



СИСТЕМА ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ: НА ПУТИ ТРАНСФОРМАЦИИ

Андрей ДРИШЛЮК,

кандидат юридических наук, доцент, судья апелляционного суда Одесской области

Summary

The system of sources of civil law of Ukraine is analysed in the article, both from the point of view of researchers of range of problems and points of view of current civil legislation. Paid attention to that permission of question about the sources of civil law and their system straight depends on the decision of question about nature of right and his obligatoryness of force. A conclusion is reasonable about influence of type of understanding of law on the system of sources of civil law. Drawn conclusion about conservatism of sense of justice of Ukrainian society and about the set tendencies of abandonment from positivism approach in scientific literature to the sources of right, and civil law in particular. At the same time, in spite of proclamation of principle of supremacy of right effective application of certain source of civil law, regardless of confession of him such in a doctrine, fixing depends on his formal in a positive legislation.

Key words: sources of law, system of civil legislation, understanding of law, doctrine, positivism, legal naturalism, judicial practice.

Аннотация

В статье анализируется система источников гражданского права Украины, как с точки зрения исследователей проблематики, так и с точки зрения действующего гражданского законодательства.

Обращено внимание на то, что разрешение вопроса об источниках гражданского права и их системы напрямую зависит от решения вопроса о природе права и его обязывающей силы. Обоснован вывод о влиянии типа правового понимания на систему источников гражданского права. Сделан вывод о консерватизме правосознания украинского общества и о наметившихся тенденциях отказа от позитивистского подхода в научной литературе к источникам права, и гражданского права в частности. Вместе с тем, несмотря на провозглашение принципа верховенства права, эффективное применение конкретного источника гражданского права, независимо от признания его таковым в доктрине, зависит от его формального закрепления в позитивном законодательстве.

Ключевые слова: источник права, система источников гражданского права, правовое понимание, доктрина, позитивизм, юридический натурализм, судебная практика.

Постановка проблемы. Содержание и форма права не являются результатом произвольного конструирования законодателя. Их первопричины заложены в системе общественных отношений, исключаяющей монизм источника и предопределяющей многообразие форм внешнего выражения права. Вследствие коренных изменений, имевших место в начале 90-х годов XX ст., в Украине формируются принципиально новые подходы к правовому регулированию общественных отношений. Право формируется различными путями на базе социальных норм, установленных гражданским обществом, социальными группами, государством. Этот процесс и даже его отдельные элементы во все времена оценивались по-разному, а научные дискуссии относительно происхождения права, его природы и системы источников делятся и до сегодняшнего времени. С принятием Гражданского кодекса Украины регламентация гражданских отношений стала более цельной и последовательной. В отличие от советского периода, когда традиционными источниками гражданского права считались закон, а затем закон и подзаконные нормативные акты, т.е. вопрос источников гражданского

права сводился к источникам законодательства, достижения науки гражданского права и уровень развития общественных отношений позволили разработчикам Гражданского кодекса Украины отнести к источникам гражданского права нормы международных договоров, обычаев, аналогии права, договор. Однако если все они получили соответствующее законодательное «подтверждение», то признание других, например, судебного прецедента, судебной практики, доктрины в качестве источников гражданского права до сих пор остается дискуссионным вопросом.

Актуальность темы исследования подтверждается как отсутствием специализированных исследований проблематики, выполненных в условиях независимости Украины, так и необходимостью существенного обновления доктрины источников гражданского права Украины для приведения ее в соответствие с реально существующими регуляторами гражданских отношений.

Состояние исследования. Отдельные источники права исследовались с позиции теории государства и права Н.Е. Толкачевой («Звичаєве право»), С.В. Мисевич («Джерела канонічного права»), И.М. Овчарен-

ко («Закон в системі джерел (форм) права та їх класифікація»), М.О. Томашевской («Корпоративні акти в системі джерел права»).

