













ству иных маленьких центров, которые рассматриваются в качестве некоторых самостоятельных социальных единиц, в качестве субъектов права.

Государственная власть здесь предоставляет этим субъектам регулирование своих взаимных отношений, устанавливая лишь для этих отношений известные рамки и некоторые правила – образцы для восполнения недостающей или недостаточно определенной воли сторон.

В пределах этих рамок и образцов государственная власть принимает на себя защиту всех прав, которые будут установлены в соответствии с ними.

\* \* \*

Проф. Покровский обращает внимание еще на одно различие между публичным и частным правом.

Нормы публичного права носят строго принудительный характер, а в связи с этим и права, предоставляемые отдельным лицам, в качестве органов государственной власти, носят вместе с тем и характер обязанностей.

Наоборот, нормы частного права по общему правилу имеют характер не принудительный, а субсидиарный, восполнительный (*Jus dispositivum*), их применение к отдельным отношениям может быть устранено, ослаблено или заменено частными определениями сторон.

На эту особенность публичного права, в отличие от частного, обратили внимание еще римские юристы, именно Папиниан писал:

«*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*» [40]. В том же смысле высказывались Тель [41] и Брунс [42].

Вследствие этой своей особенности частные права – только права: субъект, которому они принадлежат, волен ими пользоваться, но волен и не пользоваться [43].

Не следует, однако, думать, что все нормы частного права диспозитивны и что, будучи диспозитивными, они лишены принудительности.

В действительности, всякая норма содержит в себе приказ, повеление, все нормы права повелительны, принудительны. Не повелительная норма – не норма. Но там, где в диспозиции нормы стоит то или иное волеизъявление человека, там создается впечатление отсутствия принудительности, но это кажущееся отсутствие принудительности свойственно и чисто принудительным нормам – ведь до известной степени диспозитивны и уголовные законы, так как преступник может, нарушая или не нарушая запрещение, навлечь или не навлечь на себя карательную санкцию. Правда, человек может по своему усмотрению заключить

или не заключить договор определенного содержания (и то не всегда [44]), но если он его заключил, он также обязан исполнить принятые им на себя обязательства, как и в тех случаях, когда его призывают к отбыванию воинской повинности или трудовой повинности, и он обязан идти, его принуждают платить налоги, и он обязан их платить, и т. п.

Вскрывая в этом смысле понятие диспозитивности норм, следует заключить, что из норм частного права диспозитивны только те, где в диспозиции нормы содержится волеизъявление человека, направленное на ее санкцию, следовательно, именно нормы о юридических сделках; там же, где в диспозиции юридическое событие, там определено отсутствует диспозитивность.

Таким образом, не все частноправовые нормы диспозитивны как в отношении возникновения, так и в отношении осуществления правоотношения, и в частном праве имеют место властные приказы.

Далее, не только в публичном праве праву соответствует обязанность его осуществления. Последняя обуславливается не тем, что здесь мы имеем публичное право, а тем, что здесь право субъекта есть не его (или: не только его) право, но право чужое, которое он и обязан осуществлять в чужом интересе. Такое положение бывает и в частном праве, например при представительстве, каковы бы ни были его основания: основанное на законе восполнение недостающей дееспособности, поручение, договор простого или полного товарищества и т.д.

Для нашего вопроса важно не то, что праву соответствует обязанность его осуществления, а то, на чем эта обязанность основана: на властном ли приказе со стороны или же на собственном волеизъявлении обязанного лица (вполне или отчасти); важно также и то, по отношению кого эта обязанность установлена, кто может требовать ее исполнения. Таким образом, в конечном счете все сводится к составу участников данного правоотношения и положению их в этом последнем. На этом мы обнаруживаем тесное соприкосновение теории централизации и децентрализации и теории положения субъекта в правоотношении. Постараемся теперь точно уяснить себе их соотношение.

