

ПРАВО УКРАЇНИ: ДУАЛІЗМ І СИСТЕМА



Р. МАЙДАНИК

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

1. Поняття дуалізму права

Сучасне розуміння приватного права визначається традицією континентального європейського права розглядати систему права на основі дуалістичного принципу, який передбачає основний поділ права на приватне та публічне право. Поділ і значення дуалізму в праві значною мірою обумовлений типовою приналежністю національної правової системи до відповідної правової сім'ї. Загалом вітчизняна правова система за своїми правовими традиціями і праворозумінням належить до країн романо-германського права з властивою йому пріоритетністю «...загальних норм права як загальнообов'язкових правил поведінки, що розподілені за галузями на приватне і публічне, та виокремлені в системи матеріального і процесуального права» [1].

Водночас у сучасній вітчизняній літературі можна також натрапити на твердження з приводу того, що українцям є близькою англо-американська правова традиція. «Щоб переконатися у тому, — вважає В. Кампо, — варто пригадати традиції народного судочинства, які були поширені в українських землях у добу козацтва. Тому в майбутньому необхідно відновлювати таку систему судочинства на зразок мирових судів» [2, 12].

У сучасних умовах зближення існуючих правових систем зазначений підхід вартий уваги і має враховуватися в нормотворчій і правозастосовній діяльності.

Водночас це не слід розглядати як відмову від існуючих нині основних відмінностей і традицій кожної із зазначених сімей права.

Сучасна вітчизняна правова система має більшість ознак, властивих романо-германському праву.

У зв'язку з цим визначальна ознака системи права України як складової вітчизняної правової системи, що належить до романо-германської правової сім'ї, ґрунтується на традиційному поділі права на приватне і публічне.

Будь-яка країна, зокрема й Україна, має власні традиції співвідношення приватного і публічного права та способи їх гармонійного співвідношення, що обумовлено особливостями формування і тенденціями розвитку національної правової системи.

Сучасна система права України характеризується недостатнім розвитком приватного права, оскільки тривалий час головна увага приділялася здебільшого розвитку публічного права.

У зв'язку з цим заслуговує підтримки тенденція до пріоритетного розвитку саме приватного права як умови наближення українського права до стандартів західної традиції права.

З цього приводу в літературі зазначається, що незважаючи на рівноцінність та взаємозв'язок між приватним і публічним правом, «...підвищена увага все ж таки повинна бути приділена приватному праву, оскільки саме воно (поряд чи у поєднанні з правами людини) відображає головні процеси, пов'язані зі становленням системи суб'єктивних прав, які відкривають гарантований простір для власної активної діяльності людей, їх творчості, ініціативи...» [3, 18].

Такий підхід щодо дуалізму права допустимий при вирішенні питання щодо взаємозв'язку та співвідношення приватного і публічного права в конкретний історичний період існування суспільства і держави з урахуванням досвіду, накопиченого у світовій практиці.

Нині поділ на приватне і публічне право в тій чи іншій формі існує в усіх країнах романо-германської системи права. У країнах англо-американського права поділ на публічне і приватне право не застосовується. До того, його з давніх часів принципово не визнавали, оскільки в ньому вбачали відмову від ідеї про те, що держава та її органи підпорядковані праву [4, 230].

У країнах загального права відсутній його поділ на звичні для вітчизняного юриста галузі: цивільне, трудове, адміністративне, кримінальне тощо. Норми, які в інших країнах зазвичай належать до сфери цивільного права, утворюють тут самостійні розділи, такі, наприклад, як договірне право, деліктне право, право власності тощо [5, 8].

Для англійського чи американського студента, який вивчає право, основним є те, що зовсім невідоме романо-германській правовій сім'ї: поділ на загальне право і право справедливості [4, 230].

Водночас використання категорій публічного і приватного не є зовсім чужим і для країн загального права. Англійське судочинство передбачає його поділ на кримінальне (яке вчиняється за позовом корони) і цивільне (вчиняється за позовами приватних осіб). Нерідко суди в цих країнах оперують поняттями публічного і приватного інтересу, приватного права тощо.

Наприклад, у рішенні Верховного Суду США у справі «*Garner vs. Teamsters Union*» (1953 р.) зазначалося: «Часто видається зручним характеризувати певні позови способом використання категорії публічних і приватних прав. Ця звична класифікація, безумовно, стає обґрунтованою для певних цілей» [6, 8–9].

Сутність поділу права на приватне і публічне полягає в тому, що в системі права існують норми, покликані забезпечувати, насамперед, загальнозначимі (публічні) інтереси, тобто інтереси суспільства, держави загалом (конституційне право, адміністративне, фінансове, кримінальне, процесуальне право) і норми, які захищають інтереси приватних осіб (цивільне право, сімейне, трудове) [7, 323].

Публічне право пов'язане з публічною владою, носієм якої є держава. Публічне право є сферою влади і підпорядкування. Приватне право — це сфера свободи і приватної ініціативи, воно обслуговує здебільшого потреби приватних осіб (юридичних і фізичних), які не володіють владними повноваженнями і виступають вільними рівноправними власниками [7, 324].

Цей поділ в усіх країнах романо-германського права розглядається як основоположний поділ системи права [7, 8–9].

Він дає можливість виявити спільні і відмінні родові риси цих двох найбільших груп правових масивів. Підкреслюючи виняткову роль цивільного права як центрального розділу права в країнах романо-германської сім'ї, Р. Давид зазначав, що «істинним правом залишається приватне право», що «формування юриста може бути забезпечено... лише вивченням цивільного права» [8, 102].

