

Б. М. Дронів

**ВЗАЄМОВПЛИВ
ПРИВАТНОГО І ПУБЛІЧНОГО ПРАВА:
СУЧАСНА
КОНТИНЕНТАЛЬНО-ЄВРОПЕЙСЬКА
ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА**

Монографія

Харків
«Право»
2018

УДК 340.5(4):001.5-043.2

Д75

Рецензенти:

Р. А. Калужний – доктор юридичних наук, професор, заступник директора навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету;

Д. В. Лук'янов – доктор юридичних наук, професор кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Національної академії правових наук України;

О. В. Волошенюк – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри загальноправових дисциплін факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ;

І. В. Крицак – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри теорії та історії держави і права Харківського національного університету внутрішніх справ

Дронів Б. М.

Д75 Взаємовплив приватного і публічного права: сучасна континентально-європейська теорія і практика : монографія / Б. М. Дронів. – Харків : Право, 2018. – 192 с.

ISBN 978-966-937-524-7

Монографію присвячено актуальним питанням взаємного впливу приватного і публічного права в умовах поглиблення процесів юридичної конвергенції в країнах континентальної Європи. Сформульовано сутність і критерії поділу права на приватне й публічне, систематизовано чинники, що спричиняють їх взаємне проникнення, розкрито основні напрями конвергенції приватного і публічного права. Особливу увагу приділено поглибленню взаємозалежності між нормативно-правовим актом і договором, їх зближенню, виникненню змішаних джерел; проблемним питанням структури правового статусу суб'єктів приватного і публічного права; закономірностям виникнення змішаних інститутів і галузей права.

Для практикуючих юристів, науковців, викладачів, студентів і аспірантів юридичних ЗВО, усіх тих, хто цікавиться проблемами теорії права та юридичної компаративістики.

УДК 340.5(4):001.5-043.2

ISBN 978-966-937-524-7

© Дронів Б. М., 2018
© Видавництво «Право», 2018

ВСТУП

Поділ права на приватне й публічне є однією з відмітних рис континентально-європейського (романо-германського) права. Він об'єктивно зумовлений складністю й неоднорідністю суспільних зв'язків і відносин, які потребують нормативної регламентації, підкреслює системний характер права, його спрямованість на регулювання різноманітних сфер соціальної та індивідуальної життєдіяльності.

Протягом століть, починаючи з часів античності, питання співвідношення приватного і публічного права було предметом численних дискусій між представниками різних правових шкіл. Висловлювалися різні думки стосовно критеріїв поділу права на приватне і публічне, їх співвідношення, віднесення тієї чи іншої галузі до приватного чи публічного права тощо. Часом ці дискусії набували ідеологічного забарвлення, як це було за радянських часів, коли офіційна ідеологія відкидала вказаний дуалізм права, вважаючи його буржуазним пережитком.

Створення суверенної української держави, демократизація суспільно-політичного життя, формування громадянського суспільства спричинили необхідність відмови від багатьох ідеологічних постулатів минулого. Розвиток сучасної юридичної науки відбувається за умов плюралізму думок і методологічних підходів до розкриття природи складних юридичних явищ. Намагання України увійти до європейського правового простору викликає необхідність адаптації правової теорії та практики до цивілізаційних засад континентальної Європи, відновлення втрачених генетичних зв'язків із фундаментальними категоріями римського права. Такими засадничими категоріями, безумовно, є приватне й публічне право.

