

*Актуальная тема номера:
«Частное право Украины:
становление, проблемы, перспективы»*

I. Методология частного права

ПРАВО УКРАИНЫ: ДУАЛИЗМ И СИСТЕМА



Р. МАЙДАНИК

доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент НАПрН Украины,
заведующий кафедрой гражданского права
(Киевский национальный университет
имени Тараса Шевченко)

1. Понятие «дуализм права»

Современное понимание частного права определяется традицией континентального европейского права рассматривать систему права на основе дуалистического принципа, который предусматривает основное разделение права на частное и публичное. Деление и значение дуализма в праве во многом обусловлены типичной принадлежностью национальной правовой системы к соответствующей правовой семье. Отечественная правовая система по своим правовым традициям и правопониманию относится к странам романо-германского права с присущей ему приоритетностью «...общих норм права как общеобязательных правил поведения, которые распределены по отраслям на частное и публичное и выделены в системы материального и процессуального права» [1].

В современной отечественной литературе можно встретить утверждения, что украинцам близка англо-американская правовая традиция. «Чтобы убедиться в этом, — считает В. Кампо, — стоит вспомнить традиции народного судопроизводства, которые были распространены в украинских землях во времена казачества. Поэтому в будущем необходимо возродить такую систему судопроизводства наподобие мировых судов» [2, 12].

© Р. Майданик, 2013

В современных условиях сближения существующих правовых систем указанный подход заслуживает внимания и должен учитываться в нормотворческой и правоприменительной деятельности.

В то же время это не следует рассматривать как отказ от существующих ныне основных отличий и традиций каждой из указанных семей права. Современной отечественной правовой системе присуще большинство признаков, известных романо-германскому праву.

В связи с этим определяющий признак системы права Украины как составной части отечественной правовой системы, относящийся к романо-германской правовой семье, основывается на традиционном разделении права на частное и публичное.

Любая страна, в том числе и Украина, имеет собственные традиции сочетания частного и публичного права и способы их гармоничного соотношения, обусловленные особенностями формирования и тенденциями развития национальной правовой системы.

Современная система права Украины характеризуется недостаточным развитием частного права, поскольку длительное время главное внимание уделялось преимущественно развитию публичного права. В связи с этим заслуживает поддержки тенденция к приоритетному развитию именно частного права как условия приближения украинского права к стандартам западной традиции права.

По этому поводу в литературе отмечается, что, несмотря на равноценность и взаимосвязь между частным и публичным правом, «...повышенное внимание все же должно быть уделено частному праву, поскольку именно оно (наряду или в сочетании с правами человека) отражает главные процессы, связанные со становлением системы субъективных прав, которые открывают гарантированное пространство для собственной активной деятельности людей, их творчества, инициативы...» [3, 18].

Такой подход к дуализму права допустим при решении вопроса о взаимосвязи и соотношения частного и публичного права в конкретный исторический период существования общества и государства с учетом опыта, накопленного в мировой практике.

Сейчас деление на частное и публичное право в той или иной форме существует во всех странах романо-германской системы права. В странах англо-американского права деление на публичное и частное право не применяется. Более того, его с древних времен принципиально не признавали, поскольку в нем видели отказ от идеи о том, что государство и его органы подчинены праву [4, 230].

В странах общего права отсутствует деление на привычные для отечественного юриста отрасли: гражданское, трудовое, административное, уголовное и т. д. Нормы, которые в других странах обычно относятся к сфере гражданского права, образуют здесь самостоятельные разделы, такие, например, как договорное право, деликтное право, право собственности и т. д. [5, 8].

Для английского или американского студента, изучающего право, основным является то, что совсем неизвестно романо-германской правовой семье: деление на общее право и право справедливости [4, 230].

Вместе с тем использование категорий публичного и частного не является совсем чуждым и для стран общего права. Английское судопроизводство

предусматривает его деление на уголовное (которое совершается по иску короны) и гражданское (совершается по искам частных лиц). Нередко суды в этих странах оперируют понятиями публичного и частного интереса, частного права и т. д. Например, в решении Верховного Суда США по делу «*Garner vs. Teamsters Union*» (1953) отмечалось: «Часто кажется удобным характеризовать определенные иски способом использования категории публичных и частных прав. Эта привычная классификация, безусловно, становится обоснованной для определенных целей» [6, 8–9].

Сущность деления права на частное и публичное заключается в том, что в системе права существуют нормы, призванные обеспечивать, прежде всего, общезначимые (публичные) интересы, т. е. интересы общества, государства в целом (конституционное, административное, финансовое, уголовное, процессуальное право) и нормы, защищающие интересы частных лиц (гражданское, семейное, трудовое право) [7, 323].