2. Сучасні тенденції дуалізму права

В сучасних умовах стає дедалі складніше проводити розмежування приватного і публічного права. На всіх формах відносин особи і суспільства, держави виникають питання поділу права на приватне і публічне, як зауважує Л. Туманова, вони зачіпають усі сторони людського існування: свобода і несвобода, ініціатива, автономія волі та межі втручання держави в життя громадян [9, 17].

Розвиток господарської функції держави, розширення підприємницької діяльності, різноманітні обмеження права приватної власності і свободи договору обумовили появу концепцій господарського права, що характеризуються негативним відношенням до дуалізму права. Прихильники господарського права вважають поділ права на публічне і приватне (в будь-якому разі, у сфері підприємництва) явищем, що віджило себе [5, 10].

Розширення використання публічно-правових засад у сфері регулювання відносин власності, договірних зв'язків, з одного боку, та одночасно застосування приватноправових інститутів для реалізації публічних цілей — з другого боку, ускладнили проблему розмежування публічного і приватного права. В сучасних умовах посилюється тенденція розширення, «захоплення» території приватного права публічним. Її іменують «публіцизацією» приватного права (Р. Сават'є). Окремі автори оцінюють її як прояв трансформації всього масиву права в публічне (Ж. Ріпер), втрату приватним правом своєї провідної ролі та оригінальності [10, 93; 11, 23–26]. Застосування елементів публічного права в приватному праві спостерігається, наприклад, у публічному договорі, договорі приєднання, трудовому договорі. Недаремно в цивільному праві постає питання про необхідність розроблення заходів щодо захисту прав слабшої сторони в договорі. Ця проблема актуальна і для трудового права [12, 9].

Процес взаємопроникнення передбачає зворотний процес, коли цивільно-правові конструкції поширюються на традиційну сферу публічного права, що

являє собою процес «цивілізації» публічних відносин. У публічному праві інколи застосовуються методи координації у відносинах між державними органами, договір починає застосовуватися не лише в міжнародному публічному праві, а й у національному державному праві.

Разом з тим не можна прямим чином застосовувати методи правового регулювання однієї правової сфери до відносин, які виникають в іншій правовій сфері. Тому не можна погодитися із застосуванням договірних відносин там, де відсутня рівність сторін (зокрема, це стосується так званих фінансових договорів), або застосовувати конструкцію зобов'язання там, де зобов'язальна модель принципово незастосовувана (наприклад, податкове зобов'язання в податковому праві) [12, 9].

З цього приводу варта уваги тенденція до розширення предмета цивільного права, що не обмежується тільки поширенням його сфери на всі майнові та особисті немайнові відносини між юридично рівними учасниками та, зрештою, призведе до ототожнення таких понять, як «приватні права» та «цивільні права».

У сучасних умовах формується тенденція до розуміння поняття «цивільне право» навіть ширше, ніж поняття «приватне право» завдяки поширенню сфери дії цивільного права на окремі публічно-приватні права людини, безпосередньо пов'язані з правами цивільного характеру.

У вітчизняній правозастосовній практиці ця обставина відображається у фактичному поширенні цивільно-правових конструкцій на публічні права, судовий захист яких впливає на права та обов'язки приватного характеру (зокрема, йдеться про податкову заставу, фінансовий кредит, адміністративні послуги тощо).

Розширеного тлумачення поняття цивільного права дотримується Європейський суд з прав людини (далі — Суд), який упродовж останніх тридцяти років (із 70-х років ХХ ст.) поширює поняття «цивільні права» на окремі приватно-публічні права людини, захист яких впливає на майнові права цивільного характеру. Суд істотно розширив сферу застосування поняття «цивільне право», включивши до предмета останнього ще й деякі приватно-публічні відносини з пенсійного забезпечення і соціальних допомог. Це відповідає розширеному тлумаченню поняття майна, яке використовується у ст. 1 Додаткового протоколу (Протоколу № 1) до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Судом [13, 270]. Судом допускається дещо ширше тлумачення поняття майна, ніж це прийнято в законодавстві та судовій практиці України. У рішеннях Суду зазначалося, що відповідно до положень про захист прав на майно захищаються права не тільки на речі, а й на акції, на отримання орендної плати, на отримання прибутку тощо [14, 6–7].

Отже на нинішньому етапі у практиці Суду поняття «цивільні права» тлумачиться дещо ширше, ніж поняття «приватні права» [15, 40].

На основі цього можна зробити висновок про припустимість поширення положень про цивільні відносини на публічні права людини, судовий захист яких впливає на права та обов'язки цивільного характеру, якщо закон прямим чином не забороняє або припускає подібне розширювальне тлумачення цивільних прав.

Незважаючи на процеси взаємопроникнення публічного і приватного права, дуалізм права продовжує існувати. Зрозуміло, в сучасних умовах не можна

провести чіткої межі між публічним і приватним правом, розташувавши по ту чи іншу його сторону галузі позитивного права. В багатьох традиційних галузях присутні норми і тієї, й іншої юридичної природи. Однак, незважаючи на дедалі більшу складність визначення характеру правових приписів, завжди можна встановити, про яку норму — публічно-правову чи приватноправову — йдеться. З цього приводу М. Кулагін слушно зазначає, що «...поділ права на публічне і приватне не можна розуміти спрощено як поділ лише на рівні галузей права. Він може проводитися і на рівні окремих інститутів і навіть конкретних правових норм» [5, 17].

Проведений аналіз свідчить про підвищену актуальність питання виявлення чіткого критерію розмежування публічного та приватного права.

На нашу думку, досить чітко характерні особливості приватного і публічного права пояснюються відмінностями поділу об'єкта в приватному праві та його пристосування до спільного користування в публічному праві.

З цього приводу в юридичній науці слушно зазначається, що «...найбільш характерні відмінності приватних і публічних прав виражаються в порядку набуття тих чи інших прав, у способах їх втрати, у відмінностях змісту самого права та в співвідношенні права й обов'язку» [16, 224–225].

