



# ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

О.І. Харитонова,\* Є.О. Харитонов\*\*

## ДИХОТОМІЯ “ПУБЛІЧНЕ ПРАВО — ПРИВАТНЕ ПРАВО” ТА ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СТРУКТУРИ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА

Визначення структури національного права неможливе без врахування дихотомії “публічне право — приватне право”, визнання існування якої є методологічним імперативом європейської юриспруденції, оскільки слугує підґрунтям розмежування на національному рівні права цивільного і адміністративного як двох головних, визначальних галузей регулятивного права, що у свою чергу ґрунтуються на положеннях конституційного права.

Приймемо за відправну точку дослідження тезу про те, що загальна структура права має виглядати таким чином:

- 1) природне право як фундамент усього іншого права;
- 2) приватне та публічне право як сфери правового регулювання відповідних груп відносин, що формуються на підґрунті природного права і втілюють його норми в юридичний побут.

Таке визначення структури права припускає відповідну систему національного законодавства, у якій Конституція та прийняті на її основі кодекси відповідно до засад тих чи інших галузей права мають слугувати основою законотворчості у державі.

Оскільки в літературі останніх років, присвячених дослідженню цих категорій<sup>1</sup>, одним з найбільш дискусійних питань є критерії їхнього розмежування<sup>2</sup>, далі доцільно зупинитися на методологічних аспектах їх встановлення та визначення.

---

© Харитонова О.І., Харитонов Є.О., 2005

\* професор кафедри адміністративного і фінансового права Одеської національної юридичної академії, доктор юридичних наук, доцент

\*\* завідувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України

<sup>1</sup> Див., наприклад: Селіванов В., Діденко Н. Діалектика приватного та публічного в правовому регулюванні // Право України. – 2001. – № 11. – С. 15-22; Сибільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2001. – № 2. – С. 134; Азімов Ч. Поняття і зміст приватного права // Вісник Академії правових наук України. – Х., 1998. – № 3. – С. 56-58; Харитонов Є., Харитонова О. До питання про значення дихотомії “приватне право – публічне право” // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2000. – № 2. – С. 82-88; Харитонова О.І. До питання про визначення поняття публічного права // Актуальні проблеми політики. – Одеса, 2000. – Вип. 8. – С. 177-180.

<sup>2</sup> Рабінович П. Приватне й публічне у природному праві та законодавстві // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 3 (38). – С. 3.



Зазначимо, що методологічного значення для наступного розуміння сутності та структури права в Європі набуло визначення приватного і публічного права, яке міститься у першому фрагменті книги I Дигест Юстиніана у вигляді висловлювання відомого правознавця Ульпіана: “*Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quedam privatum*”.

Слід зауважити, що більшість сучасних правознавців при цитуванні Ульпіана припускають неточності, наводячи лише частину його вислову.

Проте, починається вказана сентенція так: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*”<sup>3</sup>, оскільки Ульпіан характеризував не фактичний поділ римського права на право публічне і право приватне, а писав про те, що при **вивченні** римського права треба враховувати дві його позиції (сторони, аспекти, прояви) публічну і приватну.

Переконання у правильності положень сентенції Ульпіана у європейській юриспруденції панувало майже до другої половини XIX ст., коли в юриспруденції внаслідок досліджень Рудольфа фон Єринга набуває популярності категорія “інтерес”, а метою права оголошується захист інтересів. Відтак різниця між приватним та публічним правом вбачається, перш за все, у відмінностях у інтересах, які мають захищатися першим та другим: приватне право захищає приватні інтереси окремих осіб, публічне право — інтереси держави, загальні, суспільні інтереси. Таким чином, у цій теорії органічно сполучаються два критерії — інтерес та ініціатива захисту (матеріально-формальна теорія)<sup>4</sup>.

Оскільки противники цього вчення вказували, що загальні інтереси — це сукупність приватних інтересів, а тому публічне право, захищаючи загальні інтереси, захищає і приватні інтереси також, і навпаки, — приватне право у підсумку захищає загальні інтереси<sup>5</sup>, в процесі дискусії було запропоноване таке уточнення: “Приватним правом учиняється нормативний захист (захист за допомогою повелінь), що надається інтересам приватних осіб проти приватних осіб, бо правопорядок надає тому, хто захищається, засіб для усунення порушення його права, котрий використовується ним на власний розсуд і за власною ініціативою... На протилежність нормам, порушення яких тягне для потерпілої особи порушення її приватного інтересу і приватний (цивільний) позов, норми публічного права — це такі, порушення яких обумовлює вчинення публічно-правового позову. Він має місце тоді, коли будь-який орган держави уповноважений і зобов’язаний до втручання *ex officio*”<sup>6</sup>.

