

**Р. Б. ШИШКА**

*Роман Богданович Шишка, доктор юридичних наук, професор, професор Київського університету права НАН України*

## **КАТЕГОРІЯ «ЗАСАДИ» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Останнім часом у доктрині права досить часто, однак не зовсім доречно, використовується термін «засади», особливо при виконанні та презентації результатів досліджень за спеціальністю 12.00.07: «адміністративне право; фінансове право; інформаційне право». При тому здебільшого він вживається у прив'язці «організаційно-правові», що нібито відображає предмет адміністративного права, що і так науковцям зрозуміло за засадою розумності при вказівці наукової спеціальності, або просто засади, зокрема забезпечення державної політики. Останнє розкривається як нормативна основа її здійснення та як діяльність державних та інших органів із її забезпечення.

Значно рідше термін «засади» використовується у приватному праві, зокрема цивільному праві, що, на наш погляд, виправдано ст. 3 ЦК України<sup>1</sup> та значенням засад цивільного законодавства для регулювання цивільних правовідносин. До речі, водночас стверджуємо, що із її появою категорія «аналогія права» для цивільного права втратила актуальність і, по суті, переросла у категорію «аналогія засад цивільного законодавства». Проте в доктрині цивільного права та навчальній літературі досі збереглися традиційні підходи до категорій «принципи цивільного права» і «аналогія цивільного права». Також полюбляють використовувати зазначену категорію представники науки господарського права.

Тими проблемами переймаються провідні цивілісти Н. П. Асланян в РФ, Є. О. Харитонов і О. І. Харитонova та їх учні, зокрема О. В. Басай, в Україні. Проте останнім часом з'явилися такі аспекти проблематики щодо розширеного її тлумачення, які заслуговують на увагу наукового співтовариства. Тож мета цієї публікації полягає не тільки у авторському баченні спірної й неоднозначної категорії, а й в упередженні зловживань та свавільного її використання, що призводить до ерозії праворозуміння та зловживань у правозастосуванні. Навіть дослідник цієї категорії<sup>2</sup> досить свавільно чи помилково вказує: «У Коментарі до ЦК України за ред. М. Харитонova зазначається, що «моральні засади суспільства» є оціночною категорією, що походить від часів звичаєвого права»<sup>3\*</sup>. Проте категорія «засади» має власне семантичне навантаження, з яким слід рахуватися.

Об'єктом є категорія «засади» як приватноправова та її зміст, а предметом – акти цивільного законодавства, практика їх застосування.

У зв'язку з легальним визначенням зазначеної категорії у цивільному законодавстві та розширеним її вживанням у науці права виникає низка концептуальних запитань практичного та доктринального спрямування, зокрема щодо нейролінгвістичного чи програмно-лінгвістичного її значення, відповідності закріплених у чинному законодавстві легальних понять, допустимості існування розбіжностей легальних понять для вузького галузевого чи інституційного, наприклад податкового використання, формування доктринальних понять як корпус-теоретичних та побудова на цій основі окремих інститутів права; надання доктринальних тлумачення складних понять науково-консультативними радами вищих судових інстанцій та окремими науковцями і формування на цій основі підґрунтя внутрішнього переконання суду.

На рівні припущення можна встановити, що зазначене вживання цього терміна спричинено його полісемантизмом, ігноруванням окремими науковцями загальноприйнятого розуміння й намагання надати йому більшої функціональності, навіть якщо це не завжди виправдано. У подальшому це спричиняє ефект «снігової лави», коли раз невдало використаний термін у вживається потім уже в іншому семантичному та правовому аспектах як само собою зрозуміле. Між тим воно не збігається із загальноприйнятими підходами до термінології та її значення для взаєморозуміння й тлумачення в праві. Так, у низці досліджень категорія «засади» використана як синонім категорії «правовий механізм» і його елементи презентовані структурними у такому суб'єктивному її сприйнятті.

Наразі загострилася проблема спекуляцій в науці та наукова недобросовісність, проявом яких є вживання наукоподібної термінології без урахування змісту та семантичного тлумачення вживаних термінів, що отримало назву «напустити туману». Та йдеться про засади законодавства, як своєрідний геном чи програму діяльності із регулювання суспільних відносин чи/та забезпечення різних аспектів безпеки чи політики, відповідальності тощо.

У лексичному аспекті категорія «засади» вважається відповідною категорії «принципи». З цього виводу в цивілістиці існують два діаметрально протилежних підходи: 1) більшість солідаризується із наведе-

© Р. Б. Шишка, 2015

\* Останнім часом порушення права на ім'я авторів літературних та інших творів є досить поширеним явищем у науковій та навчальній літературі. Відповідно йдеться про ерудицію самого автора, рецензентів, наукових редакторів, викривлення наукової інформації та проблем із її вірогідністю.

