

ЗА РАЗГРАНИЧЕНИЕТО МЕЖДУ ЧАСТНОТО И ПУБЛИЧНОТО ПРАВО ПРИ ОПРЕДЕЛЯНЕ МЯСТОТО НА ГРАЖДАНСКОТО ПРАВО КАТО ЧАСТНОПРАВЕН ОТРАСЪЛ

ИВАН РУСЧЕВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: В студията се обосновава значението на разграничението между частно и публично право, с оглед определяне мястото на гражданското право в системата на частното право. Последователно се оборват твърденията, че това разделение е изгубило място в съвременността, като се разграничава отражението му върху законодателството, върху обективното право, върху правната доктрина и преподаването на правото. Детайлно се подлагат на критичен анализ различните теории за критерия, върху който се извършва това разграничение, от времето на римското право до днес. Съпоставят се по множество критерии особеностите на публичното и на частното право и се предлага оригинална концепция за тяхното разграничение. Откроява се значението на метода на регулиране. Специално внимание се обръща на променената концепция на законодателя през последното десетилетие относно качеството, в което публичен орган участва в концесионния договор и в договора за обществена поръчка (*нарича се public procurement*).

Ключови думи: публично и частно право, критерии за разграничение, публичен орган, частноправни субекти, договори за концесии, договори за обществени поръчки, предмет и метод на регулиране, метод на власт и подчинение (на субординация), метод на равнопоставеност.

* Професор по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, дюн.

ON THE DISTINCTION AMONG PUBLIC AND PRIVATE LAW IN DETERMINING THE STATUS OF CIVIL LAW AS A BRANCH OF PRIVATE LAW

IVAN RUSCHEV*

Civil Law Sciences Chair

Abstract: The present study is to justify the significance of the distinction between private and public law with a view to determining the place of civil law within the system of private law. The assertions that this segmentation has nowadays lost its substance by distinguishing its impact on legislation, on objective law, on legal doctrine, and on law teachings, are consistently disputed. The various theories on the criteria, which this differentiation is based upon, are analyzed in detail, enveloping the range Roman law – contemporary law. The facets of public and private law are compared on many specifications and an original concept of their distinction is proposed. The import of the regulation method is emphasized. Special attention is paid to the shift in the legislator's concept over the last decade, concerning the capacity in which a public body participates in the concession contract and in the public procurement contract.

Key words: private and public law, differentiation criteria, public body, private entity, concession contract, public procurement contract, object and method of regulation, method of authority and subordination, method of equality

Увод

Един учебен курс по основополагаща дисциплина в Юридическия факултет, каквато е Общата част на гражданското право¹ не може да започне без излагане на традиционните въпроси за предмета, метода, мястото на гражданското право (в широк смисъл) в системата на частното право, без да се направи съпоставка и разграничи частното от публичното право, без да се изложи системата на самото гражданско право, както и тази на неговата обща част. Това са все въпроси, които студентите разбираемо пренебрегват и подминават, тъй като за тях са излишно теоретични; по тях преподавателите не изпитват, съобразявайки се с общата настройка на аудиторията. Поради което и интересът им към тях спада, за сметка на актуалните и противоречиво решавани от практиката въпроси на отделните правни институти. Това обаче са проблеми на преподаването, което трябва да държи вниманието и интереса на

* Professor in Civil Law and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Dr. Scienc., Dr. Habil.

¹ По-долу условно наричана гражданско право в тесен смисъл, за да бъде разграничавано от Гражданското право в т.нар. широк смисъл, обхващащо нормите от едноименния отрасъл на частното право, който включва и тези на Общата част, и на облигационното и на вещното, и на семейното и наследственото, на авторското, че и на търговското право. А и по причина, че преподаването на нормите на тези отделни, съставлящи го клонове, се осъществява в различните едноименни учебни дисциплини.

аудиторията буден. По тази причина те и не намират особено широко място в учебните курсове, вкл. по гражданско право, още по-малко – в тези по специалните клонове на гражданското право.

Създаването обаче на наука, изграждането на стройна теория, годна да обясни и да повлияе върху съдебната практика, не е възможно без изложението по тези фундаментални теоретични въпроси. Те отразяват цялостната концепция, която отделният автор трябва да има, идеите и вижданията, от които той изхожда, давайки своя принос за развитието на доктрината. Изложението по тези въпроси играе систематизираща и обосноваваща роля за цялото учение за гражданското право. Независимо, че теоретичните разработки по предмета и метода на гражданското право, неговото място сред останалите отрасли на частното право, респ. – по разграничението между частно и публично право, не са основополагащи за законодателството (както национално, така и европейско), това не намалява значението на тези въпроси, т. к. системата на **правото – като съвкупност от правни норми**, е различна от тази на **законодателството** – като съвкупност от правни разпоредби (една идеална съвкупност), както и от тази на **учебната дисциплина гражданско право** – като набор от преподавани знания. Това е така, защото тези доктринални виждания дават опорна точка при обяснението на отделните правни институти и изразяват теоретичните устои, от които отделните представители на доктрината изхождат. По този начин, опитвайки се да осмисли достиженията на теорията до този момент и да вземе отношение към съдебната практика по тази материя, всеки автор си позволява да изрази своите виждания как отделните институти на гражданското право би трябвало да изглеждат. И доколкото все още учебният курс си остава главното място, в което се коментират разрешениите и на доктрината и на практиката, той е невъзможен без излагането на тези основополагащи въпроси на правното знание.

Изграждането на една нова теоретична концепция за предмета и метода на гражданското право, респ. – за мястото му сред отраслите на частното право, за промененото днес съотношение между частното и публичното право, е наложителна отдавна. Тя е продиктувана преди всичко от принципно различната уредба на частноправните отношения, в сравнение с времето, когато са писани авторитетните курсове на професорите Л. Василев и В. Таджер. На следващо място тя се обуславя от продължаващото задълбочаване на теоретичните достижения по тези въпроси през последните десетилетия на XX век и първите двадесет години на настоящия век. И независимо че връзката между законодателство и система на правото не е пряка, доколкото тези две области си поставят различни задачи, тя не може да бъде пренебрегната и не е оспорена сериозно и до днес.

В първата насока радикалната разлика най-вече е в това, че гражданскоправните отношения са разглеждани в тогавашните учебни курсове и от теоретични разработки от онова време като различни от частноправните,

като „нови“ по характера си, типични за социалистическото общество отношения, характеризиращи се със засилено ръководство и контрол от страна на социалистическата държава, като държавно регулирани отношения². Продукт на своята епоха, тези съчинения, формирали не едно поколение юристи, отразяваха по същество, в догматичните си основи, дълбоко идеологизираното разбиране на един от апологетите на „социалистическата революция“ – Ленин, че *„в сферата на правото за нас нищо частно не съществува“*. Макар сериозно смекчени от хуманизма и юридическия талант на споменатите автори, конструкциите им, отражение на господстващата към онзи момент обществена идеология, разглеждаха гражданските правоотношения като контролирани, доминирани от държавата, т.е. като близки по-скоро до публичноправните.

Последвалите ги в първите години след промените от края на 80-те на миналия век курсове по гражданско право (напр. на А. Джеров и на проф. М. Павлова), макар искрено да се опитваха да се опрат на новите демократичните ценности, по същество следваха теоретичните конструкции на най-добрите представители на правната наука у нас от социалистическата епоха. Социалният опит и теоретичните знания на това поколение автори – принудени от обстоятелствата дълги години да бъдат носители на социалистическата догматика, не им позволяваха да я надскочат. (Освен че и в чисто правно – технически план, те оставаха за жалост твърде далеч от чудесните образци на учебните курсове по тази дисциплина от 60-те и 70-те год. на миналия век).

Осмислянето на общите белези на правното явление като предмет на гражданското право предполага промяна не само в структурата на правната техника, но и последователното следване на нови теоретични разбирания, принадлежащи към широкия свят на демократичното, несхоластично, некомунистическо познание. Днес то е немислимо и без задълбоченото изследване на все по-многобройната задължителна практика на Върховния касационен съд (ВКС) и Върховния административен съд (ВАС), тълкувателните постановления на Върховния съд (ВС), приети при действието на Закона за устройство на съдилищата (ЗУС-отм.), и тълкувателните решения на колегиите на върховните съдилища, вкл. техните съвместни тълкувателни постановления (приети при действието на Закона за съдебната власт – ЗСВ)³.

Един учебен курс, особено по обща част на гражданското право⁴, не може да бъде теоретически откъснат от общотеоретичните въпроси на пра-

² Под регулиране обаче не се разбира държавната санкция, която правото дава на свободно постигнатото споразумение между страните, а повсеместна намеса на държавата в правопораждащите юридически факти, в съдържанието, в задължителността да се търсят правните последици от неизпълнението, и техния вид и размер, наблюдавана повсеместно в законодателството до 1990 г.

³ Срв. така чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК (ред. ДВ, бр. 86 от 2017 г.).

⁴ Вж. по-долу обосновката защо тя всъщност е Обща част на цялото частно право.

вото. Освен това той не може да има и самостоятелен и оригинален характер, ако авторът му не следва своето философско разбиране за правото и неговите явления. Дифузно заявеното изхождане от общодемократични принципи не води автора по-далеч от сляпото следване на господстващите у нас най-добри образци (при някои), или в по-лошия случай – до популярни, вестникарски тези (при други).