Приватне право має своїм предметом приватні права особи, які мають «...індивідуальний характер, відносяться безпосередньо та лише до конкретної окремої особи», і «...такий порядок набуття дає можливість приватного володіння об'єктом, визначає зв'язок кожної окремої частини з її володільцем» [16, 225].

У публічному праві не виникає індивідуально-приватного володіння, тут відбувається пристосування об'єкта до спільного користування. Зокрема, публічні відносини виникають на підставі прийняття рішення (акта) державного органу, що стосується здійснення функцій держави і не створює цивільно-правових наслідків.

Оскільки в цьому випадку спільно користується ціла група осіб, то не потрібний особливий акт набуття. Достатньо приналежності до групи, яка допускає до користування певним чином прилаштованим об'єктом. Тому правоздатність і право тут збігаються. Цим публічне право відрізняється від приватного права. На відміну від публічного права (де право і правоздатність збігаються), приватне право розрізняє правоздатність і правоволодіння (першу мають всі приватні особи, а друге має лише правоздатний, який отримав у володіння будь-яку певну частину) [16, 225].

У цьому випадку, власне, йдеться про метод побудови правовідносин, який і має розглядатися як критерій основного поділу права. Правовідносини юридично рівних суб'єктів становлять правовідношення приватне; правовідношення юридично владарюючого з юридично підвладним — публічне.

На рівні суспільних відносин цей критерій відображається як метод взаємодії їх суб'єктів: юридично рівні суб'єкти приватних правовідносин позбавлені права юридично нав'язувати один одному свою волю і вимушені використовувати координацію власних дій; владарюючий суб'єкт публічних правовідносин має юридичну владу над підвладним, тобто поставлений у субординаційне з ним відношення.

У сфері об'єктивного права цей критерій проявляє себе як метод правового регулювання (ініціатива або централізація) [17, 59–60].

Наведене дає підстави для висновку, що приватні відносини визначають правила здійснення суб'єктивних прав між юридично рівними учасниками відносин, тобто як приватними особами. Публічні відносини виникають між підвладним (приватною особою) і владарюючим учасниками (державою, територіальною громадою) щодо спільного користування благами певною групою осіб як засіб впливу держави на відносини з метою підтримання правового порядку.

Однак такий підхід не дає можливості розмежувати приватне і публічне право в ситуаціях, коли ці правовідносини спрямовані на досягнення приватних і публічних інтересів. У таких випадках має субсидіарно застосовуватися допоміжний критерій інтересу способом виявлення переважного, основного виду інтересу, на досягнення якого спрямовані відносини — приватного чи публічного, що надасть можливість визначити право як приватне чи публічне.

За такого підходу і з урахуванням тенденції до тлумачення судами (зокрема, Європейським судом із захисту прав людини) поняття «цивільні права» ширше, ніж поняття «приватні права», припустиме поширення положень про цивільні відносини на публічні права людини, судовий захист яких впливає на права та обов'язки цивільного характеру, якщо закон прямо не забороняє або припускає подібне розширювальне тлумачення цивільних прав (право на пенсійне забезпечення, інші форми соціального забезпечення тощо).

Наведене дає підстави для висновку про те, що під час розмежування права на приватне і публічне необхідно використовувати не один, а декілька критеріїв: метод регулювання або критерій інтересу.

Основним критерієм поділу права на приватне і публічне є формальний критерій у вигляді розподілу ініціативності (метод правового регулювання), і лише тоді, коли розподіл ініціативності залишається нез'ясованим, необхідно звертатися до матеріального критерію у вигляді характеру відносин і їх спрямованості на досягнення переважних (основних) інтересів учасників відповідних правовідносин (приватних або публічних).

У сфері приватного права єдиними або основними інтересами є інтереси, які суб'єкти, що діють як приватні особи, здійснюють у своїх індивідуальних інтересах (приватні інтереси). У сфері публічного права суб'єкти діють у загальному (публічному) інтересі, через пряму або опосередковану делегацію суверенної влади.

Незважаючи на те, що в науковій дискусії щодо розмежування приватного і публічного права так і не було остаточно вирішене питання про те, за яким критерієм відбувається поділ права на приватне і публічне, все ж її результатом стало фіксування низки суттєвих питань, що не втратили актуальності донині.

Передусім, поділ права на приватне і публічне є об'єктивним. При цьому межа між цими сферами права є мінливою. Відшукування критерію такого поділу необхідне для встановлення в підсумку меж панування держави (публічної влади) над особою. Критерії поділу права на приватне і публічне умовно можуть бути поділені на матеріальні, пов'язані зі змістом відносин, що регулюються, та формальні, пов'язані зі способом їх регулювання. Нарешті, поділ права на приватне і публічне впливає на систему права [18, 12–13].

Позиція окремих вчених про начебто безглуздість поділу права на приватне і публічне заперечується трьома принциповими позиціями з питання щодо поділу права на приватне і публічне.

По-перше, юристи відносять ті чи інші відносини до приватного, а не до публічного права не тому, що вони хочуть вилучити їх зі сфери публічного права, централізованого правового регулювання, а саме тому, що ці відносини під впливом економічного та інших чинників об'єктивним правопорядком уже віддані на довільний розсуд зацікавлених приватних осіб.

По-друге, звуження на певних історичних етапах меж приватного права не призводить до його знищення.

По-третє, у питанні про поділ права на приватне і публічне все повинно зводитися до констатації та розкриття суцього, а не до створення бажаного з політико-правової точки зору [19, 21–22].

Поділ права на приватне і публічне не є штучною абстракцією, вигадкою юристів; ця протилежність є найбільш характерною особливістю правової форми як такої. Поділ права на публічне і приватне характеризує цю форму з погляду як логічного, так і історичного [20, 67].