ним лексичним підходом і вважають ці категорії рівноцінними, навіть відмовились від низки традиційних для доктрини цивільного права принципів, що, на наш погляд, є спірним; 2) інші дослідники солідаризувалися із професором Н. П. Асланян, у тому числі й автор цієї статті. Вона на основі онтологічного та аксеологічного підходів до цих категорій виважено встановила, що категорія «засади законодавства» є більш вузькою категорією, ніж «принципи права»<sup>4</sup>. Це очевидно, якщо зважати на беззаперечну презумпцію, що цивільне право у змістовному аспекті більш широке, ніж цивільне законодавство, а цивільно-правове регулювання не обмежується лише актами цивільного законодавства, охоплює і договірне регулювання, і аналогію закону та аналогію права.

В інших джерелах категорія «засади» взагалі асоціюється із актами правового регулювання та їх видами. Показовим є також організаційний аспект цієї категорії, який проведено в низці рішень вищих судових інстанцій. Так, постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 11 «Про деякі питання практики застосування розділу XII-1 Господарського процесуального кодексу України»<sup>5</sup> йдеться про засади формування колегій суддів, які визначаються зборами суддів відповідного суду і що такі засади, з урахуванням норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів», повинні визначатися в суді касаційної інстанції у формі рішення зборів цього суду, а їх вимоги мають неухильно дотримуватися у здійсненні правосуддя. У окремих рішеннях йдеться про що завгодно, наприклад набуття на конкурентних засадах права оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва<sup>6</sup>. У деліктології та безпеці йдеться про наукові засади безпеки життєдіяльності тощо. Таких прикладів жонгливання чи навіть фіглярства терміном «засади» можна навести чимало.

Якщо зважати на аналогію права, то при зведенні принципів цивільного права до засад цивільного законодавства сенс у ній втрачається. Тож слід вводити аналогію засад цивільного законодавства. Така позиція має право на існування хоча б тому, що суд при вирішенні рішень повинен керуватися вимогами матеріального і процесуального закону, а за відсутності першого спочатку застосувати аналогію закону, а при її неможливості – аналогію, як ми вважаємо, засад цивільного законодавства, тобто ст. 3 ЦК України і, нарешті, якщо віднайдеться така рідкісна лакуна цивільного права, і неможливо застосування перших двох, – аналогію права як аналогію принципів цивільного права.

У ЦК України також йдеться про «моральні засади суспільства» (ч. 4 ст. 13 ЦК) і вимогу їх дотримання особою при здійсненні цивільних прав. У його ст. 19 встановлено необхідність дотримання моральних засад суспільства, а також вимог закону при здійсненні самозахисту, а ч. 2 ст. 319 ЦК України – при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства, що є дійсно зайвим і охоплюється ч. 4 ст. 13 ЦК.

Також встановлено, що фізична особа здатна мати права, не передбачені законодавством, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 26 ЦК). У ст. 203 ЦК йдеться про вимогу несуперечності змісту будь-якого правочину законодавству та моральним засадам суспільства, що тут же нівелюється презумпцією правомірності правочину. Принагідно зауважимо, що в постанові Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»<sup>7</sup> роз'яснюється: судам необхідно враховувати, що зміст правочину не повинен суперечити моральним засадам суспільства. Тож йдеться про оціночні категорії, які жодним чином не можуть слугувати наріжним каменем для регулювання цивільних правовідносин, як це вбачається ст. 3 ЦК України.

Таку категорію передбачено ч. 2 ст. 300 ЦК, за якою фізична особа має право на збереження своєї національної, культурної, релігійної, мовної самобутності, а також право на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Її відсилка до Закону України «Про захист суспільної моралі» навіть в його усіченому вигляді законом від 10 лютого 2015 р. №173-VIII.

В інших актах вказано, що суперечність рішення третейського суду моральним засадам суспільства вбачається підставою для відмови у видачі виконавчого листа, на що вказано в узагальненні Верховного Суду України практики застосування судами Закону України «Про третейські суди» від 11 лютого 2009 р.<sup>8</sup>

Таким чином, полісемантизм досліджуваної категорії та механічне заміщення терміном «засади» терміна «принципи» наразі не виважене, оскільки:

1) за формальних підстав слід розрізняти і справедливо розрізняється цивільне законодавство чи акти цивільного законодавства (позитивне право – ст. 4 ЦК України) та цивільне право як провідна галузь права та з полісемантизмом категорії «цивільне право» і більшою автономією учасника цивільних правовідносин, чим це передбачено законодавством;

2) вони співвідносяться між собою як спеціальне та загальне, де принципи сформувалися гносеологічно першими, ніж були формалізовані засади, й ігнорування цього факту некоректно щодо їх прибічників;

