

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

УДК 347.1/7

DOI <https://doi.org/10.32782/chc.v051.2023.1>

Харитонов Євген Олегович,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,

зав. кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID ID: 0000-0001-5521-0839

Харитонova Олена Іванівна,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,

зав. кафедри інтелектуальної власності та патентної юстиції

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID ID: 0000-0002-9681-9605

КОНЦЕПТ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК МЕТОДОЛОГІЧНЕ ПІДГРУНТЯ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Постановка проблеми. Перспективи євроінтеграції України, які останнім часом набувають усе більш реальних обрисів, зумовлюють необхідність оновлення українського цивільного законодавства таким чином, аби воно найкращим чином кореспондувало європейському концепту приватного права.

Але зауважимо, що офіційна концепція оновлення Цивільного кодексу України (рекодифікації) [1], підготована робочою групою, створеною згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 року № 650 [2], ґрунтується на нормативістському розумінні права в цілому і цивільного права, зокрема.

Звісно, такий підхід, поширений у вітчизняній цивілістиці, є цілком прийнятним при оновленні цивільного законодавства, так само як і при оновленні («рекодифікації») Кодексу.

Однак певний когнітивний дисонанс виникає при вживанні виразів «кодифікація приватного (цивільного) права» [3], так само як і при досить поширеному отождненні «приватного» та «цивільного» права [4] або при спробах «включити» приватне право у цивільне право (законодавство).

Аби позбавитись дискомфорту і загрози помилності та пересвідчитись у виправданості такого слововживання, необхідно звернутися до витоків виникнення концептів «приватне право» та «цивільне право», а відтак з'ясувати коректність їхнього використання у контексті проблем

оновлення цивільного законодавства (рекодифікації).

На підґрунті оновленої загальної концепції права (але вже не «нормативістської», як це мало місце досі, а егологічної – яка дає можливість враховувати антропологічний чинник) надалі буде можливим визначення реалістичних основ і методологічних імперативів оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства у складних умовах буття нашої держави, потуг українського народу у протистоянні агресору і прагнення перемоги над ним.

Усвідомлюємо, що для досягнення такої мети знадобляться значні зусилля науковців, законодавців і практиків. Так само усвідомлюємо, що це може потягти відмову від деяких пропозицій і рішень, які здавалися вдалими, або, у кожному разі, прийнятними. Але краще зробити це тепер, ніж звертатися до «пострекодифікації» вже завтра, аби прилаштовувати учорашні рішення до потреб сучасності.

Стан дослідження теми. Приватне право було предметом дослідження фахівцями з філософії, теорії та історії права [5, 4, 6, 7, 8] та окремих галузей юридичної науки [9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18], котрі розглядали цю категорію під різними кутами зору і у різних контекстах. Оскільки детальний аналіз стану дослідження концепту приватного права ми вже проводили у серії праць раніше [19, 20, 21], обмежимося

Приватне право у такому сенсі за своєю сутністю було «інтегративним», цивілізаційним феноменом високого рівня узагальнення, що в підсумку зумовлює виправданість оцінки його не як галузі права, а як концепту, що, власне, знайшло відображення у згадуваній сентенції Ульпіана, стосовно поділу «вивчення права на право приватне і право публічне» [29].

Тут наголосимо, що Ульпіан вів мову не про «поділ галузей права», як таких, на право приватне та право публічне, а про «поділ вивчення права», тобто про розгляд його під різними кутами зору – з погляду приватних інтересів та погляду інтересів публічних.

Враховання цієї обставини дає підстави для висновку, що Ульпіан не порушив принцип «лезо Оками», використавши термін «приватне право» для позначення частини *jus civile*, (або навпаки – вважаючи *jus civile* складовою частиною). Натомість, йшлося про розрізнення двох підходів (методології) вивчення впорядкування суспільних відносин у залежності від того, задоволення чиїх і яких очікувань вони стосуються.

З часом концепт Римського права став основою формування концепту європейського приватного права, що стало можливим після створення необхідного світоглядного та ментального підґрунтя, що забезпечило здатність мислячого населення сприйняти приватне право, як цінність, а приватноправові цінності, – як складові останнього, з його лібералізмом, індивідуалізмом, суверенітетом особи, приватною власністю [19].

Наразі Приватне право розуміємо, передусім, як концепт, тобто, сукупність уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, що виникають у зв'язку з використанням терміно-поняття «приватне право», «права приватної особи», супроводжують і характеризують його. Це європейський концепт, що завдячує своїм походженням Європейській цивілізації, і слугує зібранням аксіологічних орієнтирів для бажаючих долучитися до ЄС.

