



*З.В. Ромовська,
доктор юридичних наук, професор
(Академія адвокатури України)*

Загальні засади цивільного права

Ключові слова: *засади, цивільне право, недоторканність, свобода, захист, верховенство права*

1. Кожне суспільне явище, у тому числі правове, має своє підґрунтя, свій фундамент, завдяки чому його складові частини з'єднані в єдине ціле, завдяки чому воно існує (триває, функціонує), витримуючи удари часу.

Буржуазне цивільне право, саме така термінологія домінувала в радянській період нашої історії, трималося, за словами професора Є.А. Флейшиц, на трьох принципах, якими були недоторканність приватної власності, свобода підприємництва та свобода договору.

Їх аналіз подавався виключно в негативному форматі, оскільки дозволялося порівнювати радянське законодавство з буржуазним лише з метою демонстрування недоліків останнього.

Саме через це свідомість не одного покоління радянських правників була зорієнтована на несприйняття, навіть охаювання, того "іншого", що було за зоною "соціалістичного табору", чого вони достеменно часом і не знали, не хотіли або не могли знати через цілу систему заборон.

Проект Цивільного кодексу України створювався в інших умовах, коли Шевченків заповіт навчатися чужому міг уже бути реалізований сповна.

Самоусвідомлення українців як нації, що споконвіку живе в Європі, як нації, що дала Європі першу Конституцію, як нації, перший цивільний кодекс якої (Зібрання малоросійських прав) був датований 1807 роком, створили передумови для того, щоби не цуратися свого, щоби протидіяти тим, хто намагався втретє накинути нам російський цивільний кодекс, і водночас для того, щоби продемонструвати нашу спроможність створити власні теоретичні концепції та погляди і закріпити їх у законах.

Цивільний кодекс України є правовим документом, який не лише увібрив у себе надбання європейської, в тому числі й української цивілістики, а й привніс в цивілістичну скарбницю ідей, теорій, поглядів своє бачення шляхів вирішення теоретичних та практичних проблем і цим сприяв утвердженню почуття нашої національної гідності та національної гордості.

Свідченням єдності свого і чужого, давнього і сучасного є стаття 3 Цивільного кодексу України, "Загальні засади цивільного законодавства". Таких засад уже не три, а шість. До тих, про які писала Є.А. Флейшиц, додано неприпустимість втручання у сферу особистого життя людини, судовий захист цивільного права та інтересу, справедливість, добросовісність та розумність.

2. Взаємозв'язок права і законодавства, в тому числі цивільного права

та законодавства, був висвітлений в літературі давно і вважався усталеним. Тому перекочовував зі сторінок одного видання до іншого без змін або лише з невеличкими доповненнями, які не відступали від звичної позиції. Цивільне право, зокрема, трактувалося як сукупність цивільно-правових норм, закріплених у Цивільному кодексі, інших законах та підзаконних нормативно-правових актах [8], [9], [10].

Конституційний Суд України у рішенні від 2 листопада 2004 року за конституційним поданням Верховного Суду України завдав такій теоретичній концепції дуже серйозного і при цьому багаточислового удару, який мали б відчуті і наука загальної теорії права, і наука цивільного права. Складовими частинами нового погляду на взаємозв'язок права та закону є:

Перша: право існує в різноманітних “формах”, складається з різних “елементів”.

З цього випливає висновок про те, що терміни “форма” (“елементи”) права та “джерело” права не слід ототожнювати. Джерело — це витік, початок, але не форма права.

Джерелом закону може бути наука чи судова практика, але ні перше, ні друге не є формою (елементом) права.

Друга: “закон є лише однією із форм права”.

Третя: суспільні відносини можуть регулюватися різноманітними “соціальними регуляторами”, до числа яких Конституційний суд України відніс “норми моралі, традиції, звичаї тощо”. Словом “тощо” Конституційний суд засвідчив, що поданий ним перелік форм права не є вичерпним.

З урахуванням такого нового трактування суті права цивільне право не можна виводити лише з лона цивільного законодавства. Цивільне право — це, крім закону, норм моралі, традицій, звичаїв, і норм статуту юридичної особи та договору [7].

Якщо б це рішення було постановлене Конституційним Судом до прийняття Цивільного кодексу, звичний погляд на взаємозв'язок цивільного права та цивільного законодавства був би легко подоланий. Результатом цього, вочевидь, була б інша назва статті 3 ЦК: або “Загальні засади цивільного права”, або “Загальні засади регулювання цивільних відносин”; а також інша назва Глави 1: не “Цивільне законодавство України”, а “Цивільне право України”. До речі, зміст цієї Глави (маються на увазі норми про договір та звичай) засвідчує готовність до цих змін.