3) тривалий час доктрина цивільного права опиралась на принципи цивільного права дещо у іншому змістовному розумінні, ніж засади у ст. 3 ЦК України і одночасна відмова від них – не краще рішення для забезпечення стабільності цивільного права та послідовного сприйняття його конструкцій;

4) ознака чи геном його стабільності сформувалися у римському приватному праві та викристалізувалися при подальшій нормотворчості й систематизації цивільного законодавства, що відстоюється у французькому та німецькому цивільних правах, де законодавець не спокушається пропозиціям їх радикальної модернізації. ЦК Франції проіснував понад 210 років, а у нас чи не кожних 50 років – новий кодекс і знов йдеться про потребу нової кодифікації цивільного законодавства. Побіжно зауважимо, що синдром «кодифі-

команії» – не кращий вихід із складних ситуацій. Він – прояв правового радикалізму, від чого і так потерпають українська державність та суспільство.

Намагання порушити сталі інститути приватного права є небезпечним. Попри сподівання та необхідність кардинальним чином новелізувати право законодавець слушно з цим не поспішає, що є правильним та виваженим, особливо через намагання піддати сумніву та ерозії окремі його інститути, розосередити їх по інших галузях чи підмінити змістовно. Навіть якщо технічний та соціальний прогрес прискорюються і законодавець хронічно не поспішає за цими процесами, йому все ж потрібен час хоча б для того, щоб протистояти невинуватому популізму та «сверблячці нормотворчості». Якби законодавець пристав на всі пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, то це спричинило би колапс в урегулювання суспільних відносин.

Цивільне право має певний імунітет від надмірної його новелізації і впадати у крайнощі йому не личить, а підміна категорій, власне, особливо не вплинула на зміст самих засад та принципів, які між собою пересікаються. Слід йти в приватному праві далі і розмежувати його людиноцентричне та економічне спрямування. Зокрема, з прийняттям ЦК проігноровано концепт людиноцентризму, як це передбачено ст. 3 Конституції України<sup>9</sup>. Не проведено до кінця п. 1 ст. 3 ЦК України у його структурі, не віднайшлося місця договорам з надання медичної допомоги з протезування; надання освітянських послуг та іншим не менш важливим для здійснення природних та соціальних прав людини. Це можна пояснити інерцією правосвідомості розробників ЦК, консервативністю європейського цивільного законодавства і небажанням переглядати сталі постулати цивілістики.

У ЦК України наголос зроблено на господарських конструкціях: комерційних юридичних особах та договорах, які намагалися врегулювати на зобов'язальницькій парадигмі у ГК України. Серед договірних інститутів перші 3/4 з них підпадають під ознаки господарських договорів. Було б зрозуміло, якщо б це були договори споживчі (п. 5 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>10</sup>), чи так звані гуманістичні договори, які укладаються виключно за участі фізичних осіб (договір про поділ чи виділ спільного майна). Але поставка була в основі конструкції господарського договору. Окрім того, існування одночасно в ГК та ЦК України однойменних договорів, які виписані на правочинній (ч. 2 ст. 202 ЦК України) та зобов'язальницькій основі є алогічним.

Виникає й питання про співвідношення організаційних та правових засад у врегулюванні правовідносин та їх використанні в окремих дослідженнях під таким лінгвістичним словосполученням, що здатне завести в глухий кут навіть маститого вченого. Досить часто категорія «засади» зводиться до елементів механізму правового регулювання чи самих норм позитивного права. Очевидно, що невдала постановка акцентів у законі та в дослідженні провокує на неоднозначні відповіді на них та запитання із прогнозованими такими ж неоднозначними відповідями, що у праві є небажаним явищем і провокує різне тлумачення цього терміна та правозастосування. При доктринальному тлумаченні, до якого досить часто звертаються вищі судові органи, тим можна зловживати. Звертає на себе увагу та обставина, що легального визначення категорії «засади» досі не встановлено. Це свідчення недолугості окремих категорій у праві та необхідності їх розвитку у легальному аспекті.

Зокрема, в Законі України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»<sup>11</sup> так і не визначено змістовно, що мається на увазі під терміном «засади» і не зовсім лексично зрозуміло, чому засади у його ст. 4 мають ще принципи державної регуляторної політики. Тож із його змісту вбачається, що законодавець під категорію «засади» підвів різні напрями впливу та здійснення регуляторної політики у сфері господарської діяльності. Не дивно, що у такому концептуальному викладенні зазначений закон працює не кращим чином.

Категорію «засади» законодавець намагається законодавчо закріпити як основні засади (принципи) також у проекті Трудового кодексу України. У його ст. 3 сформовано 19 основних засад правового регулювання трудових відносин. Значна кількість таких засад чи принципів ні до чого іншого аніж до безпринципності не призведе. До того ж, частина фахівців у сфері трудового права, зокрема О. В. Смирнов<sup>12</sup>, С. М. Прилипка і О. Ярошенко<sup>13</sup> вживають категорії «основні засади» («принципи») та «конкретні правові приписи».