Аксіологічний підхід дозволяє враховувати визначальні гуманітарні цінності сучасної Європи, що, у свою чергу, припускає урахування правосвідомості учасників відносин у приватній сфері. При цьому зауважимо, що для європейської і похідних від неї правосвідомості визначальною цінністю є права людини, тоді як для інших типів правових систем має місце публічно-правова домінанта, завдяки тому, що наявність ефективних засобів публічного примусу забезпечує виконання обов'язків учасниками правовідносин. Цим визначається вектор розвитку національ-

ного права держав – членів ЄС на тлі зростання питомої ваги морально-аксіологічної складової концепту приватного права, безумовною цінністю якого визнаються права та свободи людини.

«Приватне право» та «приватні права»: об'єктивне та суб'єктивне

На відміну від популярного у вітчизняній правовій традиції розуміння права або як сукупності норм (право у об'єктивному сенсі – нормативний підхід), або як можливості певної поведінки (право у суб'єктивному сенсі), римські правознавці характеризували «право», передусім, як категорію наукову, дослідницьку, методологічну.

Так, Ульпіан розглядав право, передусім, як сукупність знань, рекомендуючи тому, хто вивчає право, почати з усвідомлення того, звідки виник термін *jus* (право). А пішов він від слова «*justitia*», адже «згідно з чудовим визначенням Цельса, право є наука (підкреслено нами – Є.О., О.І.) про добре і справедливе» (Д.1.1.).

Так само розмірковуванням Цицерона виступає оперування концептами і сумніви у виправданості визначення права як системи норм. На його думку, закони, прийняті людьми, не завжди є правом, оскільки перші лише свідчать про їх корисність для більшості тих, хто голосував. «Ми в змозі розрізнити добрий закон від поганого тільки на підставі мірила, що дала природа. Керуючись природою, відрізняють усе чесне від усього ганебного» (Про закони. XVI.44). «Але якщо справедливість не випливає з природи, то її взагалі не існує, а та, що встановлюється з розрахунку на вигоду, знищується з міркувань вигоди для інших» (Про закони. XV.42). Прагнення людини до права, добра, справедливості має ґрунтуватися на природному поклику і бути безкорисливим. Бо немає на світі нічого більш несправедливого, ніж бажання винагороди або платні за справедливість (Про закони. 1. 18, 48-49). Але «якщо греки вкладають у поняття закону поняття справедливості, то ми вкладаємо поняття вибору, але закону ж властиве і те, й інше» (Про закони. I.VI.19).

У деяких випадках Цицерон, здається, отожднює «*jus*» і «*jus civile*» (До промовця. I. 42-43), але водночас Цицерон зазначає, що *jus civile* у системі права і законів в цілому займає лише невелике і обмежене місце (Про закони. 1. V. 17), оскільки, крім нього, існує ширше правове поле – *jus gentium*. «Співвідношення між ними виглядає таким чином: є широка спільнота, що об'єднує всіх людей, а усередині її інша, яка об'єднує людей одного народу, а ще вужча – об'єднує мешканців однієї *civitas*. Тому наші предки й розділили *jus*

Право на приватність гарантується Конституцією України (ст. 30, 31, ст. 32, 28) [35].

З такого погляду «приватність» може розглядатися також як суб'єктивне право (котра забезпечується нормами приватного або публічного об'єктивного права).

Як зауважував Август Тон, від початку кожна норма спрямована на сприяння добробуту суспільства, стимулювання кращих знань і устремліннь в інтересах останнього. У цьому сенсі немає жодних відмінностей між нормами, що створюють публічні права, і нормами, що створюють права приватні [36, с. 273]. Разом із тим, «...інтереси суспільства будуть збігатися з дійсними інтересами індивідів. Оскільки суспільство складається з індивідів, воно не є чимось від них відмінним. Відтак усі правові установлення спрямовані на захист інтересів індивідів без різниці між публічним і приватним правом.» [36, с. 274].