У сучасній юридичній науці всі дослідники формально визнають існування двох сфер права — приватного і публічного. До того, український вчений М. Сібільов висловив думку про те, що нормативні засади визнання поділу права на приватне та публічне містяться у Конституції України, зокрема, у ст. 3 наголошується, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а головним обов'язком держави, яка відповідає за свою діяльність перед людиною, є утвердження і забезпечення її прав і свобод. Саме права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [21, 155].

Згодом російський дослідник В. Гойман, аналізуючи аналогічну статтю Конституції Російської Федерації, дійшов власне такого ж висновку, наголошуючи, що основний сенс поділу права на приватне і публічне полягає в тому, що згадана конституційна норма отримує предметно-юридичне втілення в усій національній системі права [22, 205].

При цьому в доктрині права слушно зауважується, що приватне і публічне право в будь-якій країні перебувають в органічній взаємодії, яка і забезпечує належне функціонування всієї правової системи загалом [23, 60].

Тому визнання поділу права на право приватне і публічне не має на меті зменшити роль публічного права, протиставити його праву приватному, а лише підкреслює, що йдеться про різні сфери регулювання суспільних відносин [24, 82].

При цьому між публічним і приватним правом немає субординаційного зв'язку [25, 9].

Отже, цінність ідеї поділу права на приватне і публічне полягає у створенні органічної взаємодії, а не в абсолютизації його елементів, що стосуються різних сфер регулювання суспільних відносин і становленні єдиного способу досягнення справедливості, збалансованості, стабільності й усталеного розвитку в суспільстві.

3. Дуалізм приватного права

Поряд із дуалізмом права в країнах континентального права розрізняють дуалізм приватного права, що передбачає існування двох незалежних, паралельно існуючих систем приватного права — цивільного і торгового.

Феномен дуалізму приватного права виник в історичних умовах європейського середньовіччя. Його батьківщиною вважаються італійські міста-республіки, де домінування інтересів купецьких гільдій над інтересами решти верств населення привело до появи торгового права окремих міст. Однак загальним правом торгове право стало пізніше у Франції, коли купецтво зміцніло настільки, що було спроможне відкрито протиставити свій торгово-промисловий капітал дворянському землеволодінню. У 1673 р. було прийнято Торговий, а в 1681 р. — Морський кодекс [26, 19].

Класичний дуалізм приватного права, тобто паралельне існування двох його систем, закінчилося з прийняттям у Франції Торгового кодексу 1808 р., який, як і Торговий кодекс Німеччини 1897 р., вже не був кодексом «паралельним» відповідно до Кодексу Наполеона 1804 р. і Німецького цивільного уложення 1896 р., а був їх логічним продовженням, доповненням.

Цей період (період квазідуалізму) характеризується єдністю приватного права, норми якого були викладені у двох кодифікаційних актах [27].

Існування класичного дуалізму приватного права у Німеччині пояснювалось іншими соціально-політичними причинами. Через політичну роздрібленість спроби прийняти єдиний для всієї Німеччини цивільний кодекс у першій половині XIX ст. не мали успіху. Але 1861 р. вдається ухвалити загальнонімецький Торговий кодекс, оскільки цей акт не зачіпав релігійних, сімейних, земельних та інших болючих питань. Цей кодекс діяв паралельно з цивільним правом окремих німецьких королівств, герцогств тощо, яке мало римські витоки, не відповідало вимогам торгового обігу та було доступним для населення.

Новий німецький Торговий кодекс 1897 р., який приймається після розроблення загальнонімецького Цивільного кодексу (1896 р.), вже є паралельним цивільному праву. Він являв собою його логічне доповнення, своєрідний додаток до нього. Цивільний кодекс Німеччини 1896 р., перейнятий духом першого Торгового кодексу, не залишав підстав для існування другого Торгового кодексу [26, 19]. На думку класика російської цивілістики Г. Шершеневича, Торговий кодекс зберегли в Німеччині як першу пам'ятку національного єднання німців [28, 35].

У зв'язку з цим у літературі виокремлюють два основних етапи розвитку дуалізму приватного права. Перший — етап класичного дуалізму, коли торгове право діє паралельно цивільному. Крім політичних та економічних причин такого стану справ, мали місце й суто юридичні: римське цивільне право, що продовжувало діяти в Європі, виявилось занадто формалізованим для того, щоб задовольняти практичні потреби укладення угод між комерсантами. Другий етап — це вже квазідуалізм; у цей період діють не дві системи приватного права, а єдине приватне право, яке викладено лише у двох кодексах [26, 19].

Надалі розвиток цивільного обороту призвів до зникнення підстав розмежування комерційних та решти правочинів. З політичного погляду вже саме по собі існування торгових кодексів — як втілення торжества буржуазії — скидалося на виклик демократичному громадянському суспільству. З юридичного ж погляду подальший розвиток як цивільного, так і торгового кодексів неминуче призводив до суперечностей між ними, прогалин та повторів.

Саме тому в країнах, де існував «дуалізм» приватного права, розвиток останнього здійснювався переважно в межах Цивільного кодексу. При цьому

торгові кодекси були «законсервовані», а торгове законодавство розвивалося поза їх межами [26, 19].

У ХХ ст. остаточно закріпилася тенденція до відмови від дуалізму приватного права. Всі найновіші кодифікації приватного права в зарубіжних країнах (Швейцарія прийняла Цивільний кодекс в 1907 р., Торгові кодекси було скасовано в Італії (1942 р.) та Португалії (1966 р.), нові Цивільні кодекси прийняли Нідерланди (1992 р.), провінція Квебек (1994 р.), Росія (1994 р.) та інші країни СНД), вже відбуваються в межах єдиного Цивільного кодексу, що остаточно закріпило тенденцію розвитку приватного права у ХХІ ст. — відмову від дуалізму приватного приватного права [26, 19].