Проте сталося те, що сталося, і термін «засади» міцно увійшов у науковий обіг, на його методологічному підґрунті виконано понад 200 тільки дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата наук та 60 – доктора наук, які піддавати сумніву було б безглуздя. Праці захищені, вони оцінені, значна частина їх положень впроваджена у нормотворчості та правозастосуванні. І це беззаперечні факти, на які варто зважати. Інша справа, що настала нагальна потреба привести все до одного знаменника і чітко встановити про що йдеться.

З урахуванням наведеного очевидно, що полісемантичне використання терміна «засади права» призводить до непорозуміння та проблем із єдністю праворозуміння та правозастосування. Від повинен повернутися в межі традиційного лексичного розуміння терміна «засади» взагалі та «правові засади» як його основні положення, зокрема.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (редакція станом на 12.08.2015) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/435-15](http://zakon.rada.gov.ua/go/435-15)

<sup>2</sup> Грицак О. В. Моральні засади суспільства як оціночна категорія українського цивільного права / О. В. Грицак // Адвокат. – 2010. – № 3 (114). – С. 39–43. – С. 41.

<sup>3</sup> Цивільний кодекс України : коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. – Одеса : Юрид. літ., 2003. – 1080 с. – С. 6.

<sup>4</sup> Асланян Н. П. Основные начала российского частного права : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Гражданское право; коммерческое право; семейное право; международное частное право» / Наталья Павловна Асланян. – М. : Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, 2001. – 365 с. – С. 6.

<sup>5</sup> Про деякі питання практики застосування розділу XII-1 Господарського процесуального кодексу України : постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-11

<sup>6</sup> Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України за заявою приватного підприємства «Галицькі аграрні інвестиції» про перегляд Верховним Судом України постанови Вищого господарського суду України від 13 листопада 2013 року у справі № 13/17/5022-675/2012 за позовом прокурора Бережанського району Тернопільської області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://search.ukr.net/?q=%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BC%D1%96%D0%BD+%22%D0%B7%D0%B0%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%B8+%22+%D0%B2+%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%85+%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%85+%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D1%86%D1%96%D0%B9+&cr=countryUA&lr=&as\\_qdr=&filter=&site-search=&safe=&related=&as\\_rq=&start=0](https://search.ukr.net/?q=%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BC%D1%96%D0%BD+%22%D0%B7%D0%B0%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%B8+%22+%D0%B2+%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%85+%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%85+%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D1%86%D1%96%D0%B9+&cr=countryUA&lr=&as_qdr=&filter=&site-search=&safe=&related=&as_rq=&start=0)

<sup>7</sup> Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/v0009700-09

<sup>8</sup> Практика застосування судами Закону України «Про третейські суди» : узагальнення Верховного Суду України від 11 лютого 2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/n\_005700-09

<sup>9</sup> Конституція України Закон від 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр

<sup>10</sup> Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1023-12

<sup>11</sup> Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11 вересня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1160-15

<sup>12</sup> Смирнов О. В. Основные принципы советского трудового права / О. В. Смирнов. – М. : Юрид. лит., 1977. – 216 с. – С. 21.

<sup>13</sup> Прилипко С. М. Трудове право України : підруч. / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – Х. : ФІНН, 2009. – 728 с. – С. 37.

#### Резюме

##### **Шишка Р. Б. Категорія «засади» у приватному праві.**

У статті йдеться про категорію «засади» в праві, звертається увага на її полісемізм та відстоюється потреба дотримуватися семантично звичного та юридично виваженого її тлумачення як основних принципових напрямів регулювання правовідносин. Автор застерігає від свавільного наповнення її іншим, не властивим для неї змістом та подальшої ерозії понятійного апарату в сучасному праві.

**Ключові слова:** засади, право, аналогія засад законодавства.

#### Резюме

##### **Шишка Р. Б. Категория «начала» в частном праве.**

В статье идет речь о категории «начала» в праве, обращается внимание на ее полисемизм и отстаивается потребность придерживаться семантически привычного и юридически взвешенного её толкования как основных принципиальных направлений регулирования правоотношений. Автор предостерегает от своевольного наполнения её другим, не свойственным для нее содержанием и дальнейшей эрозии понятийного аппарата в современном праве.

**Ключевые слова:** принципы, право, аналогия принципов законодательства.

#### Summary

##### **Shishka R. Category “foundations” in private law.**

The article deals with a category «principles» in law. Attention is paid on its significance and necessity to keep semantically its usual and legally balanced interpretation is maintained as basic fundamental directions of regulation of legal relationships. The author cautions from the self-willed filling of it by another not peculiar for it content and further erosion of categorical framework in modern law.

**Key words:** principles, law, analogy of principles of legislation.