Публичное право связано с публичной властью, носителем которой является государство. Публичное право является сферой власти и подчинения. Частное право — это сфера свободы и частной инициативы, оно обслуживает в основном потребности частных лиц (юридических и физических), которые не обладают властными полномочиями и выступают свободными равноправными собственниками [7, 324].

Это разделение во всех странах романо-германского права рассматривается как основополагающее разделение системы права [7, 8–9].

Оно позволяет выявить общие и отличительные родовые черты двух наибольших групп правовых массивов. Подчеркивая исключительную роль гражданского права как центрального раздела права в странах романо-германской семьи, Р. Давид отмечал, что «истинным правом остается частное право», что «формирование юриста может быть обеспечено... только изучением гражданского права» [8, 102].

2. Современные тенденции дуализма права

В современных условиях становится все сложнее проводить разграничение частного и публичного права. На всех формах отношений личности и общества, государства возникают вопросы деления права на частное и публичное, как замечает Л. Туманова, они затрагивают все стороны человеческого существования: свободу и несвободу, инициативу, автономию воли и пределы вмешательства государства в жизнь граждан [9, 17].

Развитие хозяйственной функции государства, расширение предпринимательской деятельности, различные ограничения права частной собственности и свободы договора обусловили появление концепций хозяйственного права, характеризующиеся негативным отношением к дуализму права. Сторонники хозяйственного права считают разделение права на публичное и частное (в любом случае, в сфере предпринимательства) явлением, отжившим себя [5, 10].

Расширение использования публично-правовых начал в сфере регулирования отношений собственности, договорных связей, с одной стороны, и одновременно применение частноправовых институтов для реализации публичных целей — с другой, усложнили проблему разграничения публичного и частного права. В современных условиях усиливается тенденция расширения, «захвата»

территории частного права публичным. Ее называют «публицизацией» частного права (Г. Саватье). Отдельные авторы оценивают ее как проявление трансформации всего массива права в публичное (Ж. Рипер), утраты частным правом своей ведущей роли и оригинальности [10, 93; 11, 23–26]. Применение элементов публичного права в частном праве наблюдается, например, в общественном договоре, договоре присоединения, трудовом договоре. Недаром в гражданском праве встает вопрос о необходимости разработки мер по защите прав слабой стороны в договоре. Эта проблема актуальна и для трудового права [12, 9].

Взаимопроникновение предусматривает обратное действие, когда гражданско-правовые конструкции распространяются на традиционную сферу публичного права, что представляет собой процесс «цивилизации» публичных отношений. В публичном праве иногда применяются методы координации в отношениях между государственными органами, договор начинает применяться не только в международном публичном праве, но и в национальном государственном праве.

Вместе с тем нельзя применять методы правового регулирования одной правовой сферы к отношениям, возникающим в другой правовой сфере. Поэтому невозможно согласиться с применением договорных отношений там, где отсутствует равенство сторон (в частности, это касается так называемых финансовых договоров), или применять конструкцию обязательства там, где обязательственная модель принципиально неприменима (например, налоговое обязательство в налоговом праве) [12, 9]. По этому поводу заслуживает внимания тенденция к расширению предмета гражданского права, которое не ограничивается только распространением его сферы на все имущественные и личные неимущественные отношения между юридически равными участниками и, наконец, приведет к отождествлению таких понятий, как «частные права» и «гражданские права».

В современных условиях формируется тенденция к пониманию понятия «гражданское право» даже шире, чем понятия «частное право» за счет распространения сферы действия гражданского права на отдельные публично-частные права человека, которые непосредственно связаны с правами гражданского характера.

В отечественной правоприменительной практике это обстоятельство отражается в фактическом распространении гражданско-правовых конструкций на публичные права, судебная защита которых влияет на права и обязанности частного характера (в частности, речь идет о налоговом залоге, финансовом кредите, административных услугах и т. д.).

Расширительного толкования понятия «гражданское право» придерживается Европейский суд по правам человека (далее — Суд), который на протяжении последних 30 лет (с 70-х годов) распространяет понятие «гражданские права» на отдельные частно-публичные права человека, защита которых влияет на имущественные права гражданского характера. Суд существенно расширил сферу применения понятия «гражданское право», включив в предмет последнего еще и некоторые частно-публичные отношения по пенсионному обеспечению и социальной помощи. Это соответствует расширительному толкованию понятия «имущество», используемого в ст. 1 Дополнительного протокола (Протокола № 1) к Конвенции о защите прав человека и основных

свобод, Судом [13, 270]. Суд допускает более расширенное толкование понятия «имущество», чем это принято в законодательстве и судебной практике Украины. В решениях Суда отмечалось, что согласно положениям о защите прав на имущество защищаются права не только на вещи, но и на акции, получение арендной платы, прибыли и т. п. [14, 6–7].