Написването на собствен курс по общия дял на частното право, предполага сериозно осъзнаване от автора на неговата принадлежност към някое от съществуващите правно-философски течения, служещи му за отправна точка при изясняване на правните явления, така както това е задължително и за писателя, занимаващ се с „чистата“ теория на правото. Дълбоко погрешна е тезата, че гражданското право не се променя, т. к. още римляните били измислили най-целесъобразните, приспособени към икономическия обмен правни конструкции и разрешения и че технологията на правното регулиране не следва смяната на общественно-икономическата формация (така както напр. технологията за производство на стъкло не се влияе от нея). Поради което и взирането и самоцелното тълкуване на фрагментите от римско – византийската епоха едва ли може да бъде решаващ аргумент при изследването на съвременните правни фигури, колкото и в тази насока напоследък да се забелязва силно развитие. Ограничаването единствено до тези научни методи обрича на просто тълкувателство, на нормативен талмудизъм, на взиране в самата разпоредба, с очакването оттам, съпоставяйки използваните термини, да се пръкне смисълът на правната норма, независимо от това кой, по какъв повод, от какви интереси е изхождал за нейното приемане или изменение⁵.

Без отчитането на това ново, по необходимост идеологизирано отношение на държавата към частноправните отношения – либералистичното им оставяне на саморегулиране, подчиняването им на закономерностите на пазарния механизъм, всеки следващ учебник ще остава „кавър-версия“ на познати от близкото минало образци на иначе чудесни за времето си учебници. Развитието на правото, появата на нови хипотези в практиката неумолимо – понякога бързо, понякога по-бавно, ерозира, отмива, изпраща в небитието дори и най-добрите за времето си учебни курсове. Те, за разлика от класическите произведения на литературата, не могат да бъдат спасени от умела интерпретация, т.к. знанието, което съдържат, е по необходимост временно,

⁵ В това не бива да се съзира укор, т.к. всяка правна наука, вкл. съвременната романистика, показваща през последните години завидно развитие, има свои специфичен предмет на изследване, респ. – специфични научни способности за това изследване. Смисълът на казаното е, че те, независимо от своята задълбоченост, именно поради тази ограниченост на изследователската задача и методите за постигането ѝ, далеч не са достатъчни сами по себе си да изяснят предмета на частното право, доколкото в продължение на векове върху него са въздействали и други сериозни общественно-икономически фактори, които са извън предмета на романистиката.

неокончателно, за разлика например от образците на живописиста и музиката, където чувството е вечно.

Периодът до 1990 г., към който спадат последните стойностни курсове по общия дял на гражданското право беше лишен от значимо, стабилно с оглед на бъдещето, законодателство (със щастливите изключения на Закона за задълженията и договорите – ЗЗД, Закона за собствеността – ЗС, Закона за наследството – ЗН, които са дело на „буржоазните, широко школувани професори“), от свобода на духа и целите, а силите на добрите теоретици на правото – насочени към обосноваване на конвулсивните гърчове на поредния „нов социалистически механизъм“, социалистически стопански организации и прочее законодателни недоносчета. И днес, при законодателната импотентност на държавата, тотално политически абдикирала от интелектуалния напън да създаде Граждански кодекс (за разлика от почти всички съседни балкански – малки и средни държави), тези достолепни старици остават единствените острови на спасението сред стихийните вълни на поръчковото, (без)временно и некомпетентно законодателство.

Така напр. поддържаното като преобладаващо и днес разбиране, че гражданското право урежда правното положение на гражданскоправните субекти и равнопоставените правоотношения между тях, **като се изключат нормите на останалите отрасли на частното право** (търговско право, трудово право, международно частно право)⁶, носи отпечатъка именно на това социалистическо разбиране. Гражданското право в смисъла, влаган от социалистическата доктрина, е ограничено частно право (дори ненужно, доколкото липсва като негова икономическа основа действителна частна собственост). В литературата след 1989 г. това ограничение е формулирано по-различно – съвкупност от правни норми, които определят вида и правното положение на гражданскоправните субекти и уреждат онези правоотношения между тях, **при които не се поставят допълнителни изисквания**⁷ спрямо субектите, обекта на правоотношението или юридическият факт, който ги поражда. Днес такова определение за гражданско право е крайно недостатъчно и невярно.

Понастоящем субективните граждански права имат преди всичко социално и стопанско предназначение, тъй като частната собственост отдавна е престанала да бъде с чисто потребителски характер, присъща за социализма, отдавна вече формалната сила на договора не е по принцип отслабена в интерес на стопанската целесъобразност⁸.

⁶ Вж. така напр. **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Дял първи. София: Наука и изкуство, 1972, с. 34–35.

⁷ Напр. **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002, с. 29.

⁸ Освен при изрично предвидените заради принципа на справедливостта изключения като чл. 307 от Търговския закон (ТЗ) и чл. 16 от Закона за аренда в земеделието (*clausula rebus sic stantibus*, т.нар. стопанска непоносимост)

С възстановяване уредбата на същинското търговско право, вместо социалистическото стопанско право, гражданското право възвърна частноправния си характер. Гражданското право от времето на социализма и по критериите от онова време е умряло и вече не може да се възроди⁹.

Новото разбиране за съотношението между частно и публично право¹⁰ изключва като съществен белег на частните правоотношения държавната намеса под формата на стриктно държавно регулиране¹¹. В противовес на разбирането, че при социализма гражданското право не може да бъде частно, т. к. то по необходимост е държавно регулирано, след отпадането на държавния контрол **не би трябвало да се говори за гражданско право в този смисъл, а за частно право**, респ. – **не за Обща част на гражданското право, а за Общ дял** (Общо отделение, Общ отдел, Общ раздел) **на частното право**¹².

Нуждата от изясняване на проблемите на общата част на частното право (която по необходимост трябва да започне от доктриналното разграничение между публично и частно) се налага и от бързото (за сметка на което и за съжаление – не особено качествено) развитие на законодателството и на теорията, не само в неговата област, но и в други правни клонове и отрасли, с които контактът и взаимовръзката се оказа твърде интензивна през последните години – гражданскопроцесуалното право с появата на нов Граждански процесуален кодекс (ГПК)¹³; административното право – с приемането на Административнопроцесуалния кодекс (АПК)¹⁴, международното частно право – с Кодекса на международното частно право (КМЧП)¹⁵. Тези радикални изменения в законодателството и в доктрината не можеха да не окажат силно влияние върху развитието на общата част на частното право, която за жалост едва ли скоро ще дочака своя звезден миг в нова и систематизирана, а дай Боже някога! – и кодифицирана уредба.

1. Терминологични уточнения. Понятие за гражданско право

Доколкото в настоящото изследване разграничението между частно и публично право се прави не въобще, а от гледна точка определяне мястото на гражданското право (в посочения широк смисъл) в системата на частното

⁹ Ако перифразираме тържествената формула, произнасяна при възкачването на новия монарх на трона, изразяваща приемствеността във властта – „Le roi est mort, vive le roi!“, би могло да се прогласи „гражданското право е умряло, да живее частното право!“

¹⁰ Вж. по-долу.

¹¹ Срв. Закон за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност, Обн. ДВ. бр.55 от 17 юни 2003 г.

¹² Разликата между двете е като между „жизнь“ и „life“, ако си послужим с онзи стар, подходящ за епохата анекдот.

¹³ Обн. ДВ, бр. 59/2007 г., в сила от 01.03.2008 г.

¹⁴ Обн. ДВ, бр. 30 от 2006 г., в сила от 12.07.2006 г.

¹⁵ Обн. ДВ, бр. 42 от 2005 г.

право, е наложително излагането на няколко встъпителни идеи относно предмета на отделните частноправни отрасли (и по-специално – този на гражданското право), респ. – изяснения относно понятийния апарат, който се използва в него.

От различните, изложени в литературата становища относно **предмета на правните отрасли**, може да се заключи, че незадоволителното му определяне (в частност – този на гражданското право), се дължи на непоследователно провежданото **разграничение между понятието за гражданско право и неговия предмет**. Те обаче не са тъждествени, а следват едно от друго, като връзката е еднопосочна – от предмета (и като вторичен критерий – метода) към понятието за гражданско право, т.е. **понятието за гражданско право се извежда въз основа на предмета (и метода) на регулиране**. Съдържанието на правните норми, които формират гражданското право **като отрасъл на частното**, се обуславя от предмета и метода на правна регламентация. **Понятието за гражданско право** се дефинира именно с оглед на правните норми, които го изграждат като регулативна система. Само правила за поведение могат да бъдат годна база за определяне на понятието за гражданско право.

Съвсем друго е **съдържанието на предмета на гражданското право**. Неговият смисъл е да укаже регулативната насоченост на комплекса от норми, определяни с понятието гражданско право.