В отечественной юриспруденции специальные научные труды по тематике источников гражданского права отсутствуют. Определенным исключением следует признать диссертационное исследование С.А. Погребного, который в связи с избранной им проблематикой исследовал гражданско-правовой договор как источник гражданского права Украины [11]; коллективную монографию «Цивільне право України: традиції і новації» (Одесса, 2010) в которой В.В. Дудченко с учетом достижений теории, разделяя в целом позицию Е.О. Харитоновой, предложила собственное видение проблемы источников гражданского права Украины [4]. Кроме того, в 1959 году Иваном Борисовичем Новицким на базе советского гражданского права, до его второй кодификации, была подготовлена монография «Источники советского гражданского права». И хотя она была выполнена в принципиально иных социально-экономических, политических условиях с учетом господствующей идеологии того времени, ее результаты могут быть



полезными не только в сравнительном аспекте, но и могут стать базой для изучения исторических предпосылок формирования современной практики толкования и применения действующего гражданского законодательства. Следует отметить, что такой «вакуум» характерен не только для советского периода. Если обратиться к дореволюционной цивилистике, то и там изучение источников гражданского права осуществлялось в пределах соответствующих курсов по гражданскому праву [9; 2; 14; 1; 21]. Исключением стала опубликованная вступительная лекция Л. Кассо, прочитанная им в Московском Университете 17 января в 1900 году. Конечно вопросы источников права возникали и во время проведения кодификационных работ, однако решались они в соответствии с традицией, господствовавшей на тот момент в доктрине, с учетом идеологических концептуальных принципов, характерных для общества [15; 10; 8].

Целью и задачей статьи является определение тенденций в развитии системы источников гражданского права Украины, а также факторов, препятствующих развитию доктрины источников гражданского права Украины.

Методологической базой проводимого исследования будет два наиболее широко используемых подхода к исследованию проблемы источников права – позитивизм и юридический натурализм. Отдельно следует отметить, что во время проводимого исследования были учтены не только теоретические достижения исследования Л.А. Корчевной («Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного-правознавства», 2005), Р.Б. Топольського («Системні зв'язки юридичних джерел права», 2004) и Н.М. Пархоменко («Джерела права: проблеми теорії та методології», 2009), но и отдельные методологические подходы, предложенные этими учеными для исследования проблематики. При исследовании доминирующим методом является диалектический метод с системно функциональным подходом к исследованию, а также метод историзма.

Изложение основного материала. Как правильно отмечалось

в литературе, вопрос источников гражданского права – это вопрос о начале всего гражданского права. Перед юристом, который рассуждает о праве, всегда появляется главный вопрос: что является основанием обязывающей силы действующего права, в чем заключается действительность права и какие критерии такой действительности? Это и есть проблема источников права. Данная проблема является важнейшей для всего юридического знания; это главный объект теории государства и права, вокруг которого концентрируются все другие темы этой дисциплины [4, с. 135]. Одним из объяснений такой ситуации является то, что проблематика источников гражданского права не существует сама по себе, а зависит определенным образом от достижений теории государства и права. Невзирая на то, что исследование права осуществлялось выдающимися исследователями разных эпох, окончательного разрешения она не получила. Более того, в зависимости от понимания сущности права изменяется система источников права, из-за чего построение системы источников права становится не менее проблематичным, чем определение самого права.

Многообразие форм проявления права в социальной практике не позволяет прийти к единственному заключению относительно его содержания. Проанализировав разные подходы к проблеме понимания источника права и, в частности, источника гражданского права в России, а также в зарубежной цивилистической доктрине, М.Н. Семякин отмечал следующее. Во-первых, понимание категории «источник» с философских позиций имеет достаточно существенную специфику, которая почему-то не принимается во внимание. Во-вторых, категория «источник права» может исследоваться и в специально-юридическом аспекте, в рамках которого необходимо различать «истоки» права, – как те внешние факторы и обстоятельства (экономические, политические и др.), влияющие на формирование права (иногда фактически обуславливая его), и «источники» права, – как совокупность законо-