На підставі такого теоретичного підґрунтя можна стверджувати, що зміст статті 3 ЦК мав би поширюватися і на інші форми (види) цивільного права, а не лише на законодавство. До внесення до Цивільного кодексу відповідних змін загальні засади, сформульовані у статті 3, можна поширювати і на інші форми цивільного права (договір, статут) за допомогою аналогії права (стаття 8 ЦК)*.

3. Серед засад цивільного законодавства перше місце посідає “неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини”.

Спочатку ця засада мала назву “повага до людини”, але за рекомендацією більшості членів Робочої групи з опрацювання проекту Цивільного кодексу була змінена. Можна, звичайно, радіти з того, що є, проте “повага до людини” мала б набагато ширший спектр дії.

Людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека, як записано у статті 3 Конституції України, визнаються найвищою соціальною цінністю.

Цією нормою було започатковано потужний ідеологічний розворот України у бік прав людини, який викликав

* У Сімейному кодексі України міститься стаття 7 “Загальні засади регулювання сімейних відносин”, зміст якої стосується усіх форм сімейного права, а не лише закону.

потребу і необхідність радикальних світоглядних змін.

У Цивільному кодексі України ці зміни закладені, насамперед, у статті 1, у якій особисті немайнові відносини виведені на перше місце. Нагадаю, що у Цивільному кодексі УРСР 1922 р. про особисті немайнові відносини не було й згадки, а в Цивільному кодексі УРСР 1963 р. вони склали другу за ранжиrom групу: першими були відносини майнові.

Відповідно до ст. 1 ЦК 1963 р. ним регулювалися особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими, тобто відносини, що виникали у зв'язку зі створенням твору, відкриття, винаходу тощо, а також "інші" особисті немайнові відносини, але лише тоді, коли це було передбачено законом. Сегмент цих відносин у структурі цивільних відносин, що регулювалися законом, був незначним.

Широкому колу читачів тривалий час були невідомими праці українського вченого С.В. Пахмана, який ще у 1883 р. стверджував, що фундаментом цивільного права повинні бути особа та її особисті права, на них мають будуватися і без них немислимі усі інші цивілістичні інститути [6]. Ця надзвичайно важлива, програмна для розвитку цивільного права наукова теза була в Україні сприйнята і законодавчо утверджена.

Наявність у Цивільному кодексі України Книги другої та її зміст — все це одержало схвальні відгуки: "велике досягнення", "вперше у європейській цивілістиці".

У Цивільних кодексах жодної з європейських держав немає такої книги (розділу), у якій було б сконцентровано ставлення держави до людини, і до того ж, таке шляхетне. А у Цивільному кодексі РФ особистим немайновим благам присвячено лише три статті.

Життєдіяльність людини багатогранна. Одну з її частин людина оприлюднює і навіть виставляє напоказ. Другу

— прагне утаємничити. Цю особисту (для себе, для двох, для сім'ї) аuru людина має право створювати, будувати, розкошувати в ній, ревно берегти та, у разі потреби, захищати.

Навіть той, хто через соціальні негаразди, випадковість або з власної волі опинився на узбіччі, має право на повагу до своєї честі та гідності, на недоторканність того внутрішнього світу, в якому він живе.

У Цивільному кодексі України повагою до людини, до її особистого життя пронизані норми не лише Книги другої.

4. Другу засаду цивільного права можна б скорочено назвати як, "стабільність права власності".

Природне право людини на життя, інші підпорядковані йому природні та надані державою права важко, а то й неможливо здійснити без матеріальної підтримки, матеріального забезпечення. Навіть той, хто має богатирське здоров'я, згасне без їжі, одягу та даху над головою. Тому речі (власність*) як матеріальна субстанція та право власності як субстанція правова є знаряддям, засобом "для вищої мети" (Іван Франко).

Щоправда, для окремих громадян власність, нагромадження стало сенсом життя. Але це — їхній вибір, на що вони, відповідно до статі 35 Конституції України, мають право.

Стабільність суспільства залежить від стабільності відносин власності.

Переділи власності, реалізація гасла "грабуї награвоване", широке застосування конфіскації та вилучення в дохід держави майна, зокрема житлових будинків, яке було джерелом одержання "нетрудових доходів" (стаття 106 ЦК 1963 р.) — усе це не принесло користі ні носіям відповідної ідеології, ні суспільству в цілому.

У ч. 2 статті 328 ЦК закріплена презумпція правомірності набуття права

* У статті 41 Конституції України, поряд з терміном "об'єкти права власності" двічі вжито термін "власність" у розумінні "речі".

власності, яка може бути спростована “прямим” записом про це у законі або рішеннім суду.

Спростування презумпції законності набуття особою права власності засвідчує первинну відсутність у неї цього права.

У ч. 4 статті 41 Конституції України наголошується “ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право власності є непорушним”. У ч. 1 статті 321 ЦК ця конституційна норма викладена дещо інакше: “Право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні”.