Щоправда, при цьому зазначалося, що це висловлювання стосується лише права суб’єктивного, оскільки природа об’єктивного права єдина, має публічний характер і не може поділятися на приватне й публічне, а отже кожне порушення норми права є порушенням права публічного.

Але такій позиції, у свою чергу, суперечить міркування, що “природні права” людини належать до приватного права та існують незалежно від того, чи визнані вони об’єктивним правом, чи ні. Іншими словами, вони є об’єктивними в силу своєї природності, невідчужуваності від людини, і вважаються такими, що надані Богом.

Крім згаданих, були запропоновані й інші критерії розмежування приватного та публічного права. Зокрема, зазначалося, що поділ права на приватне і публічне має критерієм суб’єктів правовідносин. Публічне, або державне право визначалось як сукупність законів, що регулюють права і обов’язки між монархом і підвладними або між державою і громадянами. Приватне право — це сукупність законів, що регулюють права і обов’язки між підвладними або між окремими громадянами.

<sup>3</sup> Д. 1.1.1.2. Дигести Юстиніана. — Т. 1: Пер. с лат. / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. — М.: Статут, 2002.

<sup>4</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000. — С. 515

<sup>5</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1898. — С. 165-183.

<sup>6</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000. — С. 517.



Однак цей напрямок не мав перспективи, оскільки не враховував, що суб'єктом приватних прав (права власності, договірних відносин тощо) може бути також держава та інші соціально—публічні утворення<sup>7</sup>.

Певного поширення набула, так звана, “вольова теорія” Єлінека, суть якої полягає в тому, що право у суб'єктивному смислі трактується 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 — матеріальні елементи у суб'єктивному праві. У свою чергу, окремі інтереси розпадаються на такі, що встановлені переважно задля цілей окремих осіб і такі, які встановлено переважно задля громадських цілей. Визнаний переважно для суспільного інтересу індивідуальний інтерес складає зміст публічного права.

Щодо формального елементу (пріоритетності волі) Єлінек розрізняє два його види: *durfen* і *konnen* (“прагнення, устремління” і “можливість”). *Durfen* буквально перекладається з німецької 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”. *Konnen* означає “могти, бути в змозі” і тут “правопорядок може до природної можливості індивідуума діяти 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”.

Приватне суб'єктивне право, містить у собі як *durfen*, так і *konnen*, а публічне суб'єктивне право — тільки *konnen*. Отже, у приватному праві завжди є “устремління” (*durfen*), а у публічному — лише можливість (*konnen*). 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<sup>8</sup>.

При формуванні радянської правової доктрини склалися три основних підходи: представники першого з них визнавали поділ права на приватне і публічне притаманним будь-якій правовій системі взагалі<sup>9</sup>; інші автори, не заперечуючи абстрактну можливість поділу права на публічне і приватне, разом з тим, не визнавали можливість такого поділу, як у радянському праві, так і в буржуазному праві доби імперіалізму<sup>10</sup>; прихильники третьої точки зору протиставляли систему буржуазного права з його традиційним поділом на приватне і публічне системі радянського права і надавали вирішальне значення публічному праву, керуючись ленінською тезою: “Для нас все у галузі господарювання є публічним, ми нічого приватного не визнаємо”<sup>11</sup>.

З часом публічне право “забарвило” всю систему радянського права, хоча існування його, як галузі, офіційно не визнавалося.

Лише після формування на теренах СРСР в результаті дії низки чинників об'єктивного та суб'єктивного характеру нового курсу на побудову демократичної правової держави, змінюється ставлення до дуалізму права.

При цьому, у відповідності із “законом маятника” відбувається зміна пріоритетів з наданням переваг приватному праву і навіть, деякою переоцінкою його можливостей. Приватне право розглядається як носій правового прогресу, галузь, що захищає основні цінності цивілізованого

<sup>7</sup> Харитонов Є.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право Украины: Учебник. – Х.: ООО Одиссей, 2004. – С. 75.

<sup>8</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве / Вступ. ст. д.ю.н., проф. И.Ю. Козлихина. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. – С. 376.

<sup>9</sup> Агарков М.М. Ценность частного права // Избранные труды по гражданскому праву: В 2-х т. – Т. 1. – М.: Центр ЮринфоР, 2002. – С. 50-51, 94-105.

<sup>10</sup> Гойхбарг А.Г. Основы частного имущественного права. – М., 1924. – С. 8-9.

<sup>11</sup> Рейснер М. Право. Наше право. Чужое право. Общее право. – М.-Л.: Госиздат, 1925. – С. 227.



суспільства — свободу і приватну власність, до чого тогочасне радянське суспільство виявилось неготовим.