Цивільний кодекс України (далі — ЦК України), створений відповідно до зазначеної тенденції, своїм регулюванням на єдиних приватноправових принципах охоплює всю сукупність цивільно-правових відносин, зокрема й приватноправові відносини у сфері підприємництва.

З огляду на це ідеї щодо необхідності для України мати «підприємницький», «торговий», «комерційний», «господарський» чи інші подібні кодекси слушно розглядаються як запрошення України у середньовіччя або, принаймні, як спроба повернення до правничого менталітету минулого [26, 20].

Ідея господарського права і прийняття Господарського (підприємницького) кодексу концептуально ґрунтується на ідеї господарського права, яка вперше отримала досить широке поширення на сторінках європейської юридичної літератури початку ХХ ст. Обґрунтуванню цієї концепції присвячена, зокрема, книга Ю. Гедемана «*Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*», опублікована в 1910 р., а серед його статей, виданих у російському перекладі в 1924 р. в Харкові, розміщено також статтю за назвою «Основні риси господарського права» [29, 703].

Автори цієї концепції обґрунтовували процес створення нового, господарського права, яке не було ні публічним, ні приватним, внаслідок дедалі більшого посилення у стадії імперіалізму втручання буржуазної держави у приватноправові відносини. Тим самим це начебто підтверджувало процес стирання межі між публічним і приватним правом.

Концепція господарського права пізніше була сприйнята багатьма радянськими авторами і, передусім, О. Гойбархом, який у праці «Господарське право РРФСР» (1921 р.) вслід за Л. Дюгі ототожнював суб'єктивні права із соціальними функціями, а на цій підставі доходив висновку про зникнення відмінностей між публічним і приватним не лише в соціалістичному, а й у буржуазному праві, і про необґрунтованість подальшого збереження галузі цивільного права. На думку О. Гойбарха, цивільне право є завжди і повсюди приватним правом, яке існує лише як певна протилежність праву публічному. Однак якщо межа між публічним і приватним правом зникає, то неминуче перестає існувати і цивільне право. Йому на зміну приходять право господарське [29, 703].

Ідея стирання меж між приватним і публічним правом стала методологічною основою висновку про те, що в умовах соціалістичної планової економіки всі відносини у сфері соціалістичного господарства і по горизонталі (товарний обмін), і по вертикалі (господарське управління) мають регулюватися лише господарським правом. На думку вчених-«господарників», норми господарського права мали також регулювати «залишки» відносин приватного сектора у вигляді задоволення потреб громадян на базі їхньої власності [26, 20].

З інших позицій це питання розглядав П. Стучка, який у праці «Курс радянського цивільного права» (т. III, 1931 р.) обґрунтував в умовах економіки перехідного періоду ідею двосекторного права: цивільного права («Основи цивільного законодавства СРСР») для приватних осіб і господарського права («Господарсько-адміністративний кодекс») для соціалістичних організацій [29, 704].

Згідно з цією теорією Цивільний кодекс повинен був обслуговувати приватний сектор та міжсекторні відносини, а державний сектор економіки мав би охоплюватися господарським правом. Причому господарське право розумілося як перехідне до взагалі неправового організаційного керівництва господарством [26, 20]. Він писав: «Господарське право містить правове регулювання майнових, точніше господарських відносин соціалістичного сектору, тоді як приватногосподарське, або цивільне, ...право регулює майнові відносини головним чином сектора приватних власників і частково міжсекторні відносини» [29, 704].

На початку 30-х років XX ст. теорії двосекторного права була протиставлена теорія єдиного господарського права. Один із авторів цієї теорії Л. Гінзбург у праці «Курс радянського господарського права» (т. I, 1935 р.) обґрунтував необхідність розуміння господарського права в єдності всієї системи господарської політики партії та уряду, єдності, яка відповідає реальній єдності радянської системи господарства. Тому регулювання відносин господарських організацій у соціалістичному секторі не вичерпується плановістю і підпорядкуванням, а доповнюється госпрозрахунком, договірною дисципліною і радянською торгівлею. Теорія єдиного господарського права запанувала на деякий час. Цивільне право як наука і як навчальна дисципліна було скасовано. Зникло з навчальних планів юридичних вузів також й адміністративне право. Таке становище зберігалось до 1938 р., коли нарада наукових працівників у сфері права відкинула концепцію господарського права, визнала наявність у системі радянського права адміністративного та цивільного права і відновила їх викладання в юридичних вузах [29, 704].

У 50–80-х роках XX ст. концепцію «господарського права» модернізували залежно від конкретних суспільно-історичних умов її застосування. Було визнано самостійне існування цивільного права, якому відводилася сфера регулювання відносин за участю громадян. Однак основна ідея концепції господарського права залишилася незмінною: для регулювання соціалістичної економіки потрібне окреме, самостійне господарське право, яке має свою кодифікацію — Господарський кодекс. Але проекти такого кодексу, підготовлені у 70–80-х роках XX ст., не отримали підтримки. Замість них 1991 р. було прийнято Основи цивільного законодавства СРСР.

Наприкінці 80-х років XX ст. було запропоновано модернізовану концепцію господарського права, що передбачала прийняття Підприємницького кодексу. За цією концепцією предмет господарського права становлять не відносини планового характеру, що поєднували планово-організаційні та майнові елементи, а відносини між підприємцями (горизонтальні) і відносини між підприємцями та органами державного управління (вертикальні). Причому обидва види цих відносин розглядаються настільки пов'язаними між собою, що утворюють єдність — так звані господарські відносини, визначальну ознаку яких вбачають у професійній діяльності з виробництва товарів (робіт, послуг) для ринку [30,

1–5]. У цьому випадку суб'єктами господарських відносин визнаються усі підприємці, зокрема і громадяни-підприємці, а також суб'єкти, які безпосередньо здійснюють іншу господарську діяльність або управляють такою діяльністю... [30, 53; 31, 60–61].

