоді було прийнято догмат про те, що радянське право розуміти як втілену у закон волю робітничого класу, продукт держави — і не більше того. Школу природного права було відкинута як “буржуазний” напрям. Радянський погляд на право ми можемо назвати “класовим позитивізмом”, який ще й досі має певний вплив на правосвідомість і психологію частини вітчизняних юристів.

Власне кажучи, всі покоління радянських юристів під впливом “класового позитивізму” виховувалися на тезі про те, що “право — це те, що держава закріпила у своїх нормах”. Із цієї точки зору навіть звичаї, які породжуються життям, вимагали санкції з боку держави, без якої вони начебто не могли існувати. Коротко кажучи, у вітчизняній науці права сформувалась своєрідна “догматична юриспруденція”, яка пов'язувала феномен права з волею держави. Такий підхід, безумовно, негативно позначився і на змісті наукових досліджень вітчизняних юристів, які виконувалися в межах згаданого догматичного підходу. На превеликий жаль, ще й зараз вчені-

© Довгерт А.С., 2005

завідувач кафедри міжнародного приватного і митного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, член-кореспондент Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. — 2003. — №№ 40-44. — Ст. 356.



юристи у своїх дисертаційних дослідженнях не часто виходять на критичний, філософський рівень осмислення таких ключових понять, як поняття права, системи права і системи приватного права. Замість цього дисертанти часто обмежуються поверховим описом чинного законодавства або коментуванням цього законодавства.

Ще однією негативною рисою радянської науки права, яку наша сучасна наука від неї певною мірою успадкувала, є вражаюча одноманітність, або, як сказав би Герберт Маркузе, “одномірність”, у всіх сферах духовного життя, в тому числі і в науці права. Вражаючим прикладом цього є догматичний поділ цілісної системи права на окремі галузі за допомогою таких критеріїв, як предмет і метод. Як було сказано в документах згаданої наради радянських юристів 30-х років, соціалістичне право ділиться на відповідні галузі, серед яких було виділено, у першу чергу, такі, як: кримінальне, цивільне, трудове право тощо.

Як наслідок, наші науковці займалися не зовсім плідною працею: вони наввипередки намагалися певну групу норм, що регулюють ті чи інші важливі відносини, оголосити галуззю права. Виходячи з цього розгорталася псевдонаукова дискусія, наприклад, щодо того, чи можна вважати колгоспне або аграрне право справжньою галуззю права. Ще й зараз прихильники школи господарського права намагаються довести, що господарське право — це галузь права.

Ось у якому теоретичному, науковому контексті йшла робота над новим ЦК.

З іншого боку, навіть у радянський період, а також у перші роки незалежності, науковці мали певний доступ до праць видатних дореволюційних вчених-юристів. Крім того, навіть деякі радянські юристи, чий світогляд сформувався ще в дореволюційний час (напр., такі, як Б. Черепакін та М. Агарков) намагалися розпочати серйозну дискусію про місце і значення приватного права у житті суспільства, виходячи при цьому за жорсткі рамки комуністичної ідеології².

З початком так званої “перебудови” починає поступово змінюватися клімат у суспільстві і науці, а система цивільного права СРСР починає трансформацію в напрямку приватного права.

За радянських часів у юридичній науці домінувало загальновідоме твердження В. Леніна про те, що у сфері економічного життя “ми нічого приватного не визнаємо”. Навіть саме слово “приватне” було дискредитовано тодішньою пропагандою.

Однак життя виявилось мудрішим і складнішим, ніж ідеологічні формули. Незважаючи на те, що усе радянське право було визнано публічним, у реальному житті все ще залишалися бодай невеличкі острівці свободи, які об’єктивно вимагали приватноправового, а не публічного регулювання. Це була сфера, в якій людина була вільною, певна “територія” її свободи, якої торкалися, зокрема, сімейне право, спадкове право тощо.

Починаючи з 1985 року, відбувалось поступове розширення цієї “території” свободи, яке розгорталось трьома основними напрямками: суб’єкти права, право власності і зобов’язальне право. Іншими словами, з точки зору інституційної системи приватного права, йшлося про трьох “китів” природного приватного права, оскільки в природі існують три головних феномени: людина, її вольові дії та світ речей.