Терминът „гражданско право“

Етимологично той се свързва с латинското *ius civile*. С него римските юристи са назовавали **квиритското право**, приложимо в отношенията между римските граждани (*cives*), както и между тях и институциите, в които *populus romanus* е бил организиран. За разлика от *ius gentium* (правото на народите), уреждащо отношенията между римски граждани и чужденци (*peregrini*) или само между чужденци. Т.е. *ius civile* е включвал както частноправни, така и публичноправни (според съвременното разбиране) норми. С размиване на границата между *ius gentium* и *ius civile*, въпросът за разграничението между „гражданското“ (в смисъл на национално, достъпно само за римляните – *cives*, право) и „правото, което се спазва еднакво от всички народи“, отстъпва място на съотношението между правото, присъщо на гражданина като индивид (*ius privatum*), отграничаван от *populus* (като носител на публичната власт) и институциите, които го представляват – *ius publicum*. Решаващ момент в обобщаването и отстраняването на противоречията в тези правила, представлява известната Юстинианова кодификация от 529 г., получила наименованието *Corpus iuris civilis* (сборник на гражданското право – в смисъл на правото, което урежда отношенията между гражданите. Тази материя, квалифицирана в Юстиниановите Институции като частно право, е съпроводена от дефиницията за делението на правото на частно и публично.

Същевременно в рамките на частното римско право се провежда разделение на личното (*in personam*) от имущественото право (*in rem*). Това разграничение получава особена проекция през Средновековието, когато нормите, уреждащи личния статут на гражданите (раждането, смъртта, брачните отношения), както и тези, свързани с процесуалните отношения, престъпленията и отговорността за това, се регламентират от църковното (каноническото) право, систематизирани впоследствие в *Corpus iuris canonici*. А тези между гражданите във връзка с придобиването, притежаването и отчуждаването на материални блага, остават запазени за гражданското право.

Именно в тази им част, римските разрешения са рецепирани впоследствие от западноевропейските държави. Терминът „гражданско право“ се усвоява като легален от първите буржоазни кодификации от края на XVIII век и началото на XIX век – Пруският земски закон, Френският граждански кодекс (1804 г.), Австрийският общ граждански законник (1811 г.), първият Италиански граждански кодекс (1865 г.), Германския граждански законник (1896 г.) и др., добивайки актуалното си значение.

Развитието на другата правна система (далеч надхвърляща границите на Европа) – англосаксонската, върви по друг път, който сериозно се различава от този на двете континентални правни системи – романската и германската. В нея обективното гражданско право се формира от два типа източници – Common Law (изградено от правни прецеденти – установени с актове на върховните съдилища) и писано право (нормите на което се приемат от законодателя). Англосаксонското право в резултат на особености в развитието на Великобритания, не разграничава частното от публичното право, а от друга страна – и до днес е силно повлияно от съдебната казуистика.

Понастоящем определението „гражданско“ има условно значение т.к. като с гражданско право се означават не само правните норми, уреждащи отношенията между граждани (физически лица – ФЛ), но и тези, които уреждат отношенията им с юридическо лице (ЮЛ) (вкл. – с такива, определяни като публичноправни, които обаче в конкретния случай не действат в качеството си на такива, не упражняват *imperium*), както и отношенията между ЮЛ.

Традиционно терминът гражданско право се схваща в четири значения:

1. Като обективно право то е отрасъл от действащото право, съвкупност от действащите при даден правопорядък правни норми, които уреждат определен кръг обществени отношения. Към гражданското право (в широк смисъл) систематично се включват като негови клонове: Общата част на гражданското право¹⁶,

¹⁶ За възразенията, че Общата част на гражданското право съставлява отделен клон на гражданското право в широк смисъл, поради липса на отделен предмет на регулиране – обособен кръг от обществени отношения, вж. по-долу.

облигационното, вещното, семейното, наследственото, авторското¹⁷, търговското право¹⁸.

2. Като субективно гражданско право то представлява призната и гарантирана от закона възможност на определено лице да има определено поведение, респ. да изисква (а според някои – да получи) определено поведение (действие или бездействие) или резултат от други лица. Връзката между субективно и обективно право е в това, че правната норма (обективното право) съдържа в хипотезиса си юридически факти, при осъществяването на които възникват предвидените в тази норма (или уговорена между страните, но допустими от правните норми), конкретни субективни права и задължения. Така обективното право (правните норми) или предвиждат съдържанието на субективните права или задължения между гражданскоправни субекти, или просто допускат възможността страните по своя воля да определят съдържанието на такива права или задължения (т. е. признава обвързващата сила на уговорени от тях права или задължения).

3. Под гражданско право се разбира и науката, клон от човешкото познание, която има за предмет изучаването на основните принципи, норми и институти на обективното гражданско право, изследването и систематизирането на съдебната практика.

4. Учебната дисциплина гражданско право има за цел да предаде основни знания върху предмета на гражданското право и да допринесе за изграждане на някои практически умения за тълкуване и прилагане на действащите правни норми, за разрешаване на определени казуси, за работа със съдебната практика по гражданско право и др. Нейното важно теоретическо и методическо значение се определя от това, че именно тя изучава общите институти, срещащи се във всички отделни клонове на гражданското право – вещното, облигационното, семейното, наследственото. Това дава основание на някои автори да наричат дисциплината Обща теория на гражданското право.

След тези понятийни уточнения, идва ред да се захване основният проблем на настоящето изследване – разграничението между **частно и публично право**, с оглед очертаване **характеристиката на обективното българско гражданско право като частно право**.

¹⁷ За недостатъчно ясно формулираното доктринерно разбиране на същността на авторското право, вж. подробно **Карадимов**, Росен. Аудио-визуалното произведение. Конкуренция и баланс на права. София: Сиела 2018, с.135–137.

¹⁸ По въпроса за мястото на търговското право в частното, респ. за съотношението между гражданско и търговско право, вж. **Русчев**, Иван. Към въпроса за дуализма на частното право. – *Съвременна право*, 2000, № 6, 74–87.

II. За „размиването“ на границите между частното и публичното право

Ако основният белег на българското гражданско право (в първия смисъл) е, че то е **обективно право**, вторият е, че то е **отрасъл на частното право**. Това предполага въвеждане на **понятието за частно право**.

Понастоящем в националните правни системи, принадлежащи към двете основни правни семейства на континента, както и в съвременната континентална доктрина, се счита за утвърдено делението на обективното право въобще на две основни **части, на два дяла – публично и частно, независимо, че** системата на законодателството – европейско или национално (доколкото такава би могла да се концептуализира теоретично), насочено да решава практически задачи, като че ли не се влияе особено силно от това разграничение. С произход още от римското право, делението е добило широка популярност, изхождайки от една, превърнала се в сентенция, дефиниция от Институциите на Улпиан (D. 1, 1, 1, 2), възпроизведена впоследствие в първия фрагмент на Юстиниановите Дигести: *„Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum – quod ad singularum utilitatem.....Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum“*¹⁹. Всъщност още преди Улпиан римляните са започнали да отграничават нормите на частното от нормите на публичното право, изхождайки в първия случай от понятието за лице като правен субект, а във втория – от схващането за държавата като представител на *populus romanus* и упражняваща властта не като своя, а като принадлежаща на римския народ.

Римскоправното разграничение на правото на частно и публично остава незасегнато и след налагането на християнството (от император Константин през 337 г.) и признаването му за официална религия на Империята (от император Теодосий през 380 г.), т. к. организацията на църквата се схваща като част от организацията на държавата и правното ѝ положение се регулира от нормите на римското *ius publicum*. И днес това деление се счита за присъщо на **континенталната правна система**. Към него обаче се отправят и немалко критики. Макар и широко разпространено, **делението на правото на публично и частно** не е предмет на законодателна уредба, а се обосновава **от правната доктрина**. Освен това, в някои правни семейства, кръгове (напр. в англосаксонския), това деление не е прието. От друга страна пък там, където то се прави, критерият за това разграничение не е единен.

Доколкото през последните години обаче смисълът и значението на традиционното разделение на правото на частно и публично, среща и сериозно оспорване, това налага, преди да се проследи исторически-правно, както и сравнителноправно дискусията за критерия, според който се провежда

¹⁹ „Публичното право е това, което се отнася до положението на Римската държава, а частно – това, което се отнася до ползата на отделните лица.....Защото има неща, които са от полза за държавата, и други – от полза за частните лица“.

разграничението, да се вземе отношение по аргументите на отричащите го твърдения.

Така например и в модерната българска романистика, както и в цивилистичната ни доктрина, се изразява мнението, че поради развитието на съвременното позитивно право *„ясно очертаните от правната догматика граници между частното и публичното право стават все по-условни и дори трудно забележими“*²⁰.

Тезата, на пръв поглед вярна, се нуждае от сериозно прецизиране. Тя не разграничава **най-напред** (от гледна точка на значението на диференцирането между публичното и частното право) различните аспекти, в който се разглежда правото именно като обществено явление – като обективно (и като субективно) право, като наука, като учебна дисциплина. Такова разграничение е прието без колебание от цялата съвременна доктрина, вкл. извън цивилистичната.

Преди всичко следва да се припомни, че разграничението между частно и публично право никога не е било проблем на законодателството, където създаването на нормите (по-скоро – на разпоредби) е подчинено на рационални, стоящи далече от доктрината мотиви. Поради което, вън от гражданските кодекси, то е белязано с подчертана фрагментарност и загриженост за обслужването на обективно съществуващите области в икономическия и духовния живот на общността²¹. Така че в този смисъл, няма размиване на границите между частното и публичното право от гледна точка на законодателството, т. к. в него такава граница никога не е била прокарвана. Достатъчно е да се припомни уредбата на икономическите – производствени и търговски отношения от времето на плановия държавен социализъм, която се осигуряваше от т.нар. стопанско право – клон на административното (според преобладаващата му класификация).