Змінюється співвідношення методів правового регулювання. За старою концепцією, найважливішим визнавався метод обов'язкових приписів, за допомогою якого здійснювалося директивне управління економікою. Сучасна концепція господарського права основним методом регулювання відносин пропонує розглядати єдиний комплексний метод рівного підпорядкування всіх учасників господарських відносин суспільному господарському порядку [32, 37] або поєднання кількох способів — владних (обов'язкових) приписів, рекомендацій та автономних рішень [33, 17–18; 31, 32–33], серед яких останній розглядається як основний [33, 18].

Зазначені концептуальні ідеї модернізованого господарського права фактично становлять концептуальну основу проекту Господарського кодексу України (далі — ГК України), підготовленого наприкінці 90-х років.

З огляду на сучасну тенденцію розвитку дуалізму права і відмову від дуалізму приватного права особлива небезпека для подальшого розвитку вітчизняної системи права викликана фактом прийняття ГК України, який не є кодексом приватного права, який би доповнював ЦК України (у цьому разі в Україні запанував би європейський квазідуалізм приватного права зразка ХІХ ст.).

З цього приводу в доктрині права правильно зазначається, що «...цей кодекс базується на філософії, що виходить з можливості об'єднання приватноправових та публічно-правових засад у нову єдину якість правового регулювання так званих господарських відносин. Такого ще світ не бачив» [26, 20].

ГК України з-поміж численних своїх вад встановлює окреме від ЦК України правове регулювання таких базових інститутів приватного права, як суб'єкти, речове та договірне право тощо. І це при тому, що сучасні стандарти міжнародного приватноправового регулювання (які розглядають як показник формування всесвітньоцивільного права) встановлюють єдине регулювання, зокрема, договірних відносин, не тільки у споживчій та комерційній сферах, а й на національному та міжнародному рівнях [34, 20].

Сучасна школа господарського права за допомогою Господарського кодексу фактично намагається звузити сферу свободи, сферу приватного права, оскільки сама концепція господарського права так само, як колись більшовики, нічого приватного в економіці не визнає. Говорячи про «змішаний», «публічно-правовий» характер так званих «господарських відносин», вони насправді віддають перевагу не принципам свободи і рівності, які властиві приватному праву, а принципу ієрархії та субординації, що є властивим для публічного права. ГК України перетворив Україну на «своєрідний» плацдарм для проведення жахливого правового експерименту [35, 11].

У пострадянських країнах проігнорували таку концепцію господарського права. У Російській Федерації, Казахстані, Узбекистані, Киргизії, Грузії прийнято нові цивільні кодекси як єдині кодифікаційні акти для всієї сфери майнових та особистих немайнових відносин. Тільки Україні не пощастило [26, 21].

Намагання об'єднати у нову єдину якість правового регулювання приватно-правові та публічно-правові засади призводить передусім до гіпертрофованої

ролі управлінських відносин у ринковій економіці. Це загрожує її одержавленням.

Відповідно до наукового висновку, підготовленого групою німецьких спеціалістів у 1994 р. щодо проекту Господарського кодексу, «відмова від різниці між приватноправовим та адміністративно-правовим регулюванням є загрозою того, що застосування правових приписів та здійснення контролю щодо їх додержання буде розглядатися як завдання адміністрації» [26, 23] (тобто, держави).

Діяльність усіх суб'єктів підприємництва за цим кодексом пропонується підпорядковувати суспільному господарському порядку, основу якого становлять соціально-економічні рішення органів державної влади, а саме: плани економічного та соціального розвитку України, цільові програми економічного та соціального розвитку, регіональне планування, баланси матеріальних та фінансових ресурсів тощо.

Прихильники концепції господарського права безпідставно звинувачують «цивілістів» у тому, що ті нібито ігнорують державне публічно-правове регулювання економіки. Вчені-цивілісти добре розуміють роль таких публічно-правових важелів державного управління економічними процесами, як податки, кредитно-фінансова політика, антимонопольні заходи тощо. Але ж ці інструменти є сферою публічного права і публічно-правових відносин, на які поширюється публічно-правовий режим регулювання. Зазначені важелі керують товаровиробником опосередковано. Держава у ринковій економіці виступає господарюючим суб'єктом як юридично рівний учасник цивільного обороту і нікому не нав'язує, яку продукцію виробляти, скільки виробленого і кому продавати [26, 22].

Концептуальне вирішення штучно створеної в Україні проблеми дуалізму приватного права передбачає відмову від такого дуалізму. Для цього українська державна влада має реалізувати свої кількарізові заяви про необхідність скасування цього антиринкового акту, який ще й досі діє, примножуючи колізії у підприємницькій сфері.

4. Структура системи права

За своєю структурною будовою система права не обмежується її поділом на дві великі галузі (сфери) права — приватного права та публічного права, кожна з яких має власну структуру і систему правових утворень.

При цьому публічне та приватне право визнаються не галузями права у їхньому традиційному розумінні, а сферами, зонами права, котрі виступають «супергалузями» або «надгалузями», що має суттєве методологічне значення [36] для розуміння системи українського права.

Будучи супергалузями загального феномена права, що існують на наднаціональному рівні, вони охоплюють групу галузей національного права. Зокрема, до сфери публічного права відносять адміністративне право, кримінальне право, процесуальні галузі права тощо; до приватного — цивільне та деякі інші галузі права [37, 24–25; 38, 114].