Важливе значення для теорії та філософії приватного права тоді мало повернення до наукових засад дореволюційної цивілістики. Зокрема, до праць таких видатних юристів, як Йосип Покровський, який на зламі історії, в 1917 році опублікував відому працю “Основні проблеми цивільного права”³, в якій втілювалася квінтесенція тодішньої цивілістики, її найкращі надбання.

Ця праця є цікавою ще й тому, що в ній Й. Покровський висуває та обґрунтовує надзвичайно важливу думку про те, що не тільки юристи, але й усі люди інтуїтивно відчують сферу приватного права. Іншими словами, важливу роль у пізнанні права відіграє інтуїтивний метод, який допомагає

² Див., напр.: Черепакін Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве // Черепакін Б.Б. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. — С. 93-120; Агарков М.М. Ценность частного права // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — Т. II. — С. 42-105.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — 353 с.



нам розкрити природноправову основу приватного права як сфери свободи людини. Причому лінія демаркації між приватним і публічним правом, про що також писав Й. Покровський, не є сталою⁴. Вона є історично і географічно обумовленою. Наведу лише один приклад. Візьмемо, скажімо, службу в армії, військовий обов'язок, про що йдеться в конституційному праві; тобто це питання знаходиться в сфері публічного права. Однак держава поставила перед собою завдання через певний час реформувати армію з тим, щоб перейти на контрактну основу формування збройних сил України. Інакше кажучи, навіть ця сфера соціального життя, яка традиційна була сферою публічного права, перетворюється на сферу приватного права, в якій діють принципи договірної права.

Як бачимо, ті питання, які знаходились в сфері публічного права, можуть перейти в сферу приватного права — і навпаки.

Разом із тим, ми можемо бачити з історії нашої країни, що намагання втиснути розмаїття соціального життя в лещата публічного права, поставити громадянське суспільство під жорсткий контроль держави, є шляхом до соціального і економічного колапсу, як сказав би відомий австро-американський економіст і мислитель Фрідріх Гаек, є шляхом до рабства. Що, власне, й відбулось у колишньому СРСР, коли замість приватноправових механізмів координації, держава спиралась на публічноправові механізми субординації в процесі регулювання суспільних відносин.

Проте, незважаючи на цей прикрий історичний досвід, сучасна школа господарського права за допомогою Господарського кодексу⁵ фактично намагається звунити сферу свободи, сферу приватного права, оскільки сама концепція господарського права, так само, як колись більшовики, нічого приватного в економіці не визнає. Стверджуючи “змішаний”, “публічно-приватний” характер так званих “господарських відносин”, вони насправді надають перевагу не принципам свободи і рівності, які властиві приватному праву, а принципу ієрархії та методу субординації, що є властивим публічному праву. Треба чітко усвідомлювати, що концепція господарського права є юридичним інструментом неототалітаризму.

Ще одне питання, якого треба торкнутися, аналізуючи систему приватного права, пов'язане із проблемою дуалізму приватного права, точніше, як я це називаю, квазідуалізму. Річ у тому, що справжній дуалізм приватного права, пов'язаний з існуванням у феодальному суспільстві окремого торгового стану купців за часів Середньовіччя, перестав бути актуальним наприкінці 18-го століття; а в процесі кодифікації приватного права європейських країн, коли було розроблено та прийнято Кодекс Наполеона (1804) та Німецьке цивільне уложення (1896), справжній дуалізм було практично ліквідовано і було покладено край незалежному розвитку цивільного та торгового права. Ті історичні передумови, які колись призвели до окремого розвитку цивільного та торгового права, просто перестали існувати.

Чому систему приватного права таких країн, як Франція та Німеччина ми називаємо не просто моністичною системою приватного права, а квазідуалістичною? Тому що, незважаючи на кодифікацію приватного права в двох документах (цивільному та торговому кодексі), вся система приватного права все одно залишається єдиною і будується на однакових принципах приватного права. Іншими словами, в цих країнах не існує справжнього дуалізму приватного права, як це було до Великої французької революції 1789 року, а існування двох кодексів приватного права є лише формальною даниною певним історичним традиціям цих країн.