При характеристиці приватно-правового та публічно-правового забезпечення приватного інтересу важливим є врахування положень «вольової теорії», згідно якій право у суб'єктивному сенсі розуміється як пріоритет людської волі, спрямованої на певне благо або інтерес. Ця пріоритетність визнається і захищається правопорядком. Переважання волі – це формальний елемент, а благо чи інтерес – матеріальний елементи у суб'єктивному праві. У свою чергу, окремі інтереси розпадаються на ті, що встановлені переважно задля індивідуальних цілей окремих осіб, і ті, які встановлено переважно задля суспільних цілей. Визнаний переважно для суспільного інтересу індивідуальний інтерес складає зміст публічного права. Суб'єктивне публічне право зі свого матеріального боку є таким правом, що належить окремій особі на підставі її статусу як члена держави.

Щодо формального елементу прав, пріоритетності волі Георг Єлінек розрізняє два його види: *dürfen* (бажання, прагнення, устремління) і *können* (можливість). *Dürfen* буквально перекладається як «мати бажання, сміти щось робити». У цьому випадку «правопорядок визнає відповідні дії індивідуума дозволеними, тобто він дозволяє індивідуальній волі здійснювати у певних напрямках свою свободу». *Können* означає «могти, бути в змозі» і тут «правопорядок може до природної можливості індивідуума до дій додати таке, що йому від природи не належить..., а саме, надати йому право на те, що певні його дії визнаватимуться юридично дійсними і такими, що матимуть позовний захист». Таким чином, приватне суб'єк-

тивне право містить у собі як *dürfen*, так і *können*, а публічне суб'єктивне право – тільки *können*.

Отже, у приватному праві завжди є устремління (*dürfen*), а у публічному – лише можливість (*können*). Публічні права ґрунтуються не на таких, які дозволені, а лише на таких, які надані владою. Тому вони являють собою не частину природної, врегульованої правом свободи, а розширення прав природної свободи [30, с. 37].

У приватноправовій сфері правосуб'єктність учасників цивільних відносин є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а затим – реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків.

Це положення має характер наукової абстракції, оскільки стосується сфери дії приватного та публічного права як абстрактних категорій, що виокремлюються з метою наукового аналізу. Проте, для з'ясування реального становища особи згідно до норм чинного у державі законодавства такий підхід не є коректним, оскільки у останньому відображається змагання публічно-правових та приватноправових засад [28].

Зауважимо, що викладене стосується, передусім, «приватності», котра й розглядається як основа «приватних прав».

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку

1. Право взагалі і приватне право, зокрема, розуміється як концепт, тобто, поняття – ідеї, що містить у собі певний підхід до бачення дійсності, котрий при розгортанні його змісту у системі суджень утворює концепцію. Іншими словами, це – сукупність образів, конструктів, уявлень, емоцій, відчуттів, що виникають у людини зв'язку з використанням терміну «приватне право».

2. Право, як концепт – елемент загальнолюдської цивілізації, доцільно вивчати з припущенням позицій існування дихотомії «приватне право – публічне право». У реальному житті такі категорії не існують, слугуючи, натомість, концептуальною основою національного цивільного права з наявністю у ньому більшої чи меншої частки публічності.

3. Приватне право, як концепт, є феноменом, що органічно притаманний західній європейській культурі (цивілізації), а також свідомо сприйнятий суспільствами, які поділяють відповідні цивілізаційні цінності.

4. Визнання концепту «приватне право» методологічним підґрунтям національного правопорядку є передумовою, чинником, наслідком,

умовою, елементом відкритого суспільства. Це робить можливим і доцільним поєднання «цивілізаційного» та «антропологічного» підходів при дослідженні значення концепту приватного права у відкритому суспільстві.

5. Популярний підхід до вивчення концепту «приватне право», лише/ переважно як об'єктивної категорії, наразі має бути модернізованим з метою врахування дихотомії «приватне право – приватні права», оскільки саме останні (як «права приватної особи») належать до базових цінностей відкритого суспільства.

6. Приватне право існує, як концепт у Західній та Східній Європейських правових традиціях. Але при цьому для першої приватне право є іманентно властивим явищем, тоді як у другій – терміни «приватне право» і «цивільне право» часто прагнуть розглядають як синоніми.

7. Концепти «приватне право» і «відкрите суспільство» є корелятами, оскільки ґрунтуються на одній і тій самій цінності: визнання провідного місця людини, як приватної особи, у системі суспільних зв'язків, і мають однакову мету: забез-

печення і захист прав людини, як такої, та забезпечення реалізації і захист цивільних прав та інтересів людини, як приватної особи – суб'єкта цивільних відносин.

8. Внаслідок розуміння «приватного права» як системи поглядів, наукових концепцій тощо, можливим є вивчення сутності цієї системи [37], її окремих складових [38] та функцій [39], так само як, скажімо, її «систематизації», як сукупності поглядів на стан приватної особи, засади реалізації нею своїх інтересів та їх захисту тощо [40].