Този ненадежден критерий, повлиян от политическата конюнктура и разбирането на съответния режим (едно – в Китай, друго – в Русия, трето – в бившите европейските социалистически държави) **от една страна, а от друга** – неразграничаването дори на теоретично ниво между публично и частно право в правните семейства на бившия социалистическия лагер, показва, че такова деление не се отчита в законодателствата. По тази причина не е изненадващо и не бележи никаква тенденция в съвременното законодателство и

²⁰ **Новкиришка-Стоянова**, Малина. За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. – В: Право и граници. Сборник с доклади от научна конференция, проведена от Катедра Теория и история на държавата и правото на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018, София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2018, с. 310.

²¹ За тази тенденция, която е особено отчетлива в законодателството на ЕС, вж. вместо други, убедителната аргументация на проф. дюн. Екатерина **Матеева** в: Интеграционно частно право. – В: Сборник доклади от Научна конференция в памет на доц. д-р Кристиан Таков, проведена от Катедра Гражданскоправни науки на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 9 юни 2018 г., 2019.

констатацията, че не са много областите, „в които властва само частноправният интерес в чист вид, съответно регулирането му само на частноправно ниво“²², т. к. едва ли единствено и само частноправният интерес някога е обуславял регулирането му само на частноправно ниво. Нима единствено и само на частноправно ниво някога се е регулирал интересът на държавата или на общината, свързан с частната държавна или публична собственост, напр. в областта на концесиите?

Цитираната теза като че ли пропуска да направи и разликата между **правен режим**, който може да бъде и наказателноправен, и административноправен, и процесуалноправен, на един и същ **правен институт** – където правното явление, по повод на което се създават правните норми, по съществото си е частноправно. Така напр. съществуват различни режими, осигуряващи защитата на правото на собственост, което не е публично или частно, както неправилно то често се квалифицира, т. к. по характера си не може да бъде друго, освен частно субективно право²³.

Неразграничаване за нуждите на частното и публичното право, се наблюдава и при **другите две категории**, с които всеки научен инструментариум борави – **правната наука** (догматика, доктрина) и **учебната дисциплина** право²⁴. Следва да се подчертае, че разграничението на правото на частно и публично, се провежда не толкова за нуждите на преподаването (където то е само последица от другото разграничение – това **на обективното право като система**). Именно обективното право, при подреждането на неговите норми, се нуждае от такова разграничение. Защото тъкмо то е подчинено на идеята за системност, а не законодателството, което (водено в масовия случай от практически нужди) създава разпоредби, от които могат да се извличат правните норми.

Затова, в каквато и посока да тръгне изследването, респ. – какъвто и отговор да получи въпросът „**съществува ли и доколко е непреодолима границата между публичното и частното право**“, трябва преди всичко да се изясни къде се търси тя: в **системата на обективното право** (като начин на подреждане на правните норми); в **законодателството**; в **правната наука** (която се занимава с изучаването и структурирането на правната система, с изследване развитието на правото и правилното му тълкуване, но и с посочването на недостатъците както на законодателството, така и на съдебната практика), или в

²² Новкиришка-Стоянова, Малина. цит. съч., с. 310.

²³ Вж. така още Таджер, Витали. Правото на държавна социалистическа собственост. София: Наука и изкуство, 1975, с. 37–69.

²⁴ Така в цит. съч., на с.311 проф. М. Новкиришка-Стоянова приема, че и „римските юристи.....още през III в. сл. Хр. уверено утвърждават, че ако има някакви разграничения в правото на отрасли, институти, дори системи, то е единствено с учебна цел и с оглед познаването и практикуването на правото, но не и на самото него като обективно съществуващо“.

преподаването? Така едва ли би могло да се подкрепи разбирането, че още от римско време разграничението между публично и частно, е правено единствено с учебна цел и с оглед познаването и практикуването на правото, но не и на самото него, като обективно съществуващо. Напротив – съществуват множество доказателства, почерпени не от субективните интерполации на античните текстове, а от самия механизъм на функциониране на правото (което далеч не е само „практикуването“ му, на което юристите са обучавани) и от неговата система, че без разграничаване на публично от частно, не може да се осъществят дори и самото тълкуване на създадените от законодателството разпоредби.

В предшестващо свое съчинение, където разглежда същия въпрос и с почти същите аргументи, цитираният авторитетен автор като че ли не застъпва така категорично тезата, че разграничението в римското право на отрасли и институти се е правело единствено с учебна цел, но не и на самото него като обективно съществуващо. Напротив, там с основание се изтъква, че *„предвид прагматизма на римските юристи, изучаването на правото от две изходни позиции – публична и частна, е отражение и на обективно съществуващото разделение на правната материя, независимо, че това не е систематизирано нито в законодателството, нито в съчиненията на юристите“*²⁵. След което се излагат, на базата на цитираната изобилна романистична литература, различните концепции в нея по този въпрос.

И в двете цитирани съчинения (подчинени на стремежа да се намери мястото на публичното в римското право) се препотвърждава традиционно възприетата в романистичната литература (вкл. у нас) теза²⁶, че в него публичното от частното се разграничава въз основа на интереса, който се защитава от правните норми и се сочи, че това разграничение е в основата и на съвременната систематизация на правото, във връзка с обособяване на правните отрасли на публичното и на частното право и по повод на характеристиката на континенталната правна система²⁷. Във връзка с това, богато се аргументира основателното съмнение, че широко известният текст от Дигестите на Улпиан (D.1.1.1.2 (Ulpianus primo libro Institutionum) е интерполиран в Институциите на Юстиниан (I. 1.1.4)²⁸

²⁵ **Новкиришка-Стоянова**, Малина. *Ius publicum – ius privatum*. – В: *De iure publico*. Студии по римско публично право. София: Сиела, 2013, с. 53, отбелязвайки добросъвестно, че тази изходна позиция все пак не е еднозначно възприета.

²⁶ **Андреев**, Михаил. *Римско частно право*. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971, с. 16.

²⁷ Цитатът е също на **Новкиришка-Стоянова**, Малина, пак там.

²⁸ Най-малкото заради пропускането след въвеждащия израз за разграничението между публичното и частното право (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*), на характерното акцентиращо повторение (*Sunt enim quaedam publice utilita, quaedam privatum*), както и на изречението, уточняващо състава на публичното право: *„Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit“* (докато това в Институциите е центрирано само върху състава на частното).

При изходно вярното твърдение, че въпросите за разграничението на правото на частно и публично излизат далеч извън обхвата на правната догматика, а имат и широко съвременно измерение, обаче се прави недостатъчно прецизният извод, че в последните десетилетия на XX век се наблюдава тенденцията да се преминава отвъд границите на публичното и частното право, както в национален, така и в общеевропейски план, като се избягва дефинитивното отнасяне на определени институти към единия или другия дял на правото. Преди всичко такова твърдение е неточно, а примерите, които се навеждат за него, не го доказват.

Очевидно е, че то се основава на непровеждането на разлика между **системата на правото и тази на законодателството**, на неразграничаването между **институти на правото и правни режими**. Аргументи защо то не може да бъде подкрепено, вече бяха изложени. Трудно би могло да се приеме разбирането, че един правен институт, напр. бракът или разводът, или договорот, като съвкупност от правни норми, които уреждат определено субективно право или правоотношение, *преминава извън границите на публичното и на частното право*. В тази връзка даденият пример с режима на публичната собственост, не подкрепя тезата, т. к. както бе изтъкнато, режимът може да бъде както частноправен, така и публичноправен (с уредба от различни клонове на публичното право), но субективното право на собственост като институт, регулиран от тези правни режими, остава гражданскоправно, т.е. частноправно.

Друг е въпросът, че **преподаването и правоприлагането** имат за обект именно тези **правни режими**, за изучаването и за прилагането на които едва ли има съществено значение дали те принадлежат към публичното или към частното право (т. к. това е принадлежност към „клонове“ на законодателството, където отрасловата чистота няма някакво практическо значение). Такова разграничение относно преподаването или правоприлагането, едва ли влияе върху законодателството, което е подчинено на практически, а не на теоретически нужди. Традиционната теоретична яснота на доктрината (присъщата ѝ систематизация и опитът да се намерят ясни критерии за разграничаване) наистина имат (не само) догматична и дидактична стойност, но едва ли интересуват законодателя, който се води от прагматични цели. За него интересът, в смисъла на коментираните фрагменти в римското право (на държавата или на частното лице), далеч не е интересът, от който той изхожда, за да създаде един или друг правен режим.

Това неразграничаване на различните проявления на категорията интерес, обединени едва ли не само от чисто семантичното значение на термина „интерес“ въобще, прави не дотам полезни обсъжданията за характера на интереса и в дефиницията на Улпиан, на което романистиката, предвид своя изследователски интерес, отрежда заслужено място. Защото, независимо че правото на собственост не може да бъде друго, освен частноправно явление,

различните режими, които го уреждат, принадлежат към (и се изучават от) отделни, различни клонове на частното или на публичното право, респ. – към формиране на съвсем друга основа различни отрасли или клонове на законодателството.