Якщо ж і можна говорити про дуалізм приватного права, то тільки у такому плані. Приватне право складається з двох сегментів, а саме: з природного приватного і позитивного приватного права.

У сьогоденні світі відбувся справжній Ренесанс, відродження школи природного права, про що свідчить зміст права ЄС, діяльність Ради Європи та Європейського суду з прав людини.

Українське право, Конституція України⁶ також не залишилась осторонь від природного права.

⁴ Там само. — С. 41.

⁵ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. — 2003. — № 18, 19-20, 21-22. — Ст. 144.

⁶ Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року // ВВР. — 1996. — № 30. — Ст. 141.



Ідея природного права віддзеркалена в ст. 8 Конституції України, в якій закріплено принцип верховенства права, де маються на увазі принципи природного права, зокрема такий, як справедливість.

Якщо проаналізувати історію правової думки, то можна відзначити декілька “хвиль природного права”, коли школа природного права отримувала переконливу перемогу над позитивізмом.

Так, ще римські юристи розглядали позитивне право крізь призму природного права, тобто надавали перевагу принципам природного права.

На другому етапі розвитку ідеї природного права французькі просвітителі кінця XVIII — початку XIX століття відстоювали ідеали природного права у боротьбі з позитивним правом епохи феодалізму. Як наслідок, ідеали природного права знайшли гідне місце в таких документах революційної епохи, як Французька Декларація прав людини і громадянина 1789 року та Французький цивільний кодекс.

Однак після революційного періоду, який супроводжується пожвавленням школи природного права, неминуче настає період реакції, юридичним втіленням якої є домінування позитивістського світогляду. Саме це сталося після Французької революції, це, до речі, відбувається і зараз в нашій країні. Можна навіть сказати, що прийняття Господарського кодексу є виявом соціально-політичної реакції, є тривожним симптомом відступу реформаторських сил.

І, нарешті, останнім спалахом природного права стала концепція природних прав людини, яка закріпилася в колективній правосвідомості після Другої світової війни, коли людство зрозуміло, що позитивне право не є дієвою гарантією захисту прав людини від жахів війни та сваволі з боку держави.

Що ж таке це природне право?

На нашу думку, за своєю суттю природне право, на відміну від права позитивного, не є якимось штучним продуктом діяльності людини, скоріше, воно походить від самої природи, від Бога, від Космічного Розуму, як би ми це не називали. Природне право відіграє роль своєрідного фільтру позитивного права, створюючи об'єктивні межі діяльності законодавця. Ті основні принципи приватного права, які ми закріпили в новому ЦК, тобто принципи справедливості та розумності, якраз і є принципами природного права, на якому базується структура позитивного права.

Якщо джерелом позитивного права є воля законодавця, воля держави, втілена в законодавстві, то джерелом природного права є Бог, його закони, які ми пізнаємо через приватноправові договори, звичаї та інші природні інструменти (наприклад, нашу совість). Важливо зазначити, що існування договору та звичаю в якості джерел приватного права є яскравим свідченням того, що не тільки держава є центром нормотворення, що і ми з вами як частка природи є провідниками та виразниками природного приватного права.

Крім того, я хотів би ще звернути увагу на те, що поняття “цивільне право” та “приватне право” є синонімами. Не випадково дореволюційні юристи, скажімо такі, як Й. Покровський, вживали ці поняття як тотожні.

Важливою характеристикою позитивного приватного права є також те, що йому притаманний універсалізм, оскільки воно ґрунтується на принципах природного права, які властиві всім людям світу незалежно від їхньої національної приналежності. Саме тому головною тенденцією розвитку позитивного приватного права є тенденція до формування світового приватного права. Причому виникнення європейського приватного права, про яке все частіше пишуть у юридичній літературі, є одним із етапів виникнення цього світового позитивного приватного права, яке буде найбільш наближено до конфігурації природного приватного права.

У цьому контексті нашою національною ідеєю, про яку зараз так багато говориться, має стати розбудова справжнього громадянського суспільства, правовою формою якого є приватне право, оскільки саме приватне право є найкращою запорукою такої основної цінності громадянського суспільства, як людина, її права, її свобода.