дательных и других нормативных правовых актов и некоторых других правовых конструкций, с помощью которых в систему права вводятся новые нормы, изменяются, дополняются действующие, отменяются устаревшие и т. д. В-третьих, в рамках специально-юридического подхода следует также различать такие категории, как «источники права» и «формы права». В-четвертых, то, что в цивилистической доктрине, как дореволюционного периода, так и современной, источник гражданского права воспринимается, главным образом, через категорию нормативных правовых актов, полностью закономерно, потому что в основе этого лежит догматическое (позитивное) понимание самого гражданского права как системы юридических норм, регулирующих соответствующие общественные отношения. В-пятых, понимание источника гражданского права с формально-юридических (нормативистских) позиций позволяет концентрировать внимание исследователей на внутренних средствах (способах) организации гражданско-правовой материи, а также на тех формах права, которые выражают ее внешне и добавляют ей юридическую силу. Формально-юридическое (нормативистское) понимание источника гражданского права характеризуется, безусловно, большей формальной определенностью, а из-за этого и большей связью с практикой и своей значимостью по сравнению с другими видами и представлениями об источнике права, что и обуславливает популярность среди исследователей данного подхода. В-шестых, формально-юридические источники права в виде законов, декретов, уставов и других нормативных правовых актов характеризуются и такой особенностью, как то, что они нередко выходят за рамки национальной правовой системы отдельной страны и «обслуживают» разные правовые семьи [13, с. 30].

Как отмечает М.Н. Семякин, если в теоретической науке на сегодняшний день сформировался целый ряд соответствующих концепций в рамках проблемы правопонимания, то цивилистическая доктрина характеризуется намного большим един-



ством во взглядах ученых по данной проблематике. Больше того, большинство исследователей-цивилистов однозначно придерживается нормативной концепции (юридического позитивизма) в понимании категории гражданского права [13, с. 9-10].

Действительно, в украинской литературе обращалось внимание на то, что в массовом общественном сознании Украины продолжают доминировать представления о праве как орудии политики, инструменте принуждения, возведенной в закон воле, если и не какого-то отдельного господствующего класса, то по крайней мере господствующей части общества [5, с. 29]. Невзирая на то, что с момента публикации этого тезиса прошло 16 лет, состояние украинской цивилистической доктрины в части понимания источников гражданского права существенно не изменилось. Вместе с тем последовательная реализация конституционных положений, закрепляющих нормы естественного права и принцип верховенства права, обуславливает необходимость пересмотра доктринального и законодательного подходов к системе источников гражданского права и существенно корректирования гражданского и процессуального законодательства Украины. Формальное закрепление (в значении санкционирования государством на уровне закона) остается главным признаком источника гражданского права, которое обеспечивает его применение в практической деятельности. Поэтому позиция российских исследователей становится абсолютно понятной не только с точки зрения традиции, но и с точки зрения потребностей правоприменения.

Исходя из исследованных изменений в правопонимании и отдавая дань традиции, М.Н. Семякин отмечает, что, во-первых, категорию гражданского права можно понимать (и большинство исследователей так и понимают) в традиционном, узкоспециальном (догматическом) значении как совокупность одноименных норм, регулирующих соответствующие отношения. Во-вторых, гражданское право может быть интерпретировано и с более широких позиций, включая в это понятие,

кроме названных норм, также такие: а) важнейшие естественно-правовые принципы (идеи), однако только те из них, которые прямо закреплены в гражданском законодательстве; б) общепризнанные международные нормы и принципы; в) обычаи делового оборота и деловые обычаи. В-третьих, в системе гражданского права, которое понимается в широком значении, можно выделить несколько структурных уровней функционирования ее элементов. Первый уровень – это нормы, в которых закреплены естественно-правовые принципы (идеи), и общепризнанные международные нормы и принципы. На второй иерархической ступени находятся гражданско-правовые положения, закрепленные в Конституции РФ. Третий уровень – это совокупность норм и положений, закрепленных в Гражданском кодексе РФ. На четвертом месте находятся гражданско-правовые нормы и правила, закрепленные в других нормативных правовых актах (указах Президента, постановлениях Правительства и др.). И, наконец, пятую ступень в иерархии системы норм гражданского права занимают диспозитивные нормы права, а также нормы, выраженные в форме обычаев делового оборота, деловых обычаев [13, с. 17-18]. Вместе с тем исследователь подчеркивал, что нормативистский подход не отвечает современной тенденции расширения круга источников права, усилению их роли, а также фактически сложившейся правоприменительной и другой юридической практике [13, с. 33].