Търсенето на теоретично значими критерии за разграничение между дяловете на правото в една коренно различна в стопански и обществен план действителност, каквато е римската, не дава сигурна база за изследване и едва ли би могло да доведе до адекватен резултат, въпреки сериозните усилия за намиране на съвременните аналози на римскоправни фигури. Такъв тип изследване има безспорно своята историческоправна стойност, но то не може да замести в пълнота теоретичното. Задачата на което е, изследвайки както историческото развитие, така и актуалните обществени процеси, респ. обличането им в правна форма от законодателя, да преутвърди или да отхвърли критерии за дълбоко залегалото в континенталната правна система деление на обективното право, на правните норми на публичноправни или на частноправни. При все демонстрираната от изследователите на римското право забележително богата правна и езикова култура, формално-логическите доводи от езиковото тълкуване на определени термини в древните фрагменти (занимаващи се по необходимост и като своя *sedes materiae* с въпроса дали те са интерполирани или са автентични), неизбежно оставя изследователя *au pied de la lettre* на римскоправните източници. Докато пълноценното догматично изследване следва да държи сметка за множество други фактори – и икономически и исторически и социални, въздействали върху правото в продължение на последващите почти двадесет века. Именно при такова комплексно изследване трябва да се провери верността на теориите за такова разграничение.

Тези примери, както и останалите: режимът на концесиите, на обществените поръчки, на публично-частното партньорство, лицензионните и разрешителните режими, навещдани в подкрепа на тезата, че *не е възможно апологизирани на публичния или на частния интерес при правото в теоретичен план*, едва ли са подходящи за нейното обосноваване. Защото те са примери за **правни режими**, а не за **теоретично** и систематично деление на правото на дялове, отрасли и клонове; те се отнасят до законодателството, свободно, както бе подчертано и по-горе, да въвежда най-удобните и подходящи от практическа гледна точка режими, за да реализира определени политики. Законодателство облича в разпоредби политики, интереси – публични, частни, корпоративни, колективни, индивидуални, и не се интересува от теоретичното систематизиране на обективното право. То борава с разпоредби, а не се стреми да подрежда извличаните от тях в хода на правоприлагането норми, в определена система.

Така че съвременното развитие на правото подкрепя по-скоро извода, че *биномията ius „publicum – ius privatum“* има значение преди всичко за теоретичното обособяване на правните норми в отрасли и клонове, и едва тогава – за нуждите на правното обучение. Тя се обосновава от теорията (ако под

това се разбира догматичното изграждане на системата на обективното право, на правните норми, а всъщност – на принадлежността на отделните субективни права, правоотношения, правосубектност, т.е. на правните явления – към единия или другия основни дялове на правото) и следователно *е от значение за системата на обективното право*.

Вярно е, че това деление няма реално приложение *в законодателството*. Дали ще избере чисто публичноправен режим на обществените поръчки, респ. разглеждането на споровете по тях от административни инстанции (Комисия за защита на конкуренцията – КЗК) и административни съдилища (ВАС), или на чисто частноправен режим, при който споровете ще се разглеждат от граждански съдилища, е въпрос на обществена ползност (от която се предполага, че законодателят изхожда), а не на предпоставен интерес на държавата, разграничен от този на *singulorum*-а. Променливостта на тези режими, поне в материята на концесиите и на обществените поръчки, е показана по-долу.

III. Критичен преглед на теориите за разграничаване между частно и публично право. Понятие за частно право

Ако се върнем към **основните теории за разграничение между публичното и частното право**, техният преглед по необходимост трябва да започне отново от цитираната дефиниция от Дигестите на Улпиан, възпроизведена в Юстиниановите Институции.

1. Някои автори виждат още в определението на Улпиан прилагането на два разграничителни критерия – от една страна **интересите**, които се регулират с правни норми, а от друга – особеностите в **правното положение на субектите**, адресати на тези норми²⁹ (а оттам и две основни теории за това разграничение – **субектната** и тази **на интереса**). Според други, критерият у Улпиан е единен, като принадлежността на правните норми се определя само според защитаваания от нея интерес³⁰ – на отделните лица (групи лица) или

²⁹ Така **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. Т. 1. София: Софи-Р, 1995, с. 19; **Огнян Герджиков** в: Коментар на Търговския закон. Кн.1. Чл. 1–112. София: Алиена, 1991, с. 5 приема, че Улпиан не смесва като разграничителен критерий двата интереса. Според него, в дефиницията се говори за интереса на държавата, а не за обществен интерес, като при определяне на публичния интерес използва качеството на правния субект, заради когото са установени правни норми. Това обосновава твърдението, че възприетият от Улпиан критерий не е двойствен. Авторът обаче не отчита, че в римското право държавата не съществува като отделен правен субект, а тя е форма на обществото, което е носител на публичната власт.

³⁰ **Торбов**, Цеко. Събрани съчинения. Т. 3. Обща теория на правото. София: Юрис-прес, 2002, с. 99; **Венедиков**, Петко. Записки по римско право. София: Сиби, 1994, с. 26; **Андреев**, Михаил. Римско частно право. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971, с. 16.

общия интерес на държавата и нейните органи, респ. – на правните образувания, натоварени с публични функции.

Тълкуването на Улпиановата сентенция като основана единствено върху **дихотомията – частен/публичен интерес** отговаря на разбирането на римските юристи от онази епоха за **държавата като израз на обществения интерес, на волята на народа, а не като институция, различна от самия народ**. Доколкото според древните римляни държавата не е отделен правен субект, за особености на субекта като разграничителен критерий не може да се говори, т. к. единствен такъв субект е самият народ, организиран в комиции, центурии, триби, а *ius civile* всъщност е *ius populusque*. Използването на интереса като единствен разграничителен критерий, води до дефиниране на частното право като съвкупност от правила и уредби, осигуряващи задоволяване на целите и интересите на частните лица или групи от лица, а публичното – като съвкупност от правила за постигане на целите и интересите на държавно организираната общност (т.нар. **теория на интереса**) – тези, свързани със съществуването и осъществяването на публичната (в частност – на държавната) власт.

Този критерий обаче **не е достатъчен** за разграничаването на двата дяла, т. к. нормите, уреждащи дейността на държавните органи, всъщност са насочени и към защита интересите на отделните граждани (напр. съдопроизводствените правила). И обратно – част от нормите на частното право защитават не само интересите на отделния правен субект, но нарочно са създадени, за да отстояват и обществения интерес (напр. тези, уреждащи формата и недействителността на гражданскоправните сделки, право- и дееспособността на правните субекти, нормите, уреждащи юридическите лица с нестопанска цел в обществена полза и др.).

Главната критика срещу разбирането, че разграничителният критерий между публичното и частното право е **защитаваният интерес**, е че неговото прилагане води до отъждествяване на **императивните норми на гражданското право** с **публичноправните норми**³¹. Според този критерий императивните норми на гражданското право са създадени за защита на обществения интерес, а диспозитивните – в защита на частния. Напр. императивни правни норми в частното право са тези, уреждащи недействителността на договорите (чл. 26–35 ЗЗД), дееспособността (чл. 2–5 от закона за лицата и семейството – ЗЛС), отговорността за непозволено увреждане (чл. 45–54 ЗЗД). Макар създадени за защита на обществения интерес, те не са публични, а частни, т.к. регулират частни отношения, такива между равнопоставени гражданскоправни субекти.

³¹ Така напр. според проф. Филип **Рачев** в: *Обща теория на гражданското право*. София: Унив. изд. Стопанство, 1997, с. 96 защитаваният интерес е критерий за разграничаване между императивните и диспозитивните норми на гражданското право.

Догматични изследвания в съвременната романистика, датиращи от втората половина на XX –ти и от началото на настоящия век, хвърлят допълнителна светлина върху смисъла на този фрагмент (респ. – върху възможността той да е по-късно интерполиран от Комисията на Трибониан)³², изяснявайки възможния смисъл на понятието интерес като (възможен) критерий за разграничение между публичното и частното право. Съвременният опит, вкл. в българската романистика, с историческо-правни и езикови средства да се обясни използването на понятието интерес в това определение (макар с насоченост по-скоро във второто му проявление – от значение за обособяване на публичното право), и в по-широк план – като основополагащ източник на разграничението между частно и публично право, представлява сериозен научен принос и заслужава специално внимание³³.

2. Според други, такъв критерий всъщност е предметът на регулиране – дейността на правните субекти и обществените отношения, които възникват при нейното осъществяване. Като допълнителен критерий, обусловен от предмета, се сочи методът на регулиране. Застъпва се виждането, че този втори критерий не е надежден, т. к. не е иманентно свързан с предмета, а е променлив – зависи и от конюнктурното виждане на конкретния политически режим, създал правната уредба. (Така напр. банковото и застрахователното право до 1990 г. се уреждаха с метода на власт и подчинение и се отнасяха към финансовото, публичното право, а сега и двата, като клонове на търговското право (с изключение на устройствените им части), се отнасят към търговското, и като клонове на частното право, се уреждат с метода на равнопоставеността). От тази гледна точка публичното право се вижда като съвкупност от **норми, уреждащи отношенията на власт и подчинение** между публичноправните органи и частноправните субекти, а частното – от тези **норми, които уреждат отношенията между равнопоставени субекти.**

3. Следващо разбиране за критерия за разграничение между публичното и частното право, го вижда в това, дали страна в правоотношението е субект, който е носител на властнически правомощия³⁴, т.е. държавен орган. Когато в правоотношението участват (на едната или и на двете страни) **органи, носители на публичноправна компетентност**, то се урежда от норми на публичното право. Обратно, нормите, спадащи към частното право, уреждат правоотношения, по които **и двете страни нямат качеството на властнически орган.**

³² Новкиришка-Стоянова, Малина. *Ius publicum – ius privatum*, с. 66 и сл., както и цитираните там съчинения.