\* \* \*

Действительно, две разобранные теории – теория положения субъекта в правоотношении и теория централизации и децентрализации – представляют собой, в общем и целом, одно и то же решение вопроса о критерии разграничения частного и публичного права лишь в двух различных плоскостях, с двух различных сторон.











- [23] «Теория права», 2-е изд. II, стр. 658 и сл.
- [24] «Очерки философии права», т. I, Томск, 1914, стр. 560.
- [25] «Общая теория права», III, § 4.
- [26] «Теория права». II, стр. 662 и сл.
- [27] E. Roguin. «La gigne de droit», 1869, p. 144–188; особенно 181.
- [28] «La science juridique pure», 1923, tome III, p. 505–633; особенно стр. 539, где Рогэн придает значение именно «a la qualitt des sujets», но учитывает, как видно из примеров, именно те случаи, когда имеется властное положение государства в правоотношении; стр. 546: «organes, autoritts, d'itelligataires, ou porte-parole de l'itat ou de ses subdivisions, ou qu'ils ont unrflefficiel» это пойдет только к органам гос. власти как таковой; говорит о dro-it de commandement (стр. 547). Рогэн признает существование частнопрового выступления государства, стр. 554–556. Все это показывает, что этот автор придает значение именно властному выступлению государства в правоотношении как признаку публичного права.
- [29] «Определение и основное разделение права», стр. 187–201.
- [30] См., напр., дореволюц. Устав о герб. сборе, ст. 197 и 198.
- [31] Ennecserus. Kipp und Wolff – Lehrbuch des Bьrgerlichen Rechts, I Bd. (1923) § 31; Gierke. Deutsches Privatrecht. I Bd. (1895) § 4; Regelsberger. Pandekten I, § 28, 49; Cosack. «Lehrbuch des Bьrgerl. Rechts», 7 Aufl., I Bd. (1922), §1; Biermann. Bьrgerl. Recht (1908) § 14; Crome. System des deutsch, bьrgerl. Rechts, I (1900), S. 14; Bierling. Juristische Prinzipienlehre I, § 19.
- [32] Трубецкой. «Энциклопедия права» (1913), стр. 204 и сл.; Михайловский. «Очерки философии права», стр. 555 и др.; Кокошкин. «Русское государственное право», Симферополь 1918, стр. 117–119; Тарановский. Учебник энциклопедии права, Юрьев, 1917, стр. 223–239.
- [33] Holliger. «Das Kriterium des Gegensatres zwischen demuffentlichen und dem Privatrecht», 1904.
- [34] см. выше прим. II на тек. стр.
- [35] Цит. соч., ст. 563.
- [36] См. H. Berthiemy. Traitй ййimentaire de droit administratif. 7 йд., Paris, 1943, p. 20 et passim.
- [37] Rudolf Stammler. «Wirtschaft und Recht» (1896), § 10, S. 46, 121; «Die Lehre vom dem richtigen Rechte» (1892), 246, 249, 256 and andere; также в других его сочинениях.
- [38] «Теория права», изд. 2-е (1910), II, стр. 712 и сл.; раньше в «Lehre v. Einkommen», II, S. 462 ff.
- [39] «Основные проблемы гражданского права» (1917), стр. 8 и сл.
- [40] L. 38 Dig de pactis, 2. 14.
- [41] Thul. «Einleitung in das Deutsche Privatrecht» (1851). S. 118.
- [42] Bruns. «Das heutige Rьmische Recht». 5-е Aufl. (1890) S. 435; см. также Брун. «Введение в межд. частное право», стр. 67.
- [43] Brinz. Pandekten 1-е Aufl. S. 48: от воли субъекта частного права зависит осуществление права; близко Haelschner и Lenel (цит. по Брунсу, см. предш. примеч.): от воли субъекта зависит возникновение права.
- [44] Современное право знает большое количество случаев обязательного вступления в договор (Kontrahierungszwang) и фиксации содержания договоров. См. по этому вопросу: Покровский. Основные проблемы гр. права, стр. 242 и сл.; из новых работ – Nipperdey. «Kontrahierungszwang und diktirter Vertrag» (1923).
- [45] Dernburg. Pandekten, I Bd. (1904) § 21, S. 44–46.
- [46] И.А. Покровский. «Основные проблемы гражданского права», 11–12; Г.Ф. Шершеневич. «Общая теория права», III, 558–568.
- [47] Crome. «System des deutschen bьrgerl. Rechte», I Bd. (1900), S. 14.
- [48] Гримм. «Курс римского права», I (1904), § 13, стр. 81 и др.
- [49] Цит. соч., стр. 81.
- [50] См. Hedemann. «Grundzьge des Wirtschaftsrechts», 1922; Rumpf. «Der Sinn des Wirtschaftsrechts», статья в Archiv fur die Civilistische Praxis, 1922; Nuszbaum. «dos neue deutsche Wirtschaftsrecht», 1922; Goldschmidt. «Reichswirtschaftsrecht», 1923 и др.
- [51] «Хозяйственное право», 2-е изд., стр. 8.
- [52] «Основы частного имущественного права», стр. 45–52.
- [53] «Очерки преобразования земельного и гражданского права в буржуазных государствах» (Москва, 1925), стр. 15. См. интересную рецензию на эту книгу С. Прушицкого в «Е.С.Ю.» за 1925 г. № 23: соглашаясь с основными утверждениями и выводами проф. Гойхбарга, автор рецензии вместе с тем обращает внимание на слабое обоснование в рецензируемой книге отрицания разделения частного и публичного права (стр. 854).
- [54] «Общая теория права и марксизм», стр. 67 и сл.
- [55] «Основы частного имущественного права», стр. 48.
- [56] Цит. соч., стр. 67.
- [57] Шретер. «Система промышленного права СССР» (1924 г.), стр. 29, 40–42.
- [58] Шретер. Цит. соч., стр. 40.
- [59] Здесь мы имеем частный случай процесса формализации юридических институтов, отвлечения правовой формы от тех отношений, для регулирования которых они были первоначально предназначены и с которыми была теснейшим образом связана.
- [60] Z. Giacometti. «Ueber die Grenzziehung Zwischen Zivilrechts und Verwaltuagsrechtsinstituten in der Iudikatur des schweizerischen Bundesgerichts» – Tьbingen: Mohr 1924.
- [61] Цит. соч., стр. 51.