Слід також звернути увагу на рухливість публічних і приватних інтересів, які демонструють тенденцію до зближення, взаємного проникнення на різних етапах історичного розвитку держави і суспільства. Сучасна динаміка правових систем світу ставить перед науковцями низку важливих питань, пов'язаних із розвитком та взаємним впливом приватного і публічного права. Взаємодія публічного й приватного права відображає рухливий баланс інтересів політичних сил, державного устрою, механізмів управлін-

ня, міри свободи й самостійності громадян у сучасному світі тощо. У більш широкому сенсі мова може йти про втілення в публічному та приватному праві співвідношення держави і громадянського суспільства, розкриття глибинних відмінностей та зв'язків між ними. Крім того, заслуговують на увагу й суто юридичні аспекти взаємодії різних елементів системи права, впливу одних галузей та інститутів права на інші. Відповідно до цього за сучасних умов можна говорити про тенденцію взаємопроникнення приватного і публічного права, взаємного залучення ними відповідного юридичного інструментарію, тобто про конвергентні процеси між ними, яким у попередніх вітчизняних та зарубіжних наукових дослідженнях не приділялося достатньої уваги.

Отже, дослідження процесів і наслідків взаємовпливу приватного й публічного права є актуальним як з точки зору загальнотеоретичної характеристики феномену права, поглиблення уявлень про його системний характер, тенденції розвитку в сучасних історичних умовах, так і з позиції європейської інтеграції України, адаптації національного законодавства до європейських стандартів.

Розділ 1

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИВАТНОГО І ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

1.1. Стан національної та зарубіжної розробки теми дослідження

Питання розмежування публічного й приватного права, їхнього співвідношення в системі права й визначення критеріїв поділу є однією з центральних проблем юриспруденції в країнах континентальної Європи. Важко пригадати іншу проблему теорії права, яка викликала б стільки дискусій та спричинила співіснування різноманітних точок зору. Як влучно зауважив М. М. Агарков, це «питання, якому так пощастило в науці за кількістю та якістю присвяченої йому літератури й не пощастило у частині загальноприйнятого його вирішення»¹. Між тим, за словами Й. О. Покровського, цей розподіл є важливим надбанням юридичної думки, становлячи неодмінний базис наукової й практичної класифікації правових явищ². У свою чергу, Г. Ф. Шершеневич підкреслював, що, незважаючи на звичність і повсякденність розрізнення приватного і публічного права, воно скоріше усвідомлюється інстинктивно, ніж ґрунтується на точних ознаках³. На нашу думку, поділ права на приватне й публічне можна віднести до одного з «культурних кодів правосвідомості»⁴, які становлять ментальну основу європейського права.

¹ Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 29.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. С. 37.

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М. : СПАРК, 1995. С. 9.

⁴ Малинова И. П. Философия правотворчества. Екатеринбург : Урал. гос. юрид. акад., 1996. С. 39.

Коріння цього поділу сягає часів античності. Ще Демосфен наголошував на тому, що існують «два види правових відносин, які відображені в законах усіх держав. Перший із них визначає відносини між співгромадянами, існуючі між ними зв'язки. На їхній основі вирішуються приватні справи, ними регулюється життя співтовариства людей. Інший вид таких відносин визначає, як ми повинні поводитися стосовно суспільства й держави... Закони, які регулюють приватноправові відносини, дійсно повинні бути м'якими й гуманними стосовно більшості народу. Навпаки, ті, які лежать в основі державного права, повинні бути жорсткими й суворими... тому що тільки за такої умови можна обмежити шкоду, яку політичні діячі здатні заподіяти більшості народу»¹. Подібним чином і Аристотель виокремлював два види права: «Один вид... права пов'язаний з розподілом (*en tais dianomais*) почестей, майна й усього іншого, що може бути поділене між співгромадянами певного державного устрою... Інший [вид] – спрямовуюче право при взаємному обміні (*synallagmata*)»². Розглядаючи питання правомірної та протиправної поведінки, Аристотель вказує, що вчинки, які відповідають справедливості й суперечать їй, можуть бути двох родів: вони можуть стосуватися або однієї певної особи, або цілого суспільства; так людина, що чинить перелюб і завдає побої, вчиняє несправедливо стосовно однієї певної особи, а людина, що ухиляється від відбування військової повинності, діє несправедливо стосовно всього суспільства³.