Така зміна акцентів логічно виправдана, оскільки неможливість протиправного позбавлення права власності впливає із його непорушності. Але чи, з точки зору верховенства Конституції, це допустимо? Схиляюся до ствердної відповіді на це питання, оскільки така рокировка не є відступом від духу Основного закону.

Термін “протиправність” позбавлення права власності, який вжито у Конституції та Цивільному кодексі, має трактуватися виключно як синонім терміна “незаконність”.

Термін “позбавлення права” стосується випадків, коли це право виникло на законній підставі. З нічого — нічого! З цієї тези, сформульованої ще римськими юристами, впливає висновок, що у того, хто заволодів річчю незаконно, право власності на неї виникнути не може.

Такий висновок стосується й інших ситуацій. Якщо, наприклад, квартира була продана на підставі підробленої довіреності, це означає, що вона вибула з володіння власника всупереч його бажанню. А тому ні перший, ні останній набувач, на підставі спростованої судом презумпції законності володіння, не можуть вважатися її власниками. Відповідно до цього визнання договору купівлі-продажу недійсним не є одночасно актом позбавлення покупця права власності. Принагідно хочу звернути

увагу читача на можливість цивільної відповідальності посадової особи (нотаріуса, начальника слідчого ізолятора), якщо вона умисно чи з недбалості сприяла такому обману.

Позбавлення права власності є здебільшого наслідком протиправної поведінки самого власника. Власник може стати “беззаконником” [3] як у сфері приватних, так і у сфері публічних відносин.

Одним з поширених і водночас проблематичних способів позбавлення права власності фізичної особи була і залишається конфіскація.

Традиційно поняття конфіскації містилося у Кримінальному кодексі України (далі КК України) і так само традиційно суть конфіскації подавалася як “примусове безоплатне вилучення майна у власність держави” (стаття 59 КК). У статті 354 ЦК конфіскація визначена як “позбавлення права власності”. Такий новий погляд на конфіскацію є, на мою думку, правильним. Конфіскація має вважатися такою, що відбулася, не в момент реального вилучення речі у засудженого, а в момент набрання законної сили вироку суду, яким застосовано до нього таке додаткове покарання.

Відповідно до ч. 5 статті 41 Конституції конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Цією конституційною нормою була припинена так звана “адміністративна конфіскація”, яка проводилася за рішенням відповідних органів виконавчої влади.

У Кримінальному кодексі України конфіскація передбачена як обов’язкове або необов’язкове додаткове покарання за вчинення цілої низки злочинів, перелік яких, щоправда, набагато менший, ніж за Кодексом 1990 р.

Обсяг конфіскації має також визначатися законом. Але чи є це можливим? За ст. 59 КК конфіскованим може бути усе

майно засудженого або його частина. В останньому випадку суд має зазначити, “яка саме частина майна конфіскується або перелічити предмети, що конфіскуються”. Отже, навіть у тому разі, коли конфіскація є обов’язковим додатковим покаранням, міру цього покарання, тобто обсяг конфіскації, визначає суд, оскільки закон об’єктивно цього зробити не може.

Застосовувати конфіскацію, якщо вона не є обов’язковою, чи визначати обсяг конфіскації — все це суд має робити відповідно до принципу верховенства права.

Щодо “порядку” конфіскації, то значення цього терміну залишається невідомим. Можливо, йдеться про процедуру вилучення та продажу конфіскованого майна.

У Законі УРСР від 28 грудня 1960 р. “Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР” містилася стаття 1 такого змісту: “Затвердити Кримінальний кодекс Української РСР (2001-05, 2002-05, 2003-05)...”. За номером 2003-05 значився Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком. Його зміст засвідчував, що він був копією однойменного акту, доданого до Кримінального кодексу УРСР 1922 р.

Відповідно до ст. 2 Розділу 1 Прикінцевих та перехідних положень, Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком, не втратив чинності. Отже, нам і надалі належить жити за стандартами періоду колективізації та масових репресій: якщо особа має дві, а не одну пару валянок чи гумового взуття, то кожна із зайвих пар цього взуття може бути конфіскована. Засудженій жінці гарантується недоторканність одного зимового костюма, однієї зимової шалі, літнього плаття та двох літніх хусток. Сім’я не може залишитися без одного стола, однієї шафи та скрині.

Сумний аналіз цього Переліку можна було б продовжити, але і цього достатньо для докору авторам проекту Кримінального кодексу України, які не зробили щонайменшої спроби для його осучас-

нення. Зрештою, це питання, на мій погляд, мало б бути предметом “головного болю” представників не стільки науки кримінального права, скільки науки конституційного та цивільного права.

Особливо актуальною є проблема допустимості конфіскації житла.

Як зазначено у Переліку, не підлягають конфіскації жилий будинок із господарськими будівлями, якщо “засуджений та його сім’я постійно у ньому проживають”. Отже, якщо засуджений не проживав у цьому будинку, а проживала у ньому лише його сім’я, то цей будинок може бути конфіскований. Як і тоді, коли у цьому будинку проживав лише він сам.