Але після появи праць С.С. Алексєєва, В.С. Нерсєсянца, П.М. Рабиновича, Ю.А. Тихомирова, З.М. Черніловського та інших авторів, присвячених цій проблемі, вимальовуються більш зважені підходи до оцінки цих галузей, а відтак публічне та приватне право розглядаються як дві рівнозначні й однаково важливі складові частини загального феномену права.

Сформоване у пострадянській теорії права методологічне підґрунтя дає можливість провести аналіз відмінностей між правом публічним і приватним, з метою встановлення на цій основі поняття та ознак "публічності" та "приватності" і на цій основі дати визначення публічного та приватного права, головними проявами яких на рівні національного законодавства є право адміністративне та право цивільне.

Слід зазначити, що, як не парадоксально, але на тлі багаторічного ігнорування радянськими правознавцями самої категорії приватного права його визначення та характеристика особливих труднощів не викликає. Це пояснюється сплеском активності досліджень цієї галузі права, який почався у вітчизняному правознавстві у добу "перебудови" кінця 80-х років і особливої активності набув на межі тисячоліть<sup>12</sup>. Характерною рисою цих розвідок, на відміну від автаркічних за типом досліджень радянського правознавства, є їхня "відкритість" для використання наукових надбань, виконаних на іншому правовому матеріалі, що забезпечило їхнє достатньо надійне методологічне підґрунтя.

З врахуванням теоретичних здобутків у сфері дослідження категорії приватного права, його можна визначити як сукупність ідей, принципів, правил і норм, що стосуються визначення статусу окремих осіб, котрі не є фігурантами держави, не знаходяться у взаєминах влади та підпорядкування одне щодо одного, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи.

Характерними рисами приватного права є рівність учасників відповідних відносин, їхня ініціативність при встановленні правовідносин, вільний розсуд при обранні правил поведінки, прямо не заборонених законом, позовний порядок захисту прав та інтересів його суб'єктів у суді тощо. Значною мірою ці риси визначаються сутністю приватного права, як такої частини об'єктивного права, де через відповідні інститути втілюється у зовнішніх відносинах природне "право свободи"<sup>13</sup>.

Що стосується характеристики публічного права, то йому в юридичній літературі уваги приділялося значно менше. (До того ж, зазвичай, предметом дослідження було не стільки "публічне право", скільки "публічна влада". Наприклад, М. Оріу характеризував свою працю "Основи публічного права" як "теорію держави", що більше відповідає змісту останньої)<sup>14</sup>. Це можна пояснити тим, що важливою ознакою публічного права є те, що воно пов'язане з реалізацією публічної влади, є її продовженням, з усіма позитивними і негативними потенціями останньої<sup>15</sup>.

Влада, що визначає характер, сутність публічно-правових відносин, є таким суб'єктно-об'єктивним відношенням, яке сполучає єдність владного суб'єкту та підпорядкованого об'єкту. Втіленням цього відношення виступає саме суб'єкт влади, який в своїх рішеннях окреслює як

<sup>12</sup> Алексєєв С.С. Частное право: Научно-публицистический очерк. – М., 1999; Азімов Ч. Поняття і зміст приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 3. Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2.

<sup>13</sup> Алексєєв С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. – М.: Издательство НОРМА, 1998. – С. 185.

<sup>14</sup> Оріу М. Основы публичного права: Пер. с франц. – М.: Изд-во Коммунист. акад., 1929. – С. 3.

<sup>15</sup> Алексєєв С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. – М.: Статут, 2000. – С. 14.



свої дії, так і поведінку підвладних осіб, а також має матеріальні та духовні засоби, що гарантують здійснення запланованого процесу<sup>16</sup>. Відповідні відносини “регулюються виключно розпорядженням, що надходить з одного єдиного центру, яким є державна влада... Регулюючи ці відносини з власної ініціативи і виключно своєю волею, державна влада принципово не може допустити в цих сферах поруч із собою жодної іншої волі, жодної іншої ініціативи. Тому норми, що видаються владою, мають виключно примусовий характер і це характерне для всіх галузей публічного права”<sup>17</sup>.

Публічна влада характеризується, по-перше, легальністю застосування сили у межах держави, по-друге, верховенством і обов’язковістю її рішень для будь-якої іншої влади, знеособленістю, загальністю, а також моноцентричністю (тобто, наявністю єдиного центру прийняття владних рішень), різноманітністю ресурсів тощо.

У свою чергу, все це знаходить відображення в імперативному методі правового регулювання, який визначає характер публічних відносин, одним із учасників яких обов’язково є суб’єкт публічної влади, внаслідок чого регулювання відносин “згори — вниз” здійснюється на владних засадах (метод субординації), тоді як диспозитивний метод (метод координації) характеризується регулюванням відносин на засадах ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин: на процес такого регулювання впливає активність учасників суспільних відносин, що регулюються за його допомогою.