Але некоректно вести мову про «кодифікацію», як систему норм, оскільки «приватно-правових» норм чи «приватних» правовідносин не може існувати за визначенням.

Відтак зауважимо необхідність розмежування понять «приватне право», «цивільне право», «цивільне законодавство» [41], котрі співвідносяться як методологія (перше), зміст (друге) та форма (останнє). У зв'язку з цим, ведучи мову про адаптацію до права ЄС маємо розрізняти «концептну», «правову» і «законодавчу» реальність (складову).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Концепція оновлення цивільного законодавства України. Київ: АртЕк, 2020. 128 с.
2. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 р. № 650. Дата оновлення: 17.07.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#Text>
3. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. К.: Український центр правничих студій, 2000. 336 с.
4. Сивий Р.Б. Приватне (цивільне) право в системі права України: Монографія. К.: КВІЦ, 2006. 214 с.
5. Мадіссон В. Основи філософії приватного права. Навч. посіб., Школа, 2004. 144 с.
6. Майданик Р.А. Розвиток приватного права України: монографія/ Р.А. Майданик. К.: Алерта, 2016. 226 с.
7. Приватне право у Стародавньому Римі. Навч. посібник, Одеса, АО БАХВА.1996. 160 с.
8. Харитонов Є.О. Історія приватного права Європи: Західна традиція. – Одеса: АО БАХВА, 2001. – 328 с.
9. Міжнародне приватне право: закордонні наукові дослідження: довід/укл., передмова А.С. Довгерт, Т.Р. Короткий, Н.В. Хендель. Одеса: Фенікс, 2016 383 с.
10. Довгерт А. Міжнародне приватне право: зміна концепції. Київ: Алерта, 2024. 256 с
11. Шемякин О.М. Міжнародне приватне морське право. Одеса: Латстар, 2000. 272 с.
12. Шаркова І.М. Римське приватне право (казуси добросовісності): навчальний посібник. К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2013. 101, (3)с.
13. Відповідальність у приватному праві : монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнєцова, Р. Майданик та ін.]; за заг.ред. І. Безклубого. К.: Грамота, 2014. 416 с.
14. Гринько С.Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція: монографія / С.Д. Гринько; за наук. ред. Є.О. Харитонова. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. 724 с.
15. Миронова Г.А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: Монографія. Відп. ред.академік НАПрН України О.Д. Крупчан. Київ, 2015. 309 с.
16. Мошак Г.Г. Використання засобів приватного права у запобіганні злочинності. Х.: Кроссрул, 2010. 196 с.
17. Пленюк М. Юридичні факти в доктрині приватного права України : монографія / М. Пленюк, А. Коструба. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2018. 288 с.
18. Правова доктрина України: у 5 т. Х.: Право. 2013. Т.3: Доктрина приватного права України / Н.С. Кузнєцова, Є.О. Харитонов, Р.А. Майданик та ін.; за заг.ред Н.С. Кузнєцової. 760 с.
19. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Том II. Пошук парадигми (до історії питання): монографія / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. Одеса: Фенікс, 2019. 614 с.
20. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Том III. Концепт приватного права і рекодифікації цивільного законодавства в Україні: рефлексії фронтиру: монографія / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. Одеса: Фенікс, 2019. 752 с.
21. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Т. IV: Від ідеї до реалізації: монографія / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova. Одеса: Фенікс, 2021. 632 с.