³³ Което обаче, не може да бъде сторено подробно в обхвата на тези страници.

³⁴ Така Павлова, Мария. *Гражданско право. Обща част. 2 прераб. и доп. изд.* София: Софи-Р, 2002, с. 24, където авторът споделя виждането на **Larenz**, K. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Recht. 7 Auflage, 1889, s.2 II.*

4. Според друго виждане, изглеждащо близко до изложеното, критери-ят за деление на правото на частно и публично, **е правното положение на страните по правоотношенията, възникващи от правните норми, които се отнасят към единия или другия дял на правото.** Нормите на частното право уреждат онези отношения, в които субектите встъпват като равнопоставени, самостоятелни, определящи със свободната си воля съдържанието на тези правоотношения. Обратно, онези, в които отношенията между правните субекти са на власт и подчинение, спадат към публичното право³⁵.

Това разбиране се критикува³⁶ с аргумента, че някои групи норми в частното право *не третира*т страните по правоотношението като равнопоставени – напр. отношенията между органите на едно корпоративно юридическо лице (ЮЛ) и членовете на това ЮЛ, които дължат подчинение на решенията на тези органи, независимо от несъгласието си с тях³⁷. В други случаи *тази равнопоставеност* пък е *чисто формална*: напр. отношенията между родители и ненавършили пълнолетие деца; между родители (или настойници) и лица, поставени под настойничество или под пълно запрещение. Не може да се възприеме обаче разбирането, че отношенията между два държавни органа, когато те действат като равнопоставени, спадат към публичното право.

И в административното право чл. 19а и чл. 20 АПК допускат възможността в производство пред административните органи страните да сключат административен договор по въпроси от значим обществен интерес, когато това е предвидено в специален закон (чл. 19а, ал. 1), респ. – споразумение (чл. 20). В първия случай то може да бъде писмено съглашение между административен орган и граждани или организации, а във втория – писмено съглашение между административния орган и страните в производството или само между страните в производството (когато пък ще е необходимо органът писмено да одобри споразумението), заместващо административния акт. Независимо от отмяната чл. 19б АПК, уреждащ правилата за сключване на административния договор³⁸,

³⁵ Така в българската литература напр. **Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I. Обективно право. София, 1929, с. 7 и сл., както и **Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. Първа. Чл. 1–112. София: Алиена, с. 5 и сл.

³⁶ Вж. така **Павлова**, Мария. цит. съч., с.23.

³⁷ Следва да се разграничава обаче управлението в гражданскоправен смисъл от това в публичноправен смисъл. Докато в първия смисъл управлението се разглежда като процес на вземане на решения и тяхното осъществяване – както вътре в самото ЮЛ, така и навън – по отношение на трети лица, т. е. като разпределение на компетентност между органи на едно ЮЛ, в публичноправен смисъл то представлява публична власт, отношение на власт и подчинение. Управлението в гражданскоправния смисъл се създава най-често по волята на неговите учредители, които подчиняват поведението си на решенията на избраните от тях органи, докато подчинените на публичното управление преднамерят властта на органа и не могат да я отбегнат.

³⁸ Отм., ДВ, бр. 77 от 2018 г., в сила от 01.01.2019 г.

чл. 19е³⁹ предвижда, че за недействителността на административния договор се прилагат съответно чл. 146 АПК и разпоредбите за недействителност на договорите по ЗЗД. Въпреки че в нашата литература е изследвано подробно понятието, страните, действието и правната същност на административния договор, респ. – и на споразумението по АПК⁴⁰, административноправната доктрина единодушно констатира множеството проблеми и очевидна неяснота, прибързаност и неефективност на действащата уредба на тези две фигури⁴¹. Предвиждащи договорното начало между страните в процеса, те все пак показват в някаква степен „притеглянето“ на определена група, традиционно регулирани като публичноправни (каквито са административноправните) отношения към сферата на частноправното регулиране.

В контекста на тази критика и с утвърждаване на съвременното виждане, че не народът, а държавата е отделен, самостоятелен правен субект, въпросът за **качеството на страната – участник в частноправните или публичноправните отношения**, добива актуалност като възможен критерий. В основата на този подход лежи разбирането за държавата и другите публичноправни образувания като носители на властническа компетентност. В същото време обстоятелството, че същите тези публичноправни субекти могат да участват и в гражданския оборот както органи, недействащи с публичноправни функции⁴², ясно показва, че самото квалифициране на субекта като носител на властнически правомощия не е достатъчно, за да предопредели характера на нормите, уреждащи правоотношенията, в които той би могъл да участва, като частно- или като публичноправни⁴³.

³⁹ Нов, ДВ, бр. 74 от 2016 г., изм., ДВ, бр. 77 от 2018 г., в сила от 01.01.2019 г.

⁴⁰ Вж. **Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс, София: Сиела, 2012.

⁴¹ Вж. така напр. **Янкулова**, Соня, Теодора **Николова**. Промените в Административнопроцесуалния кодекс. София: Труд и право, 2018, с. 106–112, както и **Сивков**, Цветан. Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019, с. 28–32.

⁴² В по-старото законодателство (напр. ЗК отн., Закон за обществените поръчки – ЗОП отн.) участието на публичноправни субекти в частноправните отношения бе диференцирано чрез изрично предоставяне на качеството ЮЛ на администрацията на упражняващия публични правомощия орган.

⁴³ В доктрината (главно във френската и немската от края на XIX век, където видимо въпросът остава актуален), се предлагат и различни **други критерии за разграничаване на правото на публично и частно: структурата на обективното материално право** – докато в частното право субективните права имат две **съставки** – воля и интерес, то в публичното те съдържат само едната – воля (**П. Лабан**); в частното право – индивидът като **цел** на правното регулиране, а субективните права – **средство** за постигане на целта, срещу това, че в публичното право правопорядъкът е цел, а отделните индивиди – средство за неговото постигане (**К. – Ф. фон Савини**); че частноправните норми регулират дейността на хората в техен собствен **интерес**, докато публичноправните регу-

Сериозно предизвикателство пред теоретичната квалификация в тази посока показва промяната в режима на концесиите и на обществените поръчки у нас през последните няколко години. Отмененият Закон за концесиите (ЗК) от 2006 г. не квалифицираше изрично качеството, в което действа органът, определен в общия случай с решението на Министерски съвет по чл. 7 ал. 1 ЗК (министърът, който организира конкурса или търга или сключва концесионния договор с определения без търг или конкурс концесионер). Но доколкото чл. 18, ал. 1 ЗК предвиждаше същият министър да бъде последващо **упълномощен** с решението на МС, с което се определя спечелилият конкурса или търга кандидат, с когото той да сключи договор за концесия **от името на държавата**, това даваше основание в литературата при действието на ЗК от 2006 (отм.) да се поддържа, че при сключване на договора този министър действа в частноправно качество – като представител на държавата – концедент. Което пък беше аргумент, че по договора за концесия (но не и по останалите елементи на процедурата) държавата действаше чрез своя орган в частноправно качество, като *dominium*, а не като *impregium*.

лират – отношенията между хората и институциите, когато те действат в общ интерес (**М. Планиол**); като критерий за делението на правото на частно и публично се приема **характерът на средствата за защита** – в частното право те са **предоставени** на отделни лица, от чиято воля зависи дали тяхното използване за защита. Докато в публичното право те се прилагат служебно (по-скоро – по преценка на органа) и дори против волята на лицата (**Р. Йеринг**); теорията за т. нар. „двоен“ държавен интерес – и в частното, и в публичното право държавата по еднакъв начин е заинтересувана да регламентира обществените отношения (**О. фон Биндинг**). Други определят като частно право онова, при което нормата или правоотношението засягат **имуществените интереси на лицата**, а като публично – това, при което такива интереси не се засягат (**Вах, Ендеман**). В противовес на това разбиране се предлага да се изхожда от правоотношението и по-специално от това, **по чия инициатива то се създава** и заради кого отделното лице встъпва в него (**З. Кроне**) или пък това, че частното право урежда отношенията **между отделните лица**, докато публичното – отношенията между публичните образувания (**Енексерус**). Други теории от края на XIX в., заявявайки, че при разграничаването на публичното от частното право изхождат от чисто юридически (формално-юридически) критерии – самозащитата на интереса в частното право и възможността за осъществяване на правото по пътя на гражданското съдопроизводство (**Йелинг**) всъщност преповтарят други известни теории. Освен това формалните теории стават силно уязвими с възприемането на принципа, че всяко право, което може да бъде защитено или упражнено по пътя на гражданското съдопроизводство, е частно, докато цялото останало право остава публично (**Л. фон Тон**). Срещу което изглежда основателно възражението (**Бирлинг, Гирке, Кроне**) че съществуват частноправни спорове, които не се решават по пътя на гражданското съдопроизводство и обратно – ако формата за осъществяване или за защита на правото не е посочена изрично в закона, е необходимо първо да се установи, дали се касае за частно или за публично право и едва тогава да се определи, дали то ще се осъществява по реда на гражданското съдопроизводство.