Загалом, на думку С. Рабіновича, основою поділу права на приватне і публічне слід визнати властивий західній культурі аристотелівський дискурсивно-аналітичний підхід до соціальних явищ. Історичне виокремлення в суспільстві й у праві приватного та публічного виявило певний рівень розвитку античної ціннісної свідомості, у якій позначилося відчуття межі між благами автономного індивіда – приватного власника, з одного боку, та спільним благом політичної

¹ Демосфен. Речи : в 3 т. / пер. с греч. под ред. Е. С. Голубцовой, Л. П. Маринович, Э. Д. Фролова. М. : Памятники ист. мысли, 1994–1996. Т. 1. М., 1994. С. 295.

² Аристотель. Этика / пер. Н. В. Брагинской, Т. А. Миллер. М. : АСТ, 2002. С. 136.

³ Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории. Минск : Литература, 1998. С. 826.

спільноти, з іншого¹. Н. Л. Дювернуа бачив у поділі права на публічне й приватне прояв ідеї сполучення свободи й необхідності в суспільній свідомості. На Сході немає місця свободі індивідуума, східна свідомість ґрунтується на злитті релігії, моральності й права, що породжує ідею необхідності, підпорядкованості особистості заповідям Божим. «У світі еллінському історично здійснюється інша ідея. Це, на противагу Сходу, втілення індивідуалізму. У Греції – світ свободи, що підіймається лише до єдності ідеї... Рим приймає у свої надра обидві ці ідеї, ідею свободи (Греція) і необхідності (Схід), із яких складається право»².

Класичний поділ права на приватне й публічне ми знаходимо в римському праві. Тит Лівій наголошував на тому, що закони XII таблиць, будучи збіркою всього римського права, виступали джерелом публічного й приватного права³. За словами Ульпіана, «...вивчення права розпадається на дві частини: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (належить) до становища римської держави, приватне, яке (належить) до користі окремих осіб...»⁴. З огляду на слова Ульпіана «вивчення права» можна зробити висновок, що вказаний поділ мав насамперед не стільки нормативний, скільки дидактичний характер. Протягом тривалого часу позитивне право створювалося й розвивалося без урахування даної диференціації. Автори давніх правових зведень прагнули групувати статті за їхнім змістом, але чіткої різниці між правом кримінальним, цивільним або процесуальним вони не проводили. Це розрізнення, звичайне для сучасного права, дуже довго не усвідомлювалося⁵. Ю. С. Гамбаров підкреслює, що історичне співвідношення між при-

¹ Рабінович С. Субсидіарність як природно-правова засада юридичного регулювання // Право України. 2006. № 1. С. 26.

² Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. Введение и часть общая. СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1902. С. 33.

³ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М. : Статут, 2003. С. 121.

⁴ Дигесты Юстиниана : Избранные фрагменты / пер. и прим. М. С. Перетерского ; отв. ред. Е. А. Скрипилев. М. : Наука, 1984. С. 157.

⁵ История государства и права зарубежных стран : учеб. для вузов : в 2 т. / отв. ред. Н. А. Крашенинникова и О. А. Жидков. Т. 1 : Древний мир и Средние века. М. : Норма, 2004. С. 123–160.

ватним (цивільним) і публічним правом можна охарактеризувати як стан первісної злитості того й іншого, з якого, тобто із цього стану злитості, публічне й цивільне право виходять лише поступово шляхом повільного історичного процесу¹. На думку В. С. Нерсесянца, римські юристи в доктринальному плані не трактували сучасне їм право як сукупність публічно-правових та приватноправових галузей права. «Такий розподіл галузей права на галузі публічного права й галузі приватного права склався в наступній європейській юриспруденції й міцно затвердився в доктрині права в буржуазну епоху – в умовах деполітизації сфери приватного життя й різкого розмежування сфер приватних і публічно-політичних відносин, відділення громадянського суспільства від держави (політичної спільноти), розрізнення прав приватного суб'єкта (члена громадянського суспільства) і прав публічного суб'єкта (громадянина, члена публічно-політичної спільноти)»². Натомість Д. Д. Грімм наголошує на практичному походженні поділу права на публічне й приватне. «Не теоретичні, а практичні мотиви спонукали римських юристів до встановлення цієї різниці. Їм потрібно було просто відзначити той факт, що діяльність держави та її органів регулюється іншими нормами, ніж діяльність приватних осіб»³.