У сучасній українській юридичній науці поширення набула ідея про трирівневу систему права, яка ґрунтується на визнанні первинних і похідних (комплексних) галузей права. Зокрема, ядром національної правової системи пропонується розглядати конституційне право як основу всіх інших галузей,

інститутів і норм. Галузями першого рівня виступають цивільне, адміністративне, кримінальне, процесуальне право. Від трьох основних галузей матеріального права (цивільного, адміністративного, кримінального) та галузей процесуального права (кримінального процесуального, адміністративного процесуального, цивільного процесуального) вибудовуються генетичні, функціональні і структурні зв'язки до відповідних похідних галузей матеріального (сімейного, житлового, транспортного, фінансового, трудового, земельного тощо) та процесуального (господарського процесуального, нотаріального процесуального) права [39, 20–21].

Загалом подібний підхід, однак з детальнішим поясненням критеріїв формування кожного з рівнів системи права, обґрунтовано в російській доктрині права.

У зв'язку з цим вартий уваги обґрунтований В. Мозоліним підхід щодо структурного поділу системи права на три рівні: перший рівень — конституційне право; другий — основні гілки права; третій — правові утворення, які функціонують в окремих сферах життєдіяльності [40, 19–27].

Перший рівень системи права становить конституційне право, яке займає панівне становище в національному праві; конституційне право становить фундамент права, має вищу юридичну силу, пряму дію і застосовується в усіх сферах життєдіяльності суспільства і держави. З наукового погляду, конституційне право не можна зараховувати до гілок права, оскільки конституційні норми регулюють засади суспільних відносин незалежно від їх різновидів і сфер застосування. Конституційне право можна розглядати як генеруюче джерело права для всіх правових утворень, які входять у систему національного права [40, 20].

Другий рівень системи права становлять основні гілки права. При цьому називаються шість гілок права, які формують основу системи права загалом: цивільне, адміністративне, трудове, податкове, кримінальне і процедурно-процесуальне (в його широкому розумінні) право [41; 42, 22].

В основу віднесення зазначених правових утворень до основних гілок права пропонується внести три критерії: (1) універсальність сфери дії; (2) унікальність типу правовідносин; (3) здатність норм гілки права входити в правові комплексні спільності.

До сфери дії кожної із гілок права входять відносини, учасниками яких виступають або можуть виступати всі суб'єкти права (фізичні особи, юридичні особи, держава, комунальні/муніципальні утворення), які поширюють свою дію на всю територію країни. Предметом регулювання відповідної гілки права є суспільні відносини, які проходять через усі сфери життєдіяльності суспільства і держави з урахуванням лише їм властивих видів суспільних відносин. Кожна гілка права має унікальний, властивий лише їй тип правовідносин, що становлять предмет кожної гілки права, єдності і самостійності методу, заснованого на специфіці відповідної гілки права, наявності галузевого виду відповідальності. Правові норми відповідної гілки права наділені необхідними властивостями, які дають можливість їх використання у створенні комплексного законодавства.

Третій рівень становлять правові утворення, які діють в окремих сферах життєдіяльності суспільства і держави у формах комплексних багатогалузевих кодексів і комплексних нормативних актів. Комплексні правові утворення

поєднують у собі норми, які входять у відповідні гілки права, і спеціальні норми права, які відображають специфіку відносин, що регулюються комплексним законодавством.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Задорожний Ю. А.* Система права романо-германської правової сім'ї: проблеми становлення // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2010. — № 4–5 (102–103). — С. 70–71.
2. *Кондратьєва О.* Збори СКУЮ під прицілом влади ? // Юридичний вісник України. — 2010. — 19 червня–2 липня. — № 25–26 (871–782).
3. *Бошицький Ю., Чернецька О.* Реформування національної правової системи в контексті формування європейського правового простору // Юридичний вісник України. — 2009. — 5–18 грудня. — № 49–50 (753–754).
4. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с франц. В. А. Туманова. — М., 2003. — 400 с.
5. *Кулагин М. И.* Предпринимательство и право: опыт Запада. — М., 1992. — 144 с.
6. *Гражданское и торговое право капиталистических стран* / под ред. В. П. Мозолина и М. И. Кулагина. — М., 1980.
7. *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2009. — 541 с.
8. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. — М., 1976.
9. *Туманова Л. В.* Защита публично-правовых интересов в гражданском судопроизводстве : дис. ... докт. юрид. наук. — СПб., 2002.
10. *Никеров Г. И.* Административное право США. — М., 1977.
11. *Нарышкина Р. Л.* США: государство и частный сектор. — М., 1976.
12. *Сулейменов М. К.* Гражданское право в системе права // Гражданское право в системе права : мат. междунар. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), 17–18 мая 2007 г., Алматы / отв. ред. М. К. Сулейменов. — Алматы, 2007. — 552 с.
13. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.* // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.
14. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : в 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань.* — Т. 1. — К. ; Севастополь, 2004. — 928 с.
15. *Рабінович П., Сивий Р.* Цивілістичність і приватність прав людини: до характеристики співвідношення // Юридична Україна. — 2008. — № 2.
16. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права / предисл. док. юрид. наук, проф. И. Ю. Козлихина. — СПб., 2003. — 430 с.
17. *Белов В. А.* Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики. — М., 2007.
18. *Сібільов М. М.* Загальна характеристика сфери приватного права // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х., 2008. — Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. — 640 с.
19. *Черепашин Б. Б.* К вопросу о публичном и частном праве. — Иркутск, 1925.
20. *Пашуканис Е. Б.* Общая теория права и марксизм: опыт критики основных юридических понятий. — М., 1924.
21. *Сібільов М. М.* Роль Конституції України у формуванні системи права та кодифікації законодавства // Теоретичні та практичні питання реалізації Конституції України: проблеми, досвід, перспективи : мат. наук.-практ. конф. — Х., 1998.
22. *Теория права и государства.* — М., 2001.
23. *Колодій А. М.* Принципи права України. — К., 1998.
24. *Сибилев М. Н.* Общая характеристика сферы частного права // Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. — Харьков, 2011. — 296 с.
25. *Поленина С. В.* Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. — 1999. — № 9.
26. *Довгерт А. С.* Система приватного права та структура проекту Цивільного кодексу України // Українське право. Науково-практичний часопис. — 1997. — Число 1.
27. *Довгерт А.* Новий Цивільний кодекс України і світові концепції розвитку приватного права // Основні напрямки реформи цивільного права в Україні. — К., 1997. — С. 19–21.
28. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права. — М., 1994.
29. *Иоффе О. С.* Критика теории «хозяйственного права» // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — 2-е изд., испр. — М., 2003. — 782 с.
30. *Мартельянов В. С.* Хозяйственное право. — Т. 1 : Общие положения : курс лекций. — М., 1994. — 312 с.