Так что на нынешнем этапе в практике Суда понятие «гражданские права» понимается несколько шире, чем понятие «частные права» [15, 40]. На основе этого можно сделать вывод о допустимости распространения положений о гражданских отношениях на публичные права человека, судебная защита которых влияет на права и обязанности гражданского характера, если закон прямым образом не запрещает или предполагает подобное расширительное толкование гражданских прав.

Несмотря на процессы взаимопроникновения публичного и частного права, дуализм права продолжает существовать. Разумеется, в современных условиях нельзя провести четкую границу между публичным и частным правом, расположив по ту или иную его сторону сферы позитивного права. Во многих традиционных отраслях присутствуют нормы и той, и другой юридической природы. Однако, несмотря на все большую сложность определения характера правовых предписаний, всегда можно установить, о какой норме — публично-правовой или частноправовой — идет речь. По этому поводу М. Кулагин справедливо отмечает, что «...разделение права на публичное и частное нельзя понимать упрощенно как разделение на уровне отраслей права. Оно может проводиться и на уровне отдельных институтов и даже конкретных правовых норм» [5, 17].

Проведенный анализ свидетельствует о повышенной актуальности вопроса выявления четкого критерия разграничения публичного и частного права.

По нашему мнению, достаточно четко характерные особенности частного и публичного права объясняются различиями разделения объекта в частном праве и его приспособления для общего пользования в публичном праве.

По этому поводу в юридической науке справедливо отмечается, что «...наиболее характерные отличия частных и публичных прав выражаются в порядке приобретения тех или иных прав, в способах их утраты, различиях содержания самого права и соотношении права и обязанности» [16, 224–225].

Частное право под своим предметом понимает частные права лица, имеющие «...индивидуальный характер, относящиеся непосредственно и только к конкретному отдельному лицу», и «...такой порядок приобретения дает возможность частного владения объектом, определяет связь каждой отдельной части с ее владельцем» [16, 225].

В публичном праве не возникает индивидуально-частного владения, здесь происходит приспособление объекта к совместному пользованию. В частности, публичные отношения возникают на основании принятия решения (акта) государственного органа, касающегося осуществления функций государства, и не создает гражданско-правовых последствий.

Поскольку в этом случае совместно пользуется целая группа лиц, то не нужен особый акт приобретения. Достаточно принадлежности к группе, которая допускает к пользованию определенным образом приспособленным объектом. Поэтому правоспособность и право здесь совпадают. Этим публичное право отличается от частного права. В отличие от публичного права (где

право и правоспособность совпадают), частное право различает правоспособность и правовладение (первую имеют все частные лица, а вторую — лишь правоспособный, получивший во владение любую определенную часть) [16, 225].

В этом случае идет речь о методе построения правоотношений, которые и должны рассматриваться как критерий основного деления права. Правоотношения юридически равных субъектов составляют правоотношение частное; правоотношение юридически властвующих с юридически подвластными — публичное.

На уровне общественных отношений этот критерий отражается как метод взаимодействия их субъектов: юридически равные субъекты частных правоотношений лишены права юридически навязывать друг другу свою волю и вынуждены использовать координацию собственных действий; властвующие субъекты публичных правоотношений имеют юридическую власть над подвластными, т. е. поставлены в субординационные с ними отношения.

В сфере объективного права этот критерий проявляет себя как метод правового регулирования (инициатива или централизация) [17, 59–60].

Приведенное дает основания для вывода, что частные отношения определяют правила осуществления субъективных прав между юридически равными участниками отношений, то есть как частными лицами. Публичные отношения возникают между подчиненным (частным лицом) и властвующими участниками (государством, территориальной общиной) по поводу совместного пользования благами определенной группой лиц как средство воздействия государства на отношения с целью поддержания правового порядка.

Однако такой подход не дает возможности разграничить личное и публичное право в ситуациях, когда эти правоотношения направлены на достижение частных и публичных интересов. В таких случаях должен subsidiarily применяться вспомогательный критерий интереса путем выявления преобладающего, основного вида интереса, на достижение которого направлены отношения, — частного или публичного, что позволит определить право как частное или публичное.

При таком подходе и с учетом тенденции к толкованию судами (в частности, Европейским судом по защите прав человека) понятия «гражданские права» шире, чем понятие «частные права», допустимо распространение положений о гражданских отношениях на публичные права человека, судебная защита которых влияет на права и обязанности гражданского характера, если закон прямо не запрещает или предполагает подобное расширительное толкование гражданских прав (право на пенсионное обеспечение, другие формы социального обеспечения и т. д.).