В епоху середньовіччя поділу права на приватне й публічне уваги майже не приділялося, у чому Г. Радбрух бачить прояв сутності станової держави. Військова й податкова повинності, найважливіші обов'язки підданих у німецькій державі середньовіччя не вважалися заснованими на властивості підданства, а лише на особливій згоді з боку зобов'язаного: військова повинність – на ленному договорі між сюзереном і васалом, а податкова повинність – на договорі між монархом і станами. Тобто, з одного боку, панувала приватноправова угода, а з іншого боку, приватне право багато в чому було пов'язане з публічно-правовими, наприклад, військовими, обов'язками, тому

¹ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М. : Зерцало, 2003. С. 58.

² Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М. : НОРМА, 1999. С. 433.

³ Гримм Д. Д. Курс Римского права. Т. 1. Введение. Учение об основных понятиях. СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1904. С. 80–81.

й повна приватноправова дієздатність була пов'язана з публічно-правовою передумовою бойової здатності¹.

Більш важливого значення поділ права на публічне й приватне набуває лише у XVI–XVII століттях, коли на зміну школі постглюсаторів приходить гуманістична школа (так званий гуманістичний напрям у юриспруденції, найбільш широко представлений французькими юристами). Саме в цей час юридична наука закликала повернутися до початкових текстів *Corpus Juris Civilis*, не обтяжених численними коментарями глосаторів і постглосаторів, які тлумачили римські норми відповідно до середньовічних уявлень про право. Один із найбільш відомих представників французької школи Донелл (*Donellus*, 1527–1591) вважав основним завданням юриспруденції виведення загальних принципів із римських текстів, абстрагуючись від історичних особливостей. Коментуючи Кодекс Юстиніана, він в основу поклав поділ права на публічне й приватне. Однак Донелл при цьому лише частково спирався на формулу Ульпіана й самостійно розробляв критерії для поділу права. До публічного права, як протилежності приватного, він відносив усі справи, без яких не могла існувати держава. Між іншим, до такого роду справ він відносив і народження дітей. Характерно, що в Донелла не було сумніву, що одну й ту ж саму справу (хоча б народження дітей) можна розглядати як з погляду публічного, так і з погляду приватного права². Голландський юрист XVII ст. Гуго Гроцій також розподіляв право на приватне й публічне за критерієм рівності та нерівності. «Подібно до того, як одні співтовариства вільні від нерівності, наприклад, взаємні відносини братів, громадян, друзів або союзників, інші ж, навпаки, не вільні від нерівності та, за словами Аристотеля, допускають перевагу, наприклад, у правах батьків щодо дітей, хазяїна щодо раба, царя щодо підданих, Бога щодо людей, так і один

¹ Радбрух Г. Введение в науку права / пер. М. М. Островская, И. З. Штайнберг ; вступ. ст. Б. Кистяковский. М. : Труд, 1915. С. 36–37.

² Нестерова Э. Э. Историко-теоретические основания учения о разделении права на публичное и частное в западноевропейской и российской правовой науке : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. М., 2003. С. 23–25.

вид справедливості складається у відносинах між рівними, а інший – у відносинах між пануючими й тими, хто підкоряється. Тому ми навряд чи помилимося, якщо цей останній вид назвемо правом панування, а перший – правом рівності»¹.