31. *Вінник О. М.* Господарське право : навч. посіб. — 2-ге вид., змін. та допов. — К., 2008. — 766 с.
32. *Хозяйственное право* : учебник / под ред. В. К. Мамутова. — К., 2002.
33. *Щербина В. С.* Господарське право : підручник. — 3-тє вид., переробл. і допов. — К., 2006. — 656 с.
34. *Довгерт А. С.* Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньоцивільного права : доповідь на академічних читаннях АПРн України 17 березня 2009 р. — К., 2009. — Вип. 12.
35. *Кузнєцова Н. С.* Передмова // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. — Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. — Х., 2008.
36. *Довгерт А. С.* Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права // *Право України*. — 2009. — № 8. — С. 15–19.
37. *Алексеев С. С.* Частное право : научно-публицистический очерк. — М., 1999.
38. *Шевченко Я. М.* Приватні і публічні відносини // *Щорічник українського права* : зб. наук. пр. / відп. за вип. О. В. Петришин. — Х., 2010. — № 2.
39. *Харитонов Є. О.* Цивільні правовідносини : монографія / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Одеса, 2011. — 456 с.
40. *Мозолин В. П.* Современная доктрина и гражданское законодательство. — М., 2008. — 176 с.
41. *Мозолин В. П.* О системе российского права // *Труды Московской юридической академии*. — М., 2002 ; *Государство и право*. — 2003. — № 1.

Майданик Р. А. Право України: дуалізм і система

Анотація. Розглядається тенденція до пріоритетного розвитку саме приватного права як умови наближення українського права до стандартів західної традиції права, що визначально впливає на становлення системи суб'єктивних прав і становить базис для власної активної творчості людей, їх творчості, ініціативи.

Аналізується сутність поділу права на приватне та публічне, що полягає в існуванні норм, які забезпечують загальнозначимі (публічні) інтереси і захищають інтереси приватних осіб.

Досліджується формування тенденції до розуміння поняття «цивільне право» навіть ширше, ніж поняття «приватне право» за рахунок поширення сфери дії цивільного права на окремі публічно-приватні права людини, безпосередньо пов'язані з правами цивільного характеру.

Виявляється критерій розмежування приватного і публічного права способом поділу об'єкта у приватному праві у вигляді його індивідуально-приватного володіння та пристосування до спільного користування в публічному праві.

Висвітлюються доктринальні підходи щодо трирівневої структури системи права у вигляді конституційного права, базових і похідних (комплексних) сфер права.

Ключові слова: дуалізм права, концепції дуалізму права, дуалізм приватного права, структура системи права, приватне і публічне право, галузь права, гілка права, базові і комплексні правові утворення.

Майданик Р. А. Право Украины: дуализм и система

Аннотация. Рассматривается тенденция приоритетного развития именно частного права как условия приближения украинского права к стандартам западной традиции права, которая имеет определяющее влияние на становление системы субъективных прав и составляет базис для собственного активного творчества людей, их инициативы.

Анализируется сущность деления права на частное и публичное, заключающееся в существовании норм, обеспечивающих общезначимые (публичные) интересы и защищающие интересы частных лиц.

Исследуется формирование тенденции к пониманию понятия «гражданское право» даже шире, чем понятие «частное право» за счет расширения сферы действия гражданского права на отдельные публично-частные права человека, непосредственно связанные с правами гражданского характера.

Исследуется критерий разграничения частного и публичного права путем разделения объекта в частном праве в виде его индивидуально-частного владения и его приспособления к общему пользованию в публичном праве.

Освещаются доктринальные подходы к трехуровневой структуре системы права посредством конституционного права, базовых и производных (комплексных) отраслей права.

Ключевые слова: дуализм права, концепции дуализма права, дуализм частного права, структура системы права, частное и публичное право, отрасль права, ветвь права, базовые и комплексные правовые образования.

Maidanyk R. Law of Ukraine: Dualism and System

Annotation. We consider the trend towards priority development with private law as a condition for the approximation of Ukrainian legislation to the standards of the Western tradition of law which makes a defining impact on the formation of subjective rights and constitutes a basis for an active creative work of people, and their initiative.

We analyze the nature of the division of the right to private public, which is the existence of rules that provide universally (public) interests and protect the interests of individuals.

We study the formation tendency to understand the term «civil law» even broader than the concept of «private law» by broadening the scope of civil rights for certain public private rights directly related to civil rights.

The criterion of distinction of private and public law was investigated by dividing an object in private law as its individual private ownership and its adaptation to sharing in public law.

The doctrinal approaches to the three tier structure of law as constitutional law, basic and derived (complex) areas of law are covered.

Key words: duality law, the concept of dualism rights, rights of private duality, the structure of the legal system, private and public law, the right branch, branch of law, basic and comprehensive legal education.