Действащият понастоящем ЗК⁴⁴, вече не определя като концедент държавата, за която (овластен с общия ненормативен акт – решението по чл. 7, ал. 1 ЗК отм. за откриване на концесионната процедура, респ. – като упълномощен от името на държавата – да сключи концесионния договор), действаше органът. В чл. 17, ал. 1 от новия ЗК като **концедент** се определя **публичният орган**, който извършва действията по възлагане на концесия и е страна по концесионния договор, наричан и „**възлагащ орган**“. При тази категоричност вече може да се окаже **разколебана тезата за държавата – концедент, действаща в частноправно качество, като собственик на обектите на концесия**. Това колебание се подхранва и от следващите ал. 2 и 3 на същия текст, според които „**правомощията на концедент** за държавните концесии се изпълняват от **министър в съответствие с неговата отраслова компетентност**...“, респ. – „**правомощията на концедент** за общинските концесии се изпълняват от **кмета на общината**“. Тези нови разрешения обаче като че ли влизат в противоречие с чл. 17, ал. 6 ЗК, според който „концедентът (съответният отраслов министър) **представява държавата**, съответно **общината** по дела, които се отнасят до сключването, действителността, изпълнението или прекратяването на съответния концесионен договор и последиците от прекратяването. От което обаче не може да се направи категорично извод, че концедент остава държавата, т.к. текстът предвижда специално процесуално представителство (доколкото съгл. чл. 31, ал. 2 ГПК, по дела, които се отнасят до недвижими имоти – държавна собственост, държавата се представлява от министъра на регионалното развитие и благоустройството).

Не по-различно е положението и при един друг, особено характерен за т. нар. (до въвеждането на новото определение по чл. 19а-з АПК) „административни договори“ – **договорите за обществена поръчка**. По чл. 5, ал. 2 от действащия понастоящем (от 2016 г.) ЗОП като **публични възложители** са изброени **държавни органи**, като: президентът на Република България; председателят на Народното събрание; министър-председателят; министрите; управителят на Българската народна банка; председателят на Конституционния съд на Република България, административните ръководители на органите на съдебна власт, които управляват самостоятелни бюджети, както и административните ръководители на прокуратурите в страната; областните управители; кметовете на общини, на райони, на кметства, както и кметските наместници, когато са разпоредители с бюджет; председателите на държавните агенции; председателите на държавните комисии; изпълнителните директори на изпълнителните агенции; ръководителите на държавни институции, създадени със закон или с постановление на МС, включително

⁴⁴ Обн. ДВ. бр. 96 от 1 Декември 2017 г., доп., ДВ. бр. 103 от 28 декември 2017 г., изм., ДВ. бр. 7 от 19 януари 2018 г., изм., ДВ. бр. 15 от 16 февруари 2018 г., изм. и доп., ДВ. бр. 25 от 26 март 2019 г.

обособени структури на органите на изпълнителната власт, когато са юридически лица и разпоредители с бюджет; представляващите публичноправните организации.

Очевидно в тези случаи, **освен че имат качеството на публични органи, те действат и с публичноправна компетентност**, а не като представляващи съответните юридически лица – администрации по смисъла на Закона за администрацията. Съгласно чл. 7, ал. 1 ЗОП възложителят може да определи длъжностно лице, което да организира и/или да възлага обществени поръчки, а съгл. неговата ал.2, при отсъствие на възложителя, когато не е определено такова лице, правомощията му, свързани с възлагане на обществени поръчки, се изпълняват от лицето, което го замества съгласно нормативен, административен или друг акт, който определя представителството на възложителя. Употребеният термин „**представителство**“ в ал. 2 обаче едва ли може да промени към частноправна интерпретация категоричните текстове и на този закон.

Една **друга теза**, според която наказателното (материално) право не може да се причисли нито към частното, нито към публичното, а стои на границата между тях, дообогатява разграничението между тези два основни дяла на правото, добавяйки пунктове на различие между наказателното и публичното право – от една страна, а от друга – между наказателното и частното право⁴⁵. Според автора, наказателното право се характеризира с едностранност, а публичното – с неравнопоставеност. Публичното право се създава, за да функционира, докато частното и наказателното се превръщат в принудително право, когато се налага да функционират. В частното и в наказателното право е сравнително просто да се разграничат начините на действие (процедурите) и условията за действие, докато в публичното право не е така. Друго сходство между наказателното и частното право се вижда в това, че държавната принуда се прилага в процеса.

Твърдението, че критерий за разграничение на правото на публично и частно е дали в правоотношението като страна участва субект, който е **носител на властнически правомощия**⁴⁶, е само отчасти вярно. То слага акцента върху субекта, който участва в него, върху това дали той е орган с властническа компетентност, или не е такъв. Това разбиране обръща правната логика, пренебрегвайки факта, че **отделните правни субекти могат да бъдат носители на различен вид отраслова правосубектност и това, с коя от тях ще встъпят в дадено правоотношение, зависи от съдържанието на даденото правоотношение**. Обществените отношения, уреджани от частноправните отрасли, се различават от онези, които са предмет на регламентация от нормите на публичното право, **не само по своите страни, но и по съдържанието си**. Когато публичноправни субекти участват в частноправни отношения, тър-

⁴⁵ Георгиев, Валентин. Публичните правоотношения. София: Сиела, 1998, с. 69–81.

⁴⁶ Така Павлова, Мария. Цит. съч.

сенето на разграничението между частното и публичното право въз основа на този критерий, се оказва незадоволително.

Ако в правоотношението участва лице, което би могло да бъде носител както на частна правосубектност, така и на публична власт (компетентност), то именно качеството, в което то участва в правоотношението – **като представляващ и управляващ ЮЛ (администрация)**, създадено за да обслужва упражняването на публичната функция на органа, или **като публичен орган** – самостоятелен носител на властническа компетентност, **е критерият дали това правоотношение се урежда от публичното или от частното право**. А не това, дали публичноправен орган встъпва в него в упражнение на публичната си компетентност. Ако той не участва в упражняване на тази си функция, той просто не действа като публичноправен субект, а като лице, представляващо или действащо за друго – ЮЛ, очевидно проявяващи частноправната си правосубектност по частното правоотношение⁴⁷. Така че конструкцията, според която правоотношението е с публичен характер, когато в него участва орган с властническа компетентност (държавен или общински орган)⁴⁸, **е обърнатата и тафтологична**. За да е публично правоотношението, е необходимо не просто в него да участва орган – публичноправен субект, а и той да действа именно в упражнение на публичноправната си функция.

*Оттук и логичният извод, че именно характерът на правоотношението – дали то е такова, по което се упражнява публична власт или страните се отнасят помежду си като равнопоставени*⁴⁹, определят и характера (вида) на правосубектността на страните – дали те участват в качеството си на частноправни или на публичноправни субекти⁵⁰. А комбинацията, че в частно правоотношение може да участва публичноправен субект, е *contradictio in obiectum*. В частноправните отношения то не реализира публичноправното си качество, а участва с частната си правосубектност, като субект на частното право.

Позната е обаче и обратната хипотеза – когато лице, което освен с частноправната си правосубектност (с което встъпва в частни правоотношения), участва и в друг тип отношения – на власт и подчинение, в публичноправното си качество, като публичноправен субект. Пример за това са т.нар. „**корпорации на публичното право**“ – частноправни сдружения, формирани на доброволен принцип, на които се възлагат обаче и държавни функции⁵¹.

⁴⁷ Обратната хипотеза – когато публичен орган действа с публичноправна компетентност пък е налице напр. в чл. 17, ал. 2 и 3 ЗК; чл. 5, ал. 2, т. 3, 4, 8, 9, 14 ЗОП.

⁴⁸ Павлова, Мария. Цит. съч. с. 24.

⁴⁹ Касае се именно за **характера**, а не за **съдържанието** на правоотношението, т. к. доколкото правоотношението е конкретно, респ. конкретни са правата и задълженията, които формират неговото съдържание

⁵⁰ от значение когато един правен субект би могъл да бъде носител и на двете.

⁵¹ Вж. по-подробно **Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 103 и цитираната там практика на Конституционния съд.

При това положение застъпваният двоен критерий, извлечен още от определението на Улпиан, съчетаващ **положението на субекта със защитавания интерес**, губи значението си в светлината на становището, че критерий за разграничение между публичното и частното право, е не това, дали страната поначало е носител на властнически правомощия, а **дали тя участва в конкретното отношение именно в качеството на субект на публичното право** (т.нар. теория на империума). Когато в правоотношението на едната (или и двете) страни участват държавни органи (или други, изрично овластени да действат като носители на публичноправна компетентност субекти), действащи в публичноправното си качество, то се урежда от норми на публичното право. Обратно – нормите, спадащи към частното право, уреждат правоотношения, по които и двете страни не упражняват властнически правомощия, независимо дали поначало притежават такива или не.

При отношенията на публичното право винаги се реализира публична власт под формата на упражняване на властнически правомощия. При отношенията от този тип е характерно поначало **надмощното положение на едната страна спрямо другата** (т.е. отношение на власт и подчинение), което **следва от съдържателната страна на отношенията** (осъществяване на държавна власт). Оттук и методът на правно регулиране поначало не може да бъде различен от императивния, на власт и подчинение⁵².