Кантівське трактування поділу права на приватне і публічне пов'язане з осмисленням природного права. «Основний поділ природного права, писав Кант, – це не те, що досі вважалося: право природне і право суспільне. Воно має бути таким: право природне і право громадянське, з яких перше повинно називатися приватним правом, а друге – публічним. Справді, природному стану має протиставлятися не суспільний, а громадянський, оскільки в природному стані може бути суспільство, але не може бути громадянського суспільства. Ось чому перше із зазначених прав іменується правом приватним»². Розвиваючи ідеї Канта, Ф. Цейллер у своїй роботі «Природне приватне право» встановлює межі між приватним і публічним правом. Згідно з Цейллером, «залежні від розумної природи людини права й правомірні посади можуть бути вироблені із загального, їм властивого начала. Відповідно до цього вони становлять власну науку, за назвою природного права». Природне право він поділяє на позасуспільне й суспільне. До позасуспільного права він відносить право «окремих людей, сімейств і народів між собою», до суспільного права – «право сімейне й державне (громадянське)». Критерієм розподілу природного права на приватне і публічне є залежність або незалежність людини від публічної влади. Приватне право ґрунтується на позасуспільних, первісних, природжених правах (право самозбереження); на правах, що набуваються (мають договірну природу), і на суспільних правах членів сімейства. Публічне або загальне право засноване на законному суспільному співвідношенні членів держави (громадянства) між верховним главою й підданими, між громадянами порізно

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М. : Ладомир, 1994. С. 69.

² Мадіссон В. В. Основи філософії приватного права : навч. посіб. Київ : Школа, 2004. С. 31.

(природне державне право), а також на позасуспільному правомірному відношенні держав між собою (природне право держав – право народне (Staaten recht, ius gentium)¹.

Е. Е. Нестерова наголошує на тому, що в основу розрізнення публічного й приватного права було покладено політико-правову ідею розмежування громадянського суспільства й держави. По-перше, для обмеження всесилля абсолютистської держави потрібні були особливі норми; по-друге, щоб наголосити на ідеї про те, що суспільство й держава – не одне й те саме, потрібні були дві різні сфери права: одна – для індивіда, громадянського суспільства, інша – для держави. Тому лише в період буржуазних революцій XVIII–XIX століть виявилася актуальною і своєчасною давньоримська класифікація, яку запропонував Ульпіан у III ст. н. е.²

XIX ст. стало не лише епохою всеосяжної європейської кодифікації, але й періодом численних наукових розвідок досліджуваного нами питання. Слід сказати, що дані процеси багато в чому взаємопов'язані. Наприклад, Мерріман вважає, що поділ права на публічне й приватне має ідеологічне підґрунтя, він є виразом тих напрямів економічної, соціальної й політичної думки, що домінували у XVII і XVIII століттях, які стали основою прояву в цивільних кодексах Франції, Австрії, Італії й Німеччині у XIX ст. Кодифіковане цивільне право було серцем приватного права, а домінуючими концепціями відповідних кодексів були індивідуальна приватна власність і індивідуальна свобода договору, захищена від втручання держави. Мерріман підкреслює, що ця ідеологія лібералізму була сприйнята юридичними вченнями XIX ст. Він також підкреслює, що одним із головних досягнень німецьких пандектистів було піднесення цієї ідеології до високосистематизованого й абстрактного рівня юридичної науки; вони зробили це настільки добре, що ці сутнісні позиції XIX ст. були збережені в більшості європейських правових учень XX ст. «Фундаментальни-

¹ Цейллер Ф. Естественное частное право : пер. с нем. СПб. : Имп. акад. наук, 1800. С. 25–27.

² Нестерова Э. Э. Историко-теоретические основания учения о разделении права на публичное и частное в западноевропейской и российской правовой науке. С. 42–43.

ми концепціями німецької доктрини є юридичні формулювання ролі індивідуальної автономії в праві, і вони діють у сфері, що збігається зі сферою приватного права»¹. Особливо багато авторів, що зверталися до проблеми поділу права на приватне й публічне, працювали саме в Німеччині. Достатньо пригадати, наприклад, таких науковців, як Бірлінг, Гірке, Елінек, Іерінг, Моль, Мюленбрух, Пухта, Регельсбергер, Реслер, Савіні, Тон, Фріккер, Шлосман, Шталь, Штамлер.