Але слід звернути увагу і на ще одну дуже важливу обставину: неможливість конфіскації стосується лише будинку, розташованого у сільській місцевості. Це значить, що будинок у невеличкому містечку може бути конфіскований беззастережно.

Є підстави стверджувати, що цією нормою порушується принцип рівності усіх громадян: місце проживання, як це записано у ст. 24 Конституції України, не може бути підставою для привілеїв чи обмежень. Отже, надання привілеїв засудженому, котрий проживає у сільській місцевості, є неконституційним.

Неконституційним, на мій погляд, є й загальна допустимість конфіскації квартири чи житлового будинку без звернення уваги на його розмір та відсутність у засудженого іншого житла.

Троє дівчат-підлітків на кінцевій зупинці трамваю відбирали у своїх однопілітків золоті прикраси. Усі вони були засуджені одним із київських судів за ч. 5 ст. 186 КК до позбавлення волі з конфіскацією майна. Предметом конфіскації стали їхні частки у праві власності на приватизовані квартири. Цей приклад є додатковим підтвердженням необхідності нових підходів до проблем конфіскації взагалі і житла зокрема.

Перелік майна, яке може бути конфісковане, має бути вужчим, ніж перелік

майна, на яке може бути накладено стягнення за боргами власника.

Проблема дії принципу непорушності права власності набирає актуальності і у зв'язку з загрозою реприватизації великих промислових підприємств. Курс на масову реприватизацію, проголошений першим “помаранчевим” урядом України, завдав відчутної шкоди економіці, налякав інвесторів і врешті-решт був визнаний хибним.

Збитковість договору про придбання речі чи виконання роботи (коли ціна договору надто завищена або надто занижена на шкоду інтересам держави чи окремої особи) може бути підставою для визнання його недійсним лише тоді, коли сторона за договором відмовилася доплатити або повернути зайве.

5. Законодавче визнання договору регулятором цивільних відносин створило передумови для того, щоб назвати ці відносини сферою власного егоїзму.

Договір як право чи закон для двох розширяє можливості кожного завдяки тому, що одна сторона залучається до реалізації прав іншої сторони. В результаті такого поєднання волі та зусиль двох створюється нова якість, що стимулює інших партнерів до створення свого права для двох.

Суспільство живе завдяки тому, що такими законами для двох воно “дихає” вдень і вночі. Зупинення руху метро, трамваю, відключення електроенергії чи подачі води тому, що хтось знехтував своїми договірними обов'язками, неодмінно призведе до хаосу або принаймні до занепокоєння.

Що ж ховається за “солодким словом свобода” стосовно договору?

Свої міркування почну із основоположних, як на мене, дуже вартісних слів Іоана Павла II, сказаних ним у 2001 р. у Львові: “свобода вимоглива”, “свобода тяжча від неволі”

Про свободу можна говорити повною мірою лише тоді, коли особа має хоча б два варіанти для вибору. Якщо

раніше в магазині був лише один сорт хліба чи ковбаси, то свобода вибору зводилася лише до того, купувати те, що є, чи ні. Оскільки через певний час і цього могло не бути, доводилося купувати те, що є. Наче за своєю волею, адже ніхто сторонній не змушував цього робити.

В сучасних умовах свобода договору — це своєрідна поліфонія чи, більш буденно, багатогранник, кожна з граней якого наповнена своїм особливим змістом.

Порушенням свободи договору на стадії його укладення буде застосування до однієї із сторін насильства чи обману, використання її психічного нездоров'я.

Згідно зі статтею 6 ЦК сторони можуть укласти такий договір, який не передбачено у законі, чи відступити від трафарету договору, визначеного законом. Цією нормою закріплена автономія волі сторін: закон має дати їй дорогу, якщо його норми не є наказними, імперативними.

Але цей аспект свободи договору у реальному житті наштовхується на серйозні перешкоди. Так, на одній із зустрічей з нотаріусами на моє запитання, чи готові вони посвідчити договір довічного утримання, в якому моментом переходу права власності на будинок буде зазначено не день його нотаріального посвідчення (державної реєстрації), а день смерті відчужувача, усі одностайно відповіли “ні”.

Це і не дивно, адже вони, а заодно і працівники Міністерства юстиції України, надто довго виховувалися на ідеології фетишизації закону, на ідеології “не можна”. Не можна не тому, що це суперечить інтересам держави, не тому, що це нерозумно чи несправедливо, а тому, що безпосередньо не дозволено законом. Однак таке мислення не придатне в нову добу, осяячену духом верховенства права.

Вимогливість свободи договору означає необхідність, задля власного ж добра, прискіпливо ставитися до

вибору контрагента: чи не є фірма “одноденкою”, чи довіреність на продаж квартири дійсно видана її власником, чи не є продавець недієздатним або обмеженим у дієздатності. Інакше можна зазнати втрат.