Напрашивается вывод, что при разграничении прав на частное и публичное необходимо использовать не один, а несколько критериев: метод регулирования или критерий интереса.

Основным критерием деления права на частное и публичное является формальный критерий в виде распределения инициативности (метод правового регулирования). И только тогда, когда распределение инициативности остается невыясненным, необходимо обращаться к материальному критерию в виде характера отношений и их направленности на достижение предпоч-

тительных (основных) интересов участников соответствующих им правоотношений (частных или публичных).

В сфере частного права единственными, или основными, интересами являются интересы, которые субъекты, действующие как частные лица, осуществляют в своих индивидуальных целях (частные интересы). В сфере публичного права субъекты действуют в общем (публичном) интересе, через прямую или косвенную делегацию суверенной власти.

Несмотря на то, что в научной дискуссии по разграничению частного и публичного права так и не был окончательно решен вопрос о том, по какому критерию происходит разделение права на частное и публичное, все же ее результатом стало фиксирование ряда существенных вопросов, которые не потеряли актуальности и по сей день.

Прежде всего, разделение права на частное и публичное является объективным. При этом граница между этими сферами права является изменчивой. Отыскание критерия такого разделения необходимо для установления в итоге границы господства государства (публичной власти) над личностью. Критерии деления права на частное и публичное условно могут быть разделены на материальные, связанные с содержанием отношений, которые регулируются, и формальные, связанные со способом их регулирования. Наконец, разделение права на частное и публичное влияет на систему права [18, 12–13].

Позиция отдельных ученых о якобы бессмысленности деления права на частное и публичное отрицается тремя принципиальными позициями.

Во-первых, юристы относят те или иные отношения к частному, а не к публичному праву не потому, что они хотят изъять их из сферы публичного права, централизованного правового регулирования, а именно потому, что эти отношения под влиянием экономического и других факторов объективным правопорядком уже отданы на произвольное усмотрение заинтересованных частных лиц.

Во-вторых, сужение на определенных исторических этапах границ частного права не приводит к его уничтожению.

В-третьих, в вопросе о разделении права на частное и публичное все должно сводиться к констатации и раскрытию сущего, а не к созданию желаемого с политико-правовой точки зрения [19, 21–22]. Разделение права на частное и публичное не является искусственной абстракцией, выдумкой юристов; эта противоположность является наиболее характерной особенностью правовой формы как таковой и характеризует эту форму с точки зрения как логической, так и исторической [20, 67].

В современной юридической науке все исследователи формально признают существование двух отраслей права — частного и публичного. Более того, украинский ученый М. Сибилев высказал мнение о том, что нормативные основы признания деления права на частное и публичное содержатся в Конституции Украины, в частности в ст. 3, где отмечается, что человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются наивысшей социальной ценностью, а главной обязанностью государства, которое отвечает за свою деятельность перед человеком, является утверждение и обеспечение его прав и свобод. Именно права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства [21, 155].

Впоследствии российский исследователь В. Гойман, анализируя аналогичную статью Конституции Российской Федерации, пришел к такому же выводу, подчеркнув, что основной смысл деления права на частное и публичное заключается в том, что упомянутая конституционная норма получает предметно-юридическое воплощение во всей национальной системе права [22, 205].

При этом в доктрине права справедливо отмечается, что частное и публичное право в любой стране находятся во взаимодействии, которое и обеспечивает надлежащее функционирование всей правовой системы в целом [23, 60]. Поэтому признание разделения права на право частное и публичное не имеет целью уменьшить роль публичного права, противопоставить его праву частному, а лишь подчеркивает, что речь идет о различных сферах регулирования общественных отношений [24, 82]. Между публичным и частным правом нет субординационной связи [25, 9].

Таким образом, ценность идеи разделения права на частное и публичное заключается в создании органичного взаимодействия, а не в абсолютизации его элементов, касающихся различных сфер регулирования общественных отношений, и становлении единого способа достижения справедливости, сбалансированности, стабильности и устойчивого развития в обществе.

3. Дуализм частного права

Наряду с дуализмом права в странах континентального права различают дуализм частного права, который предполагает существование двух независимых, параллельно существующих систем частного права — гражданского и торгового.

Феномен дуализма частного права возник в исторических условиях европейского Средневековья. Его родиной считаются итальянские города-республики, где доминирование интересов купеческих гильдий над интересами остальных слоев населения привело к появлению торгового права отдельных городов. Однако общим правом торговое право стало позже во Франции, когда купечество окрепло настолько, что было способно открыто противопоставить свой торгово-промышленный капитал дворянскому землевладению. В 1673 г. был принят Торговый, а в 1681 г. — Морской кодекс [26, 19].