Следует отметить, что в украинской литературе в свое время был предложен иной подход к построению системы источников гражданского права Украины – естественно-правовой. Так, согласно естественному или неотчуждаемому праву и общественному договору человек наделен юрисдикцией от природы, она является частным законодателем, потому именно в идее естественной или частной юрисдикции теория источников права находит свое обоснование. Центральным пунктом любой обновленной естественно-правовой доктрины является стремление к справедливости, находящей свое

выражение в наделении всех людей равными правами и свободами, в том числе для защиты своих прав и свобод [6, с. 10]. Е.О. Харитонов, исходя из необходимости различать кроме источников гражданского права также источники частного права [3, с. 5-8], исследовал систему источников гражданского права как отражение источников частного права на национальном уровне [16, с. 8]. К этому следует добавить, что как частное, так и публичное право, имеют предметом регулирования не только отношения между субъектами права внутри государства, но также и межгосударственные отношения, будучи по своей природе наднациональной системой права. В совокупности они создают единую общую систему права, которая является составной частью цивилизации (культуры). При этом частное право как наднациональная система права имеет основой так называемые общечеловеческие, гуманитарные ценности, воплощенные в нормах естественного права, морально-этических, философских, религиозных и др. убеждениях. На основе такого понимания сути частного и публичного права можно определить их взаимоотношение с национальными отраслями права.

Исследуя источники частного права, Е.О. Харитонов прежде всего отмечает, что частное право является наднациональной системой права, основой которой выступают так называемые «общечеловеческие ценности», а главным его источником являются нормы естественного права, создавая своеобразный правовой фундамент. Эти нормы охватывают естественные, неотъемлемые права человека. В частности, они зафиксированы в Декларации ООН по правам человека в 1948 году, Европейской конвенции о защите прав человека и других международных соглашениях. Е.О. Харитонов отмечает, что данные права не потому относятся к источникам (нормам) частного права, что закреплены в международно-правовых актах, а наоборот, тот факт, что они являются неотъемлемыми естественными правами человека, обусловил необходимость создания соответствующих актов [17, с. 8].



Другим источником частного права являются нормы национальных систем права. В каждой стране (у каждой цивилизации, этноса и др.) существуют свои взгляды на характер положения индивида, отдельной личности в обществе, возможность и порядок защиты его прав. Хотя эти нормы основаны на определенных общих представлениях о свободе индивида, но, будучи пропущенными через специфическое (национальное) сознание, они приобретают соответствующую идеологическую расцветку, оттенки, и с помощью коллизионных норм оказывают влияние на содержание частного права. Наконец, еще одним источником частного права являются международно-правовые соглашения по вопросам правового положения частных лиц. При этом принимаются во внимание национальные традиции права, и в результате определенного компромисса между ними создаются нормы нового качества. Источником частного права как категории, имманентно свойственной европейским цивилизациям, является Римское частное право, которое служит своеобразным эталоном европейских систем частного права [18, с. 65].