Нааявність на ринку великої кількості продуктів харчування, ліків має стимулювати нас до вибору тих, котрі б не зашкодили здоров'ю.

Отже, свобода договору тісно пов'язана з ризиками вибору, що має стимулювати нас до обачності.

На стадії існування договірних відносин сторони вільні у внесенні до договору змін та доповнень. Порушення однією із сторін умов договору щодо предмета (якості), строків виконання може надавати іншій стороні право на односторонню, за власною лише волею відмову від договору.

Свобода договору надає, наприклад, покупцеві та продавцеві право домовитися про реституцію через десять чи навіть двадцять років після укладення договору купівлі-продажу.

Свобода кожної людини чи юридичної особи, їхній власний егоїзм має свою межу, за якою поле свободи іншого суб'єкта. Ця межа свободи встановлюється законом, а не обмежується ним. Свобода формувати правові відносини на ґрунті приватної автономії, — вважає Райнгольд Циппеліус, — повинна мати розумні межі [11].

Межі свободи договору не є однаковими для всіх учасників цивільних відносин. Для одних сфера свободи договору є ширшою, для інших — вужчою. Остання ситуація спостерігається переважно тоді, коли цього вимагають суспільні інтереси. Йдеться про окремі види договорів, учасниками яких можуть бути не усі суб'єкти. Використання терміну “свобода договору” стосовно договору про приєднання має сенс лише у тому, що особа, наприклад пасажир, може на знак протесту проти встановленої без його участі провізної плати піти пішки.

Межею свободи учасників договірних відносин є сам договір. Жоден з них не може мати більше прав, ніж це визначено у ньому.

Проведення в Україні цілої системи заходів, спрямованих на посилення охорони прав та інтересів дітей, вимагає особливої пильності адвокатів, котрі надають правову допомогу, нотаріусів підчас посвідчення договорів про відчуження квартир, будинків, у яких мешкають неповнолітні чи непрацездатні діти, навіть якщо вони не є їхніми власниками. На виконання вимоги ч. 6 статті 203 ЦК нотаріуси мають право чи, точніше, зобов'язані відмовити у посвідченні договору, котрий намагаються укласти батьки чи усиновителі, якщо є підстави для висновку про те, що такий договір суперечить інтересам дітей.

Як зазначено у ч. 3 статті 13 ЦК, при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Це загальне правило повторено стосовно здійснення права власності у ч. 2 статті 319 ЦК.

На підставі зазначених норм можна зробити висновок про те, що мораль також встановлює межу свободи договору. Неморально наживатися на скрутному становищі сусіда, виставляючи умовою позики грошей непомірно високий для нього процент. Неморально продавати подарований батьком будинок, у якому він мав намір разом з сином дожити віку. Неморально продавати свою кімнату у спільній квартирі тому, хто має психічну хворобу, зі “злим умислом” створити для інших співвласників неможливість спільного проживання. Таких прикладів, взятих із життя, коли умови договору суперечать нормам моралі, є чимало. Однак суди підчас розгляду вимог про визнання договорів недійсними не часто звертають увагу на порушення вимог моралі при їх укладенні.

6. Жити, склавши руки, — неприродно. Життя — це рух. Радість життя — у творенні. Для себе, для родини, для суспільства.

У радянський період нашої історії свобода творчості мала невелике поле дії, а приватне підприємництво тривалий час було кримінально караним.

У ст. 1 Закону України “Про підприємництво” першою ознакою підприємництва була названа “приватна ініціатива”. Чи дійсно таким був задум авторів проекту цього Закону, чи, можливо, справа у технічній помилці, — сказати важко. Але трактування підприємництва приватною ініціативою, відокремленою від “діяльності”, не було, на мій погляд, нерозумним.

У ст. 42 Господарського кодексу України підприємництво визначене як “самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність...”.

Включення “свободи підприємництва” до основних засад цивільного законодавства підкреслює цивілістичну, приватну суть підприємництва, хоча право на його здійснення обтяжене цілою низкою різноманітних обов’язків. Навіть за умови досконалості Господарського кодексу України такий висновок не міг би, на мою думку, мати серйозне заперечення. Адже підприємництво неможливо уявити поза відносинами власності, поза договірним процесом. Як би ми не називали договір будівельного підяду чи договір перевезення вантажу, чи кредитний договір — усі вони є договорами приватними, тобто цивільними. Термін “господарський договір” може бути лише додатковою ознакою терміну “цивільний”.

Кидаючи камінець на город сподвижників науки господарського права, хочу підкреслити, що бути дитиною великої матері цивілістики не є ганебним. Навіть якщо ця дитина має свої незаперечні особливості. З іншого боку, факт такого благородного походження, наявність великої кількості спільних родинних рис не можуть вважатися достатніми підставами для того, щоб цю науку, як колись нешлюбну дитину, не визнавати.