Классический дуализм частного права, т. е. параллельное существование двух его систем, закончилось принятием во Франции Торгового кодекса (далее — ТК) 1808 г., который, уже не был «параллельным» Кодексу Наполеона 1804 г. (как и ТК Германии 1897 г. — Германскому гражданскому уложению 1896 г.), а был логическим продолжением, дополнением.

Этот период (период квазидуализма) характеризуется единством частного права, нормы которого были изложены в двух кодификационных актах [27].

Существование классического дуализма частного права в Германии объяснялось другими социально-политическими причинами. Из-за политической раздробленности попытки принять единый для всей Германии Гражданский кодекс (далее — ГК) в первой половине XIX в. не имели успеха. Но в 1861 г. удалось принять общенемецкий ТК, поскольку этот акт не затрагивал религиозных, семейных, земельных и других болезненных вопросов. Кодекс действовал параллельно с гражданским правом отдельных германских королевств, герцогств и т. п., которое имело римские истоки, не соответствовало требованиям торгового оборота и было доступным для населения.

Новый немецкий ТК 1897 г., который принимается после разработки общегерманского ГК (1896), уже является параллельным гражданскому праву. Он представлял собой его логическое дополнение, своеобразное приложение к нему. ГК Германии 1896 г., проникнутый духом первого ТК, не оставлял оснований для существования второго ТК [26, 19]. По мнению классика российской цивилистики Г. Шершеневича, ТК сохранили в Германии как первую достопримечательность национального единения немцев [28, 35].

В связи с этим в литературе выделяют два основных этапа развития дуализма частного права. Первый — этап классического дуализма, когда торговое право действует параллельно гражданскому. Помимо политических и экономических причин такого положения дел, имели место и чисто юридические: римское гражданское право, которое продолжало действовать в Европе, оказалось слишком формализованным для того, чтобы удовлетворять практические потребности заключения соглашений между коммерсантами. Второй этап — это уже квазидуализм; в этот период действуют не две системы частного права, а единое частное право, изложенное всего в двух кодексах [26, 19].

В дальнейшем развитие гражданского оборота привело к исчезновению оснований разграничения коммерческих и остальных сделок. С политической точки зрения, уже само по себе существование торговых кодексов — как воплощение торжества буржуазии — было подобно вызову демократическому гражданскому обществу. С юридической же точки зрения дальнейшее развитие как ГК, так и ТК неизбежно приводило к противоречиям между ними, пробелам и повторам.

Именно поэтому в странах, где существовал дуализм частного права, развитие последнего осуществлялось преимущественно в пределах ГК. При этом торговые кодексы были «законсервированы», а торговое законодательство развивалось за их пределами [26, 19].

В XX в. окончательно закрепилась тенденция к отказу от дуализма частного права. Все новейшие кодификации частного права в зарубежных странах (ГК Швейцарии (1907), отмена ТК в Италии (1942) и Португалии (1966), ГК Нидерландов (1992), провинции Квебек (1994), России (1994) и других стран СНГ), уже происходят в рамках единого ГК, который окончательно закрепил тенденцию развития частного права в XXI в. — отказ от дуализма частного права [26, 19].

ГК Украины, созданный в соответствии с указанной тенденцией, своим регулированием на единых частноправовых принципах охватывает всю совокупность гражданско-правовых отношений, в том числе и частноправовые отношения в сфере предпринимательства.

Учитывая это, идеи о необходимости для Украины иметь предпринимательский, торговый, коммерческий, хозяйственный или другие подобные кодексы справедливо рассматриваются как приглашение Украины в средневековье или, по крайней мере, как попытка возвращения к юридическому менталитету прошлого [26, 20].

Идея хозяйственного права и принятия Хозяйственного (предпринимательского) кодекса (далее — ХК), который концептуально основывается на идее хозяйственного права, впервые получила достаточно широкое распространение на страницах европейской юридической литературы начала XX в. Обоснованию этой концепции посвящена, в частности, книга Ю. Гедемана «*Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*», опубликованная в 1910 г., а

среди его статей, изданных в русском переводе в 1924 г. в Харькове, размещена также статья под названием «Основные черты хозяйственного права» [29, 703].

Авторы этой концепции обосновывали процесс создания нового, хозяйственного права, которое не было ни публичным, ни частным, вследствие все большего усиления в стадии империализма вмешательства буржуазного государства в частноправовые отношения. Тем самым это вроде подтверждало процесс разрушения границы между публичным и частным правом.