З урахуванням сказаного, можна визначити публічне право, як сукупність правових норм, що складають особливу функціонально-структурну систему, яка за допомогою приписів імперативного характеру регламентує відносини за участю держави, а також між суб’єктами, що є фігурантами держави, або знаходяться у взаєминах влади та підпорядкування.

Звідси, отже, й ознаки публічного права: різний правовий статус учасників публічних правовідносин; ієрархічність становища і різний обсяг владних повноважень у осіб, що такими повноваженнями наділяються; наявність власної, “відомчої” юрисдикції; відсутність орієнтації на вирішення спірних питань незалежним судом.

З розвитком демократії ці принципи збагачуються новими інститутами демократичного порядку (гарантіями для громадян, демократичними процедурами тощо), сполучаються з іншими підрозділами гуманістичного права, але це не змінює самої природи публічного права і не тягне його переродження у право приватне, як на те натякають деякі науковці<sup>18</sup>.

Поділ права на публічне і приватне зазвичай слугує підґрунтям розмежування на національному рівні права цивільного і адміністративного, як головних галузей регулятивного права.

Проте, було б не виправданим обмежитись розрізненням у структурі національного права лише цих двох галузей, як відповідників права приватного і публічного. Вона виглядає складнішою внаслідок необхідності забезпечити на національному рівні юридичну першооснову усіх інших галузей національного права, що зумовлює існування конституційного права.

Стосовно визначення місця конституційного права слід зазначити, що його не можна беззастережно віднести до сфери публічного права, хоча така оцінка цієї галузі є достатньо традиційною.

Конституційне право не є галуззю публічного права, тому що воно — втілення норм природного права на національному рівні, база усього національного законодавства. Відповідно і Конституцію України не можна вважати актом публічного права. Адже за сутністю, функціями

<sup>16</sup> Зуев В.И. Власть в системе политологических категорий // Государство и право. – 1992. – № 5. – С. 90-96.

<sup>17</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – Петроград, 1917. – С. 13.

<sup>18</sup> Дерещ В.А. Управлінські відносини між органами виконавчої влади: питання типології // Адміністративна реформа в Україні: шлях до Європейської інтеграції: 36. наук. праць. – К., 2003. – С. 234.



та призначенням, вона виступає як закон універсальної дії, котрий закріплює на національному рівні положень природного права, а отже, може бути кваліфікованим як фундамент усього національного законодавства, — як публічно-правового, так і приватноправового характеру.

Більш того, Конституцію можна вважати, перш за все, джерелом права приватного. Публічне право має стосовно приватного обслуговуючу роль і це відображено у Конституції (спочатку у ній встановлюються права людини, а потім — конституційний лад, режим тощо).

Варто звернути увагу і на закономірність, що існує в конституціях демократичних держав: права приватної особи в них однакові, відрізняється ж друга частина — публічно-правова. Але навіть і ця частина у конституціях поділяється, у свою чергу, на дві: постійну та перемінну. Постійна частина відображає норми природного права: демократію, виборність, звітність, розподіл влад тощо. Це спільне для всіх демократичних держав. Перемінна частина зумовлена національними традиціями, відповідно до яких визначається функціонування парламенту, його структура, устрій суду, національна символіка тощо.

З врахуванням сказаного, ядром національної правової системи можна визнати: конституційне право — як основу усіх інших галузей, інститутів і норм, а також галузі "першого рівня" — цивільне, адміністративне і карне (кримінальне) право.

Від цих трьох основних матеріальних галузей права (цивільного, адміністративного, кримінального права) вибудовуються генетичні, функціональні і структурні зв'язки до відповідних, похідних галузей: фінансового, податкового, трудового, земельного і т.п. права.

Таке визначення структури права припускає і відповідну систему національного законодавства, у якій Конституція і Кодекси вказаних галузей права мають слугувати основою усього іншого законотворення.

Отже, до сфери публічного права традиційно належать адміністративне, карне, міжнародне публічне право тощо. (Щоправда, слід зазначити, що стосовно належності міжнародного публічного права також виникають певні сумніви: якщо за основний критерій брати метод правового регулювання галузі, то засобом визначення взаємин між державами є не імперативний, а диспозитивний метод)<sup>19</sup>.

До сфери приватного права належать, передусім, цивільне право, сімейне право, міжнародне приватне право тощо. Цей перелік не є незмінним, він змінюється, поповнюється новими галузями тощо.



<sup>19</sup> Явич Л.С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976. — С. 131.