Проте її призначення не може полягати у винаходженні велосипеда, коли він уже стоїть поруч, “на відстані сльози”.

Свобода підприємництва, як і будь-яка інша свобода, має свою межу, але її обриси зараз далеко, вони ледь помітні.

Працюй, твори, утверджуй свою любов до себе та ближнього, свою потрібність людям — так можна було б патетично охарактеризувати зміст свободи підприємництва в Україні сьогодні. І для цього закон надає кожному бажаному цілий арсенал юридичних механізмів: право бути засновником юридичної особи, право використовувати своє майно у підприємницькій діяльності (без загрози його вилучення як джерела одержання “нетрудових доходів”), право використовувати чужу працю (без загрози одержання клейма “експлуататор”, “глитай”), право укладати різноманітні договори, право привласнювати результати своєї підприємницької діяльності і вільно розпоряджатися ними.

7. Наступною засадою цивільного законодавства названо судовий захист цивільного права та інтересу.

Без органу, який забезпечував би можливість здійснення особою свого права, не обійтись. Найбільш авторитетним є чи, принаймні, має бути саме суд. Наявність у Цивільному кодексі цієї засади, як і зміст статті 16 “Захист цивільних прав та інтересів судом”, не є перехопленням чужої юридичної матерії. Їх присутність у Цивільному кодексі засвідчує нерозривну єдність прав особи та державних гарантій їх здійснення. Серед таких гарантій судовий захист займає одне з провідних місць.

Поширення юрисдикції судів на всі правовідносини в державі (стаття 124 Конституції України) означало припинення дії норм, що встановлювали обов’язкове дотримання досудової процедури врегулювання спору. Цим була надана можливість кожному, хто прагне якнайшвидшого і саме судового захисту, безперешкодно одержати його.

Оскільки Вищий арбітражний суд рішуче протестував проти скасування досудового розгляду як обов'язкової процедури, було вирішено зберегти її лише щодо спорів у відносинах з перевізниками та органами зв'язку. Це і було відображено у змінах до Арбітражного процесуального кодексу України, внесених Законом України від 17 травня 2001 р. Ця компромісна, хоча і дуже спірна норма була перенесена до статті 925 ЦК.

Рішенням Конституційного суду України від 9 липня 2002 р. (Цивільний кодекс, з урахуванням зауважень Президента було прийнято 16 січня 2003 р.) обов'язкова (претензійна) процедура була визнана неконституційною, тому норму статті 925 ЦК слід вважати не діючою від самого початку чинності цього кодексу.

Відповідно до ч. 1 статті 55 Конституції України суд захищає права і свободи людини та громадянина. За статтею 1 ЦПК суд здійснює захист порушених, невизнаних або оспорених прав, свобод чи інтересів. У п. 5 частини 1 статті 3 ЦК слово "свобода" відсутнє. Нема його й у статтях 15 та 16 ЦК.

Свобода чи право на свободу — це гарантована державою можливість діяти на власний розсуд, але у визначених чи не заборонених межах. Звідси можна зробити висновок про те, що відсутність у цих нормах слова "свобода" не може мати драматичних наслідків, водночас його наявність була б виправданою.

Право на судовий захист органічно поєднане із доступністю особи до суду. У цьому контексті не зникає проблема конституційності запровадження обов'язку особи, яка бажає звернутися до суду, сплатити судовий збір та витрати на технічне забезпечення судового процесу. Оскільки про такі фінансові передумови звернення до суду у Конституції України немає й згадки, є підстави для висновку про те, що вони є обмеженням конституційного права на судовий захист, а це,

як зазначено у статті 64 Конституції України, може бути зроблено лише самою Конституцією.

Оскільки цього у Конституції немає, то впливає висновок про те, що всі люди мають право на безперешкодний доступ до системи послуг держави (судових послуг), оплачених ними наперед своєю працею, податками, виконанням соціально важливих функцій, таких, наприклад, як народження та виховання дітей.

Захист цивільного права та інтересу може здійснюватися судом у різний спосіб. Одним із виявів демократизму Цивільного кодексу України є те, що, як записано у ч. 1 статті 16, спосіб захисту може бути визначений сторонами у договорі.

Розширює можливість судового захисту послаблення імперативності в інституті позовної давності: сторони можуть домовитися про збільшення тривалості позовної давності; застосування позовної давності у разі запізненого звернення з позовом перестало бути обов'язком суду.

Для реальності захисту права чи інтересу часто самого рішення суду про задоволення позову недостатньо. Потрібне його виконання. Та обставина, що, за офіційними даними, половина рішень суду не виконується, призводить до утвердження настроїв незахищеності та зневіри.