Следует отметить, что такой подход к системе источников гражданского права в момент его опубликования значительной поддержки не получил, что является вполне естественным в связи с доминированием позитивистского подхода к проблематике. Вместе с тем результаты исследования системы источников гражданского права напрямую зависят от понимания права, то есть типа правопонимания исследователя. У сторонников естественно-правовой концепции имеется одно представление о содержании и форме существования права, у нормативистов – другое, у сторонников интегрального подхода к праву – третье и т. д. Таким образом, тип правопонимания непосредственно влияет на построение иерархической системы, которой является система источников гражданского права, и на включение/исключение из нее отдельных источников в рамках конкретной правовой системы. Невзирая на то, что источник происхождения права

воспринимается исследователями по-разному, в большинстве случаев для всех них общей является характеристика права как системы обязательных правил поведения, объективизирующихся в доступных для восприятия источниках. Таким образом, формальное закрепление (в значении санкционирования государством на уровне закона) источника права остается главным признаком источника гражданского права, обеспечивающим его применение в практической деятельности. Вместе с тем даже основной текст гражданского закона (Главы 1, раздела 1 ГК Украины) уже в 2004 году позволял сделать вывод, что к источникам гражданского права его разработчики относят акты гражданского законодательства (ст. 4 ГК Украины), обычай (ст. 7 ГК Украины), аналогию (ст. 8 ГК Украины), международные договоры (ст. 10 ГК Украины). Вместе с тем, если речь идет о системе источников гражданского права, то в современной учебной литературе этот вопрос традиционно сводится к рассмотрению системы законодательства, с поправкой на дуализм права [20]. Кроме общепризнанного источника гражданского права в виде законодательства, к источникам гражданского права относят международные договоры, а к источникам договорного права – коллизионные нормы и обычаи, договор, судебную практику, уставы юридических лиц [19, с. 105-119]. Проблема источников гражданского права Украины рассматривается через призму источников Гражданского кодекса [12]. И лишь в последних исследованиях была предпринята попытка представить систему источников гражданского права. В.В. Дудченко предлагает признавать источниками права обычай, общие принципы права, доктрину, международные договоры, гражданское законодательство, судебную практику [4, с. 143-159]. По мнению Р.А. Майданника, систему источников гражданского права составляют: 1) законодательство (нормативно-правовые акты); 2) международные договоры; 3) правовые обычаи, в том числе обычаи делового оборота; 4) судебный прецедент, в случаях, прямо предусмотренных

законом; 5) принципы права [7, с. 330]. Таким образом, среди ученых-цивилистов наметилась тенденция к расширению перечня источников гражданского права Украины.

Выводы. Проведенное исследование позволяет сделать вывод, что изменения в восприятии системы источников гражданского права Украины начались только в последние годы. До этого доминирующим подходом к проблеме системы источников гражданского права был позитивистский подход, а основным источником гражданского права признавалось гражданское законодательство.

Уровень развития правопонимания и концептуальный подход к праву может как сдерживать, так и ускорять процессы адаптации системы источников гражданского права к потребностям юридической практики.

По нашему мнению, система источников гражданского права Украины включает формально закрепленные и незакрепленные источники. В условиях признания и закрепления принципа верховенства права действительность (степень влияния) источников гражданского права не зависит от их формального закрепления в качестве нормативного источника, однако существенно усложняет их применение, поскольку современный правоприменительный механизм рассчитан исключительно на нормативные регуляторы.

Несмотря на провозглашение верховенства права как ориентира для правоприменителей в судебной практике и антропогенеза в науке, установление жесткой процессуальной формы судебной защиты на фоне доминирующего в сознании правоприменителей позитивизма обуславливает необходимость формализации источников права в украинской правовой традиции. При такой ситуации любой источник права должен быть не только признаваем в доктрине, но и быть поименован в таком качестве в пределах позитивного законодательства и процессуальной формы.

Консерватизм цивилистической доктрины и судебной практики в части системы источников гражданского права приводит к усложненному постпозитивистскому восприятию



реально существующих явлений в правоприменении и разрыву между теорией и судебной практикой.