У Росії дореволюційного періоду інтерес до даної проблеми виник у середині XIX ст., відколи з даної проблематики свою думку висловлювали багато видатних учених-правознавців, зокрема: К. Д. Кавелін, М. М. Коркунов, Л. І. Петражицький, Й. О. Покровський, Д. І. Меєр, С. А. Муромцев, Б. Н. Чичерін, Г. Ф. Шершеневич та ін. Якщо в німецькому праві до давньоримської ідеї розподілу права на публічне й приватне звернулися у зв'язку з розвитком громадянського суспільства й актуалізацією прав особистості, то в Російській імперії причини були зовсім іншими. Так, К. Д. Кавелін, з огляду на специфіку історичного розвитку Росії, вважав, що саме створення централізованої Московської держави створило передумови до пробудження особистісного начала. Тобто, якщо в Західній Європі особистість формувалася в боротьбі із загальнодержавними інтересами, опираючись при цьому на приватне право, приватні об'єднання, союзи й кооперації, то в Росії особистість народжувалася, долучаючись до загальнодержавного начала, загальнонародної справи, у такий спосіб з'єднуючи в собі патріотичні й індивідуалістичні начала².

Значний внесок у розвиток теорії приватного й публічного права зробив Й. О. Покровський, запропонувавши критерієм їхнього розмежування вважати «централізацію» та «децентралізацію» правового регулювання. Позитивне публічне право характеризується прийомами юридичної централізації. Відносини в суспільстві регулюються винятково директивами, що виходять з єдиного центру – державної влади. Приватне право – це галузь юридичної децентралізації,

¹ Merriman J. H. The civil law tradition. Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. Stanford, CA : Stanford University Press, 1985. С. 91–98.

² Кавелін К. Д. Что есть гражданское право и где его пределы? СПб. : Тип. Императ. Акад. Наук, 1864. С. 17.

яке передбачає за своєю сутністю наявність багатьох автономних центрів. Якщо публічне право є системою субординації, то цивільне – системою координації. Якщо перше – це галузь влади і підкорення, то друге – це галузь свободи і приватної ініціативи¹.

На думку Б. Н. Чичеріна, корінням будь-якого права є свобода особистості, а тому основні визначення права стосуються саме особистісних, або приватних, відносин. Суспільні об'єднання створюються над ними як вищий порядок, який не знищує, а тільки доповнює приватні відносини. Звідси – основний поділ права на приватне і публічне. Першим визначається галузь приватних, або цивільних, відносин, другим – створення і діяльність об'єднань, що утворюють єдине ціле².

М. М. Коркунов розробив власну оригінальну теорію поділу права на приватне й публічне. Її специфіка полягає в тому, що критерієм розрізнення приватного й публічного права є спосіб розмежування інтересів суб'єктів права. Автор виділяє два способи: по-перше, розподіл об'єкта користування в приватне володіння, тобто, інакше кажучи, встановлення «мого й твого»; по-друге, пристосування об'єкта до спільного користування. Отже, перший спосіб розмежування належить до приватного, а другий – до публічного права. Згідно з цією теорією найбільш характерні відмінності між приватним і публічним правом виражаються у способах набуття і втрати прав, а також у розрізненні їхнього змісту. М. М. Коркунов вважав, що приватні права набуваються в силу обставин, що мають винятково індивідуальний характер і належать тільки самому індивідові. У публічному праві об'єктом користується ціла група осіб, тому при такому користуванні не потрібно особливого акту набуття таких прав. Крім того, у приватному праві чітко розмежовуються правоздатність і правоволодіння: правоздатність мають усі, а володіє правом лише той із правоздатних, хто дійсно отримав у володіння певний об'єкт. У публічному праві вказані категорії збігаються: той, хто має правоздатність, має й відповідне право (наприклад, той, хто відповідає загальним вимогам виборчої правоздатності, водночас має й право голосу)³.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. С. 61.

² Чичерин Б. Н. Философия права. СПб. : Наука, 1998. С. 94.

³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. С. 222–226.