Заяви керівників держави про корупцію в системі судової влади, мовчазне сприйняття керівниками вищих судових органів таких заяв, поширеність фактів безпідставних відмов у правосудді — все це не лише дестабілізує суспільство, а й вибиває з-під ніг людей, чий права порушено, переконаність у перспективності звернення до суду.

Одним із засобів очищення судової влади має бути перехід від огульних заяв про корупцію усього суддівського корпусу до порушення кримінальних справ проти конкретних суддів. І цей процес, за логікою життя, не слід починати, як причищенні риби, з хвоста.

8. Як підсумковий акорд названа у системі загальних засад цивільного законодавства справедливість, добросовісність та розумність. Вони — це те сито, крізь яке мають бути “просіяні” усі акти цивільного законодавства, інші регулятори цивільних відносин.

Конституційний суд України у рішенні від 2 листопада 2004 р. назвав справедливість одним із загальнолюдських вимірів права, одночасно звернувши увагу на можливість існування несправедливого закону та несправедливого застосування норми закону.

У Цивільному кодексі України немає цілої низки норм, котрі були у Кодексі 1963 р. і трактувалися як об’єктивно несправедливі [5]. Йдеться, зокрема, про усунення різноправності фізичних та юридичних осіб там, де це не мало належного обґрунтування. Полегшено тягар санкцій за самовільне будівництво. Держава втратила можливість бути спадкоємцем за законом, натомість значно розширений перелік фізичних осіб, які одержали можливість стати спадкоємцями за законом. Тріумфом справедливості слід вважати покладення на державу цілої низки обов’язків щодо відшкодування шкоди, завданої фізичній особі.

Добросовісність — властивість чесно, старанно, сумлінно виконувати свої обов’язки [2]. До того ж, не лише ті, що записані у законі [1]. Закон не може покривати недобросовісності, байдужості і, тим паче, заохочувати їх.

У Цивільному кодексі 1963 р. були поодинокі норми, які не карали за недобросовісність, фактично сприяючи їй. Прикладом може бути названа стаття 557, за якою кредитор втрачав право вимоги до спадкоємця свого боржника, якщо не пред’явив до нього претензії протягом 6-ти місяців, навіть якщо він не знав про факт його смерті.

Було чимало випадків, коли керівник одного підприємства, повіривши запевненням іншого, що зобов’язання

от-от буде виконано, пропускав позовну давність і залишався ошуканим, оскільки за ст. 79 ЦК 1963 р. визнання боргу у відносинах між юридичними особами не переривало позовної давності.

Байдужість до чужої біди тривалий час утверджувалася відсутністю у законі правила про відшкодування шкоди, яку зазнала особа, рятуючи чуже життя.

У Цивільному кодексі України таких недоліків уже немає. Особа, яка готова кинутися на порятунок, одержала гарантію, що у разі каліцтва держава відшкодує їй завдану шкоду у повному обсязі. Є у ньому ціла низка інших нових норм, які утверджують добросовісність у цивільних відносинах.

Спонукають до обачності норми, за якими замовник відповідає перед потерпілим за шкоду, завдану йому підрядником (стаття 1172), а перевізник — за порушення строку доставлення пасажирів до пункту призначення (ч. 3 статті 922), а також норма, згідно з якою перевізник зобов’язаний забезпечити охорону речей пасажирів, які він перевозить у відведеному для цього місці (стаття 974).

До добросовісності боржника спонукає вся система санкцій, що є у Цивільному кодексі, яка засвідчує перехід від посиленої охорони інтересів боржника до посиленої охорони інтересів кредитора.

Не можна недооцінювати і роль різноманітних заохочень, зокрема тих, що містяться у Книзі “Спадкове право”.

Розумністю є властивість, що просякнута розумом. У сучасній українській мові є дуже багато означень слова “розум”. Стосовно правничої проблематики, “розум” може трактуватися як практичність, розсудливість, правильність, доцільність, сенс, здоровий глузд [2].

Можна беззастережно стверджувати, що правовий матеріал, котрий міститься у Цивільному кодексі, є, за поодинокими винятками, розумним.

Що ж це за винятки і як подолати їх нерозумність?

Список таких норм відкриває та, що міститься у частині 2 статті 81, згідно з якою юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного та публічного права. Очевидність помилки полягає у тому, що навіть за умови підтримання думки про практичну цінність такої класифікації її нерозумність засвідчується тим, що для виділення юридичних осіб публічного права самого факту створення їх органом державної влади недостатньо.

Немає розумності у ч.3 статті 244 ЦК, якою ускладнена можливість оформлення однієї довіреності від імені двох чи більше осіб. Так, дружина та чоловік, які бажають когось уповноважити на продаж будинку, що є їхньою спільною власністю, мають скласти не спільну, єдину довіреність, а кожен від себе.

Нерозумною слід вважати норму статті 261, за якою позовна давність починається “від дня” коли особа дізналася про порушення свого права. Здоровий глузд вимагає однакового підходу до початку усіх строків: “з наступного дня”, як це записано у статті 253 ЦК.