Список использованной литературы:

1. Васьяковский Е.В. Учебник гражданского права [Текст] : учебник / Евгений Владимирович Васьяковский. – Москва: Статут, 2003. – 382 с. (Классика российской цивилистики).
2. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть [Текст] : ученик / Юрий Степанович Гамбаров / [под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова]. – М.: Зерцало, 2003. – 816 с. (Серия «Русское юридическое наследие»).
3. Гражданское право в вопросах и ответах [Текст] : учеб. пособие / Е.О. Харитонов, В.М. Зубарь, Р.Б. Калинин и др. [под ред. Е.О. Харитонов] – Х.: Одиссей, 2001. – 416 с.
4. Дудченко В.В. Цивільне право України (традиції і новації) / Ківалов С.В., Харитонов С.В., Дудченко В.В., Ківалова Т.С. та ін. / За заг. ред. Є.О. Харитонova, Т.С. Ківаловой, О.І. Харитонovої. – Одеса: Фенікс, 2010. – 700 с.
5. Козюбра М. Право як явище культури [Текст] :// Право і культура: теорія і практика: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – м. Київ, 15, 16 травня 1997 р. – К., 1997. – С. 29.
6. Корчевна Л.О. Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного правознавства) [Текст] : Дис. д.ю.н: 12.00.01. / Корчевна Людмила Олександрівна – Одеса, 2005. – 412 с.
7. Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина [Текст]: монографія / Роман Андрійович Майданик [Т.І Вступ у цивільне право]. – К.: Алерта, 2012. – 472 с.
8. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922-2006) [Текст]: монография / Александр Львович Маковский. – М.: Статут, 2010. – 736 с.
9. Мейер Д.И. Русское гражданское право [Текст]: Дмитрий Иванович Мейер В 2-х ч. М.: Статут, 2000. (Классика российской цивилистики). – По испр. и доп. 8-му изд., 1902. – Изд. 2-е, испр. – 831 с.
10. Пахман С.В. История кодификации гражданского права [Текст] : монография / Семен Викентьевич Пахман. – М.: Зерцало, 2004. – 872 с.
11. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України [Текст] : дис. д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Погрібний Сергій Олександрович. – К, 2009. – 412 с.
12. Ромовська З.В. Українське цивільне право [Текст] : навч. посібник / Зорислава Василівна Ромовська. – 2-е вид. змін. і доп. – К. : Правова єдність, 2008. – 368 с.
13. Семякин М.Н. Источники российского гражданского права: проблемы теории и практики [Текст]: монография / Михаил Николаевич Семякин. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 352 с.
14. Синайський В.И. Русское гражданское право [Текст] : учебник / Василий Иванович Синайский. – М.: Статут, 2002. – 638 с. (Классика российской цивилистики).
15. Сперанский М.М. Руководство к познанию законов [Текст] : монография / Михаил Михайлович Сперанский. – СПб.: Наука, 2002. – 680 с. (Серия «Русская государственная мысль»).
16. Харитонов Е.О. Саниахметова Н.А. Гражданское право Украины [Текст] : учебник/ Евгений Олегович Харитонов, Нина Алексеевна Саниахметова. – Х.: Одиссей, 2004. – 960 с.
17. Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство [Текст] : учеб. пособие / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – К.: А.С.К. 2001. – 832 с.
18. Цивільне право України [Текст] : підручник [у трьох книгах. Книга 1] / С.О. Погрібний, Р.О. Стефанчук, А.Л. Ткачук та ін. [за ред. Є.О. Харитонova, А.І. Дрішлюка]. – Одеса: Юридична література, 2005. – 525 с.
19. Цивільне право України. Загальна частина [Текст]: підручник / Сергій Миколайович Бервено, Валентина Антонівна Васильєва, Микола Костянтинівич Галянтич [та ін.] ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика – 3-ге вид., перероб. і допов. – К. : ЮрінкомІнтер, 2010. – 976 с.
20. Цивільне право [Текст]: підручник. : у 2 т. / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, Т.І. Бегова [та ін.]; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасиво-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
21. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Вступительная статья Е.А. Суханова. [Текст] : учебник / Габриель Феликсович Шершеневич – М.: Спарк, 1995. – 556 с.