Концепция хозяйственного права позже была воспринята многими советскими авторами и прежде всего А. Гойбархом, который в работе «Хозяйственное право РСФСР» (1921) вслед за Л. Дюги отождествлял субъективные права с реальными функциями, а на этом основании пришел к выводу об исчезновении различий между публичным и частным не только в социалистическом, но и буржуазном праве и о необоснованности дальнейшего сохранения гражданского права. По мнению А. Гойбарха, гражданское право всегда и повсюду является частным правом, которое существует лишь как некая противоположность праву публичному. Однако если граница между публичным и частным правом исчезает, то неизбежно перестает существовать и гражданское право. Ему на смену приходит право хозяйственное [29, 703].

Идея разрушения границ между частным и публичным правом стала методологической основой вывода о том, что в условиях социалистической плановой экономики все отношения в сфере социалистического хозяйства и по горизонтали (товарный обмен), и по вертикали (хозяйственное управление) должны регулироваться только хозяйственным правом. По мнению ученых-«хозяйственников», нормы хозяйственного права должны также регулировать «остатки» отношений частного сектора в виде удовлетворения потребностей граждан на базе их собственности [26, 20].

С иных позиций этот вопрос рассматривал П. Стучка, который в труде «Курс советского гражданского права» (Т. III, 1931 г.) обосновал в условиях экономики переходного периода идею двухсекторного права: гражданского права («Основы гражданского законодательства СССР») для частных лиц и хозяйственного права («Хозяйственно-административный кодекс») для социалистических организаций [29, 704].

Согласно этой теории ГК должен был обслуживать частный сектор и межсекторные отношения, а государственный сектор экономики должен охватываться хозяйственным правом. Причем хозяйственное право понималось как переходное к, собственно, неправовому организационному руководству хозяйством [26, 20]. Он писал: «Хозяйственное право содержит правовое регулирование имущественных, точнее хозяйственных отношений социалистического сектора, тогда как частнохозяйственное, или гражданское, ...право регулирует имущественные отношения главным образом сектора частных владельцев и частично межсекторные отношения» [29, 704].

В начале 30-х годов XX в. теории двухсекторного права была противопоставлена теория единого хозяйственного права. Один из авторов этой теории Л. Гинзбург в труде «Курс советского хозяйственного права» (Т. I, 1935 г.) обосновал необходимость понимания хозяйственного права в единстве всей системы хозяйственной политики партии и правительства, единстве, которое соответствует реальному единству советской системы хозяйства. Поэтому регулирование отношений хозяйственных организаций в социалистическом

секторе не исчерпывается плановостью и подчиненностью, а дополняется хозяйственным правом, договорной дисциплиной и советской торговлей. Теория единого хозяйственного права воцарилась на некоторое время. Гражданское право как наука и как учебная дисциплина была отменена. Исчезло из учебных планов юридических вузов также и административное право. Такое положение сохранялось до 1938 г., когда совещание научных работников в сфере права отвергло концепцию хозяйственного права, признало наличие в системе советского права административного и гражданского права и возобновило их преподавание в юридических вузах [29, 704].

В 50–80-х годах XX в. концепцию «хозяйственного права» модернизировали в зависимости от конкретных общественно-исторических условий ее применения. Было признано самостоятельное существование гражданского права, которому отводилась сфера регулирования отношений с участием граждан. Однако основная идея концепции хозяйственного права осталась неизменной: для регулирования социалистической экономики требуется отдельное, самостоятельное хозяйственное право, которое имеет свою кодификацию — ХК. Но проекты такого Кодекса, подготовленные в 70–80-х годах XX в., не получили поддержки. Вместо них в 1991 г. были приняты Основы гражданского законодательства СССР.

В конце 80-х годов была предложена модернизированная концепция хозяйственного права, которая предусматривала принятие Предпринимательского кодекса. По этой концепции предмет хозяйственного права составляют не отношения планового характера, объединяющие планово-организационные и имущественные элементы, а отношения между предпринимателями (горизонтальные) и отношения между предпринимателями и органами государственного управления (вертикальные). Причем оба вида этих отношений рассматриваются настолько связанными между собой, что образуют единство — так называемые хозяйственные отношения, определяющий признак которых усматривают в профессиональной деятельности по производству товаров (работ, услуг) для рынка [30, 1–5]. В этом случае субъектами хозяйственных отношений признаются все предприниматели, в том числе и граждане-предприниматели, а также субъекты, которые непосредственно осуществляют другую хозяйственную деятельность или управляют такой деятельностью... [30, 53; 31, 60–61].