Відсутня розумність у понятті непереборної сили, яке міститься у ч. 1 статті 263 ЦК. Ознакою непереборної сили є поєднання надзвичайності та невідворотності, а не кожна з цих рис окремо взята.

“Передали кути меду”, — так можна сказати щодо ч. 4 статті 296 ЦК, за якою ім'я особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, може бути оприлюднене лише у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Цю заборону неможливо виконати хоча б через те, що кримінальні справи розглядає суд у відкритому засіданні. Її поява у Цивільному кодексі була викликана потребою охорони опозиції, і слід визнати те, що певним стримуючим засобом вона-таки була.

Важко знайти сенс у “агресії” проти усталеного поняття права власності. Йдеться про доповнення статті 316 ЦК

“Поняття права власності” частиною другою, за якою “довірча власність” визнана “особливим видом власності”. Це викликало цілий ряд запитань: чи тотожні поняття “види” та “форми” власності, чи поширюється на “довірчого власника” норма статті 317 ЦК, за якою власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном?

Багатьом завдала клопоту частина 3 статті 331 “Набуття права власності на новостворене майно”.

Відповідно до статті 423 ЦК, особистим немайновим є право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця. З цим важко погодитися, адже творець повинен мати право на захист у всіх випадках, навіть тоді, коли посягання не зачіпає його честі та репутації.

Можна продовжити аналіз окремих норм Цивільного кодексу України щодо їхньої відповідності вимогам справедливості, добросовісності та розумності. Це не важко. Тяжкі думки з'являються тоді, коли під час розгляду конкретної справи виникає переконання у несправедливості (персональній, локальній) загалом справедливої норми закону чи у її нерозумності, або у несправедливості змісту договору.

Чи має право суд переступити через таку норму або оминати її? Чи може, наприклад, суд збільшити для “обов'язкового” спадкоємця розмір його частки у спадщині; чи може суд зменшити розмір плати за користування фізичною особою банківським кредитом; чи може суд визнати несправедливим позбавлення у заповіті одного із дітей права на спадкування? Ствердна відповідь на це питання відповідає вимогам сьогодення.

Суддя, — писав академік С. Дністрянський ще на початку 20-го століття, — стоїть на сторожі права навіть проти законів [4]. На думку С. Шев-

чука, фундаментальні принципи мають вищу юридичну силу, ніж звичайне законодавство [5].

Принцип верховенства права, як це записано у статті 8, визнається і діє в Україні. А це означає, що він розповсюджується на сферу повноважень усіх державних інституцій, посадових та службових осіб. Діяти за цим принципом — це не їхнє право, а обов'язок. Звідси

впливає, що діяти за принципом верховенства права — це обов'язок і суду, і прокуратури, і нотаріусів, і інших осіб, наділених владними повноваженнями. На жаль, утвердження принципу верховенства права ще довго відчуватиме кайдани минулого часу. Щоб скоротити перехідний до нового період, потрібен, насамперед, приклад верхів і велика просвітницька робота.

Список літератури:

1. Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 119.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Укл. і головн. ред. Т. Бусел. — К., 2001. — С. 230, 1079-80.
3. Грінченко Борис. Словар української мови: У 4-х т. — Т. 1. — К., 1996. — С. 10.
4. Дністрянський Станіслав. Загальна наука права і політики // Академічна думка / За ред Ю.С. Шемшученка. — К.,1998. — С. 233–234.
5. Паліюк В.П. Щодо справедливості, добросовісності та розумності в чинному законодавстві України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. Науковий часопис. — 2002. — № 2. — С. 45–46.
6. Пахман С.В. Означении личности в области гражданского права: В кн. Антологія української юридичної думки. Т.6. Цивільне право. / За ред. Ю.С. Шемшученка. — К., 2003. — С. 183.
7. Ромовська Зорислава. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс. — К., 2005. — С.89-90.
8. Цивільне право. Загальна частина. / За ред. О.А. Підпригори та Д.В. Бобрової. — К., 1995. — С. 11, 14.
9. Цивільне право України: Підручник. У 2 кн. Кн. 1. / За ред. О.В. Дзери та Н.С. Кузнецової. — К., 2004. — С. 28.
10. Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. Т. 1. / За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої та В.Л. Яроцького. — К., 2004. — С. 10.
11. Циппеліус Райнгольд. Філософія права. — К., 2000. — С 226.
12. Шевчук Станіслав. Порівняльне прецедентне право з прав людини. — К, 2002. — С. 16–17.

РЕЗЮМЕ

В статті аналізуються принципи гражданского законодательства, закрепленные в ст. 3 Гражданского кодекса Украины.

SUMMARY

In the article the principles of the civil legislation are considered which are secured in the Art. 3 of the Civil Code of Ukraine.

Подано 11.12.05