22. Харитонов Є.О. Категорії «приватне право», «цивільне право України» та «цивільне законодавство України»: до проблеми співвідношення // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». збірник наукових праць. Одеса : Юридична література, 2012. Вип. 12. С. 157-169.
23. Харитонов Є.О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» Часопис цивілістики: Науково-практичний журнал. Випуск 13. Одеса: 2012. С. 7-14
24. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Том I. Витоки: монографія / Одеса: Фенікс, 2019. 614 с.
25. Дигести Юстиніана /Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: «Статут», 2002. Т.1. 584 с.
26. Цицерон, Марк Тулій. Про державу; Про закони; Про природу богів / Пер.з латин. Володимир Литвинов. К.: Основи, 1998. 476 с.
27. Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях. М.: Наука, 1993. 248 с.
28. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Том V. Протистояння відкритого та закритого суспільств і приватне право. (Частина I. Приватне право у відкритому суспільстві: монографія / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. Одеса: Фенікс, 2022. 432 с.
29. Харитонов Є.О., Підопригора О.А. Римське право: Підручник. К.: Юрінком Інтер, 2023. 528 с.
30. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. 750 с.
31. Харитонova О.І., Харитонов Є.О. Право на приватність і національна безпека // Незалежність України: права людини та національна безпека: збірник матеріалів Третьої міжнародної науково-практичної конференції (Львів, 28 квітня 2023 року) / Національний університет «Львівська політехніка»; упоряд. проф. Л. В. Ярмол, О. І. Баскакова. Київ: КНТ, 2023. 190 с. С. 46-49.
32. Браян Фаган і Надя Дуррані. Чим ми займалися в ліжку: історія і його вплив на біографії великих людей / переклад з англійської Олени Замойської. Київ: SNOWDROP, 2019. 272 с.
33. Кардаш А.В. Право на приватність як основоположне право людини. The right to privacy as the basic human right // Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2017. Серія ПРАВО. Випуск 47. Том 1. С. 76-80.
34. Що таке приватність? 09.11.2020. Оригінал: What is privacy? *Переклад Харківської правозахисної групи.* URL:<https://khpg.org/1604922460>
35. Право на приватність. PRIVACYUA. 13.10.2005. <https://www.helsinki.org.ua/articles/pravo-na-privatnist/>
36. Август Тон. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть третья)// Вестник гражданского права. №3. 2012. Том 12. С. 271 -294.
37. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Рецепції приватного права: парадигма прогресу. Кіровоград: Центральнo-Українське вид-во, 1999. 144 с.
38. Рабінович С.П. Юснатуралізм у приватному праві (західноєвропейська традиція): К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. 136 с.
39. Харитонов Є.О. Рецепція римського приватного права як підґрунтя сучасної цивілістики. Вісник Академії правових наук. Київ, 1998. № 2 (13). С. 104-111.
40. Проблеми систематизації приватного права України та Європи : Монографія / За заг. ред. Ю.В. Білоусова. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРНУ, 2009. 204 с.
41. Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти): монографія/ авт.кол.; за заг.ред. Є.О. Харитонova. Одеса, 2012. С.10-27.

Харитонов Євген Олегович, Харитонova Олена Іванівна

Концепт приватного права як методологічне підґрунтя оновлення цивільного законодавства

Стаття присвячена встановленню сутності та значення концепту «приватне право», як методологічного підґрунтя оновлення цивільного законодавства у контексті євроінтеграції України (рекодифікації), та обґрунтування необхідності його розмежування з терміно-поняттям «цивільне право», яке у вітчизняній цивілістиці часто вживається як синонім приватного права. Встановлено, що право взагалі і приватне право, зокрема, розуміється як концепт, тобто, поняття – ідеї, що містить у собі певний підхід до бачення дійсності, котрий при розгортанні його змісту у системі суджень утворює концепцію. Іншими словами, це – сукупність образів, конструктів, уявлень, емоцій, відчуттів, що виникають у людини зв'язку з використанням терміну «приватне право». Зазначається, що приватне право, як концепт, є феноменом, що органічно притаманний західній європейській культурі (цивілізації), а також свідомо сприйнятий суспільствами, які поділяють відповідні цивілізаційні цінності. При цьому встановлено, що приватне право існує, як концепт у Західній та Східній Європейських правових традиціях. Але при цьому для першої приватне право є іманентно властивим явищем, тоді як у другій – терміни «приватне право» і «цивільне право» часто прагнуть розглядають як синоніми. Визнання концепту «приватне право» методологічним підґрунтям національного правопорядку є передумовою, чинником, наслідком, умовою, елементом відкритого суспільства. Це робить можливим і доцільним поєднання «цивілізаційного» та «антропологічного» підходів при дослідженні значення концепту приватного права у відкритому суспільстві. Встановлено, що приватні/цивільні права ґрунтуються на визнанні права особи на приватність, яка розуміється як «основоположне право», яке є ключовим для автономії та захисту людської гідності, слугує в якості основи, на якій побудовано багато інших прав людини. Внаслідок цього приватність вважається ключовим шляхом захисту людини та суспільства від свавілля та невинуватого користування владою, шляхом зменшення того, що може бути відомо про нас та зроблено з нами, і водночас – захисту від інших осіб, бажаючих встановити свій контроль. Зроблено висновок про необхідність розмежування понять «приватне право», «цивільне право», «цивільне законодавство», котрі співвідносяться