Изменяется соотношение методов правового регулирования. По старой концепции, важнейшим признавался метод обязательных предписаний, с помощью которого осуществлялось директивное управление экономикой. Современная концепция хозяйственного права основным методом регулирования отношений предлагает рассматривать единый комплексный метод равного подчинения всех участников хозяйственных отношений общественному хозяйственному порядку [32, 37] или сочетание нескольких способов — властных (обязательных) предписаний, рекомендаций и автономных решений [31, 32–33; 33, 17–18], среди которых последний рассматривается как основной [33, 18].

Указанные концептуальные идеи модернизированного хозяйственного права фактически составляют концептуальную основу проекта ХК Украины, подготовленного в конце 90-х годов.

Учитывая современную тенденцию развития дуализма права и отказ от дуализма частного права, особая опасность для дальнейшего развития отечественной системы права вызвана фактом принятия ХК Украины, не являющегося кодексом частного права, который бы дополнял ГК Украины (в этом случае в Украине воцарился бы европейский квазидуализм частного права образца XIX в.).

По этому поводу в доктрине права правильно отмечается, что «...этот Кодекс базируется на философии, исходит из возможности объединения частноправовых и публично-правовых начал в новое единое качество правового регулирования так называемых хозяйственных отношений. Такого еще свет не видел» [26, 20].

ХК Украины среди многочисленных своих недостатков устанавливает отдельное от ГК Украины правовое регулирование таких базовых институтов частного права, как субъекты, вещное и договорное право и т. д. И это при том, что современные стандарты международного частноправового регулирования (которые рассматривают как показатель формирования всемирного гражданского права) устанавливают единое регулирование, в частности, договорных отношений, не только в потребительской и коммерческой сферах, но и на национальном и международном уровнях [34, 20].

Современная школа хозяйственного права с помощью ХК фактически пытается сузить сферу свободы, сферу частного права, поскольку сама концепция хозяйственного права так же, как когда-то большевики, ничего частного в экономике не признает. Говоря о «смешанном», «публично-правовом» характере так называемых «хозяйственных отношений», они на самом деле отдают предпочтение не принципам свободы и равенства, присущим частному праву, а принципам иерархии и субординации, присущим публичному праву. ХК Украины превратил Украину в «своеобразный» плацдарм для проведения ужасающего правового эксперимента [35, 11].

В постсоветских странах проигнорировали такую концепцию хозяйственного права. В России, Казахстане, Узбекистане, Киргизии, Грузии приняты новые ГК как единые кодификационные акты для всей сферы имущественных и личных неимущественных отношений. Только Украине не повезло [26, 21].

Попытка объединить в новое единое качество правового регулирования частноправовые и публично-правовые основы приводит, прежде всего, к гипертрофированной роли управленческих отношений в рыночной экономике. Это угрожает ее огосударствлением.

Согласно научному выводу, подготовленному группой немецких специалистов в 1994 г. по проекту ГК, «отказ от разницы между частноправовым и административно-правовым регулированием является угрозой того, что применение правовых предписаний и осуществление контроля за их соблюдением будет рассматриваться как задача администрации» (государства) [26, 23].

Деятельность всех субъектов предпринимательства по этому Кодексу предлагается подчинять общественному хозяйственному порядку, основу которого составляют социально-экономические решения органов государственной власти, а именно: планы экономического и социального развития Украины, целевые программы экономического и социального развития, региональное планирование, балансы материальных и финансовых ресурсов и т. п.

Сторонники концепции хозяйственного права безосновательно обвиняют «цивилистов» в том, что те якобы игнорируют государственное публично-правовое регулирование экономики. Ученые-цивилисты хорошо понимают роль таких публично-правовых рычагов государственного управления экономическими процессами, как например, кредитно-финансовая политика, антимонопольные мероприятия. Но эти инструменты являются сферой публичного права и публично-правовых отношений, на которые распространяется публично-правовой режим регулирования. Указанные рычаги управляют товаропроизводителем опосредованно. Государство в рыночной экономике выступает хозяйствующим субъектом как юридически равный участник гражданского оборота и никому не навязывает, какую продукцию производить, сколько произведенного и кому продавать [26, 22].

Концептуальное решение искусственно созданной в Украине проблемы дуализма частного права предполагает отказ от такого дуализма. Для этого украинская государственная власть должна реализовать свои неоднократные заявления о необходимости отмены этого антирыночного акта, который все еще действует, умножая коллизии в предпринимательской сфере.

4. Структура системы права

По своему структурному строению система права не ограничивается делением на две большие отрасли (сферы) — частного и публичного права, каждая из которых имеет собственную структуру и систему правовых образований. При этом публичное и частное право признаются не отраслями права в их традиционном понимании, а сферами, зонами права, выступающими «суперотраслями» или «надотраслями», что имеет существенное методологическое значение [36] для понимания системы украинского права.