### Анотація

У статті досліджується розподіл права на приватне і публічне, що дозволяє у всіх галузях права належним чином врахувати і виразити правове значення і суспільної користі, і приватної користі (громадських і приватних благ та інтересів) в їх взаємопов'язаній єдності. В роботі проводиться порівняльна характеристика думок авторів, а також враховується цілий ряд правових теорій щодо розкриття сутності критеріїв поділу права на приватне і публічне.

**Ключові слова:** приватне право, публічне право, галузь права, суспільна користь, порівняльна характеристика, правова теорія, приватна користь.

**Аннотация**

В статье исследуется деление права на частное и публичное, что позволяет во всех отраслях права надлежащим образом учесть и выразить правовое значение и общественной пользы, и частной пользы (общественных и частных благ и интересов) в их взаимосвязанном единстве. В работе проводится сравнительная характеристика мнений авторов, а также учитывается целый ряд правовых теорий в отношении раскрытия сущности критериев разделения права на частное и публичное.

**Ключевые слова:** частное право, публичное право, отрасль права, общественная польза, сравнительная характеристика, правовая теория, частная польза.

**Summary**

The article passes in review the separation of law on private and public, which allows all branches of law express legal meaning and social utility of private and public profit (public and private goods and interests) in their mutual union. The work carried out comparative characteristics of the authors, but also takes number of legal theories that disclose the criteria for the separation of law on private and public.

**Keywords:** private law, public law, the branch of law, public benefits, comparative description, legal theory, private benefit.