Будучи суперотраслями общего феномена права, существующими на наднациональном уровне, они охватывают группу отраслей национального права. В частности, к сфере публичного права относят административное право, уголовное право, процессуальные отрасли права и т. д., к сфере частного — гражданское и некоторые другие отрасли права [37, 24–25; 38, 114].

В современной украинской юридической науке получила распространение идея о трехуровневой системе права, которая основывается на признании первичных и производных (комплексных) отраслей права. В частности, ядром национальной правовой системы предлагается рассматривать конституционное право как основу всех других отраслей, институтов и норм. Отраслями первого уровня выступают гражданское, административное, уголовное, процессуальное право. От трех основных отраслей материального права (гражданского, административного, уголовного) и отраслей процессуального права (уголовного процессуального, административного процессуального, гражданского процессуального) выстраиваются генетические, функциональные и структурные связи в соответствующих производных отраслях материального (семейного, жилищного, транспортного, финансового, трудового, земельного и т. п.) и процессуального (хозяйственного процессуального, нотариального процессуального) права [39, 20–21].

В целом подобный подход, однако с более подробным объяснением критериев формирования каждого из уровней системы права, обоснован в российской доктрине права.

В связи с этим заслуживает внимания обоснованный В. Мозолиным подход к структурному делению системы права на три уровня: первый уровень — конституционное право, второй — основные ветви права, третий — правовые образования, которые функционируют в отдельных сферах жизнедеятельности [40, 19–27].

Первый уровень системы права составляет конституционное право, которое занимает господствующее положение в национальном праве; оно является фундаментом права, имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется во всех сферах жизнедеятельности общества и государства. С научной точки зрения, конституционное право нельзя отнести к ветвям права, поскольку конституционные нормы регулируют принципы общественных отношений независимо от их разновидностей и сфер применения. Конституционное право можно рассматривать как генерирующий источник права для всех правовых образований, входящих в систему национального права [40, 20].

Второй уровень системы права составляют основные ветви права. При этом называются шесть ветвей, которые формируют основу системы права в целом: гражданское, административное, трудовое, налоговое, уголовное и процедурно-процессуальное (в его широком понимании) право [41; 42, 22]. В основу отнесения указанных правовых образований к основным ветвям права предлагается внести три критерия:

- 1) универсальность сферы действия;
- 2) уникальность типа правоотношений;
- 3) способность норм ветви права входить в правовые комплексные общности.

В сферу действия каждой из ветвей права входят отношения, участниками которых выступают или могут выступать все субъекты права (физические лица, юридические лица, государство, коммунальные/муниципальные образования), которые распространяют свое действие на всю территорию страны. Предметом регулирования соответствующей ветви права являются общественные отношения, которые проходят через все сферы жизнедеятельности общества и государства на основе только им присущих видов общественных отношений. Каждая ветвь права имеет уникальный, присущий только ей тип правоотношений, составляющий предмет каждой ветви права, единство и самостоятельность метода, основанного на специфике соответствующей ветви права, наличии отраслевого вида ответственности. Правовые нормы соответствующей ветви права наделены необходимыми собственными свойствами, которые дают возможность их использования в создании комплексного законодательства.

Третий уровень составляют правовые образования, которые действуют в отдельных сферах жизнедеятельности общества и государства в формах комплексных многоотраслевых кодексов и комплексных нормативных актов. Комплексные правовые образования сочетают в себе нормы, которые входят в соответствующие ветки права, и специальные нормы права, отражающие специфику отношений, регулируемых комплексным законодательством.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Задорожний Ю. А.* Система права романо-германської правової сім'ї: проблеми становлення // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2010. — № 4–5 (102–103).
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 національно-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.* — К. ; Севастополь, 2004. — Т. 1. — 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. 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.
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. *Мартемьянов В. С.* Хозяйственное право : курс лекций. — М., 1994. — Т. I : Общие положения. — 312 с.
31. *Вітнік 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. *Шербина 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.
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. Харитонova. — 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. Рассматривается тенденция приоритетного развития 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, которое заключается в существовании норм, обеспечивающих общезначимые (публичные) интересы и защищающих интересы частных лиц.

Исследуется формирование тенденции к пониманию понятия «гражданское право» 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 в виде конституционного права, базовых и производных (комплексных) отраслей права.

Ключевые слова: дуалізм права, концепції дуалізму права, дуалізм частного права, структура системы права, частное и публичное право, отрасль права, ветвь права, базовые и комплексные правовые образования.

Майданик Р. А. Право України: дуалізм і система

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

Аналізується сутність поділу права на приватне і 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.

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.