Участието на публичноправен субект в качеството му на носител на империум в правоотношението, по което е страна, определя характера на това отношение като такова **на власт и подчинение**. Може да се поддържа, че критерият за разграничение за това, дали правоотношението се регулира от частното или от публичното право, е именно наличието (или липсата) на **субординация** между страните по правоотношението, възникващи от правните норми, които се отнасят към единия или другия дял. **С коментираните важни уточнения – от гледна точка качеството, с което субектът встъпва в това правоотношение, от една страна, и на съдържанието на публичното, респ. – на частното право – с оглед съдържанието на техните норми, от друга, широко възприетото определение за публичното, респ. – на частното право, следва да се допълни така:** Публичното право е съвкупност от норми, уреждащи отношенията на власт и подчинение между публичноправните органи или между тях и частноправните субекти. Докато частното се състои от норми, които уреждат отношенията между равнопоставени субекти, такива, по които и двете страни не упражняват властнически право-

⁵² Вж. повече обаче за метода, по който действа административния орган при административния договор (чл. 19а-ж АПК) и в двете хипотези на споразумението в административния процес (чл. 20 АПК), у **Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс. София: Сиела, 2012, с. 27–38; 74–84; 105 и сл., и от същия автор: Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019, с. 28–33.

мощия, независимо дали някоя от тях няма качеството и на публичноправен орган.

В кои случаи обаче държавният орган действа като носител на публичноправна компетентност, респ. – като представител на държавата, в качеството ѝ на частна правосубектност, зависи от конкретното виждане на законодателя в определен момент. То обаче може да се промени, вкл. без да са настъпили никакви съществени социално – икономически изменения. Примери за това представлява промяната в концепцията на законодателя за качеството, в което ще действа концедентът, респ. – публичния възложител на обществени поръчки при поредните закони за концесиите (от 2006 и 2017 г.) и за обществените поръчки (2004 г. и 2016 г.), коментирани по-горе.

Въпреки че по дефиниция в частното право се използва **методът на равнопоставеност**, а в публичното – **властническият**, от правно – догматична гледна точка методът на регулиране се разглежда като белег, вторичен спрямо обоснования по-горе критерий за разграничение между частното и публичното право – съдържанието на правните им норми и от това, в какво качество встъпват в породените правоотношения техните страни. Обратното би могло да доведе до неправилна квалификация на уредбата на отношения, които по съдържание не са на власт и подчинение, макар страните по тях да не са практически в равностойно положение⁵³.

В областта на частното право **методът на равнопоставеност** не изглежда да е самостоятелен критерий, а той като че ли по-скоро дублира критерия **характер на правоотношенията**, който пък се възприема, **установява от закона**. На практика обаче нещата далеч не стоят така. **На пръв поглед** методът на равнопоставеност не е нищо друго освен отражение на характера на отношенията като равнопоставени, а този на власт и подчинение – на характера на отношенията по повод упражняването на държавна власт, които по необходимост са такива на неравнопоставеност, на субординация.

Проблемът по-скоро е в това, че системата на обективното право намира и класифицира правоотношения, които вече са регламентирани от законодателството. Когато обаче урежда дадена група правоотношения, законът ги регулира най-напред с даден метод – на равнопоставеност или с властническият метод. Кое то вече предопределя каква е правосубектността на страните, които участват в това правоотношение, респ. – ако участва орган, той в какво качество ще действа – като равнопоставен или като носител на империум. Определянето с каква правосубектност ще встъпват страните по едно правоотношение се явява правен и **логически posterius** от избрания метод на регулиране – от една страна, а от друга – избраната от закона правоспособност вече определя съдържанието на правоотношението – правата и задълженията по него (а оттам и неговия характер) и в този смисъл се явява техен правен и

⁵³ Виж примерите, посочени по-горе към II. 4.

логически prius. В този смисъл, след това първоначално законодателно регулиране, правоприлагането, респ. – доктрината, преднамерят правоотношенията и за тях не остава друго, освен да определят съобразно видимите им нормативни белези вида, отрасловата им правосубектност, с която страните участват в тях, а оттам – и съдържанието на правата и задълженията, а от тях – и характера на правоотношенията – частноправни или публичноправни, респ. – да ги отнесат към един от двата дяла на правото.

Вярно е, че при вече реализирано (в смисъл на уредено) **правоотношение**, методът на равнопоставеност изглежда като повторение, отражение на характера на отношенията като равнопоставени, а този **на власт и подчинение** – на характера на отношенията по повод упражняването на публична власт, които по необходимост са такива на неравнопоставеност, на субординация. Там обаче, където именно методът има своето правно значение – при нормативното регулиране на типа правоотношение (т.е. на абстрактното правоотношение, напр. по банков заем, по застрахователен договор), той играе своята първична роля, вкл. по отношение предмета на регулиране. Ето защо, както беше обосновано с примери, при създаването на нормативната уредба, законодателят а priori решава с какъв тип метод да регулира определен кръг правоотношения, и едва тогава – с какво съдържание (права и задължения) да ги уреди.

Когато обаче се наблюдава било вече уреденото със законови разпоредби абстрактно правоотношение (договорния тип), било конкретно възникналото, ролята на метода остава на заден план и не се вижда нейният самостоятелен характер. Показано бе как в исторически-правен аспект през последните няколко десетилетия, на противоположна законодателна преоценка **бяха предложени редица обществени отношения**: дали да бъдат уредени с властнически метод (напр. като финансови) или с метода на равнопоставеност (като търговскоправни); тези, възникнали от договор за концесия или от договори за обществена поръчка – било чрез преуреждане на съществуващи, било чрез създаване на нови правни фигури като административния договор по см. на чл. 19а-ж АПК или споразумението по чл. 20 АПК.

Възприемането на предложения от **теорията на империума** критерий има обаче и друго предимство – дава възможност да се обединят нормите на конституционното, финансовото, екологичното, наказателното, наказателно-процесуалното и на гражданскопроцесуалното право в една група, благодарение именно на това, че са белязани от участието в правоотношенията, които регламентират, на субект, упражняващ властнически правомощия. **Властническият метод** в публичното право е иманентно необходим за нормативното регулиране там, т.к. при него, за разлика от частноправното, законодателят не преднамира отношенията, предмет на регламентация, а ги създава тепърва като нормативно, а не като социално детерминирани. Публичноправните отношения са замислени именно като неравнопоставени, доколкото чрез тях

се реализира публичната власт, обективирана в действията на компетентен държавен орган (или на друг, изрично овластен да действа като такъв, субект). Преди да бъдат правно предпоставени, тези отношения нямат социално битие, а юридическата им специфика се предопределя от необходимостта страна по тях да бъде публичноправен субект, който да действа с присъщия на държавата империум.

Илюстрираното бе по-горе с примери положението, че изборът да се използва даден метод е конюнктурен и зависи от волята на законодателя в определен момент, позитивното право може да превърне отношения от публичноправни в частноправни и обратно, тъй като самото то определя кой може да бъде носител на публична власт и докъде тази власт може да се разпростре.

5. Наред с изложените разбирания, в правната наука се застъпват и т.нар. **монистични теории**, които, отчитайки трудностите по избора на критерий за разграничение на нормите на частноправни и публичноправни, отхвърлят това деление.

Тезата за единство на правото има своите исторически и сравнителноправни основания. Непознаването на идеята за държавата и неразграничаването на представата за частното лице от тази за публичното образувание, обяснява защо старогерманското право се основава върху идеята за единство на правото – общ източник на всички правни норми. Приема се, че разграничението на правото на частно и публично започва в историята на германското право при възникването на градовете и създаването на градското право и получава завършек под влияние на римското право след неговото реципиране. Правото на англосаксонските страни в голяма степен запазва основната идея за единството на правото, като и днес правото и съдилищата на Common law носи отпечатъка ѝ.

В доктрината на държавите от континенталната правна система също са познати теории, отричащи делението на частно и публично (у нас Л. Диков и Л. Василев), както и такива, които макар да го признават, поддържат, че разграничението между частно и публично право не може да се проведе докрай (В. Таджер, О. Герджиков), респ. че в съвременността границата между тях изчезва и настъпва публицизация или деприватизация на частното право (Л. Дюги, А. Менгер).

От гледна точка на съвременната историческа оценка на периода от 30-те до края на 80-те год. на XX век, като че ли вече не е учудващо, че това разбиране е поддържано от автори, които стоят на коренно противоположни идеологически позиции (напр. Л. Диков – до 9.IX.1944 – изхождащ от открито фашистки идеи, и Л. Василев – след това – от тоталитарно-комунистически), обединявани само от това, че са привърженици на тоталитарни теории. У нас Л. Диков обоснова виждането си с това, че цялото частно право е социално право, и т. к. всички частни субективни права са свързани с публичното право за търсене на защита, приема, че цялото частно право е сложено върху една

основа и образува едно цяло, заедно с публичното. Л. Василев пък отрича делението на правото на публично и частно, изхождайки от Лениновия постулат, че социализмът не признава нищо частно в икономиката, а оттам – и в правото. Така че неразграничаването на частното от публичното право е присъщо не само на правните апологети на национал-социализма, но и на тези на държавния социализъм.

Гръбнак на социалистическата икономика се явява държавната (наричана в Конституцията от 1971 г. общонародна) собственост върху средствата за производство, а частната собственост при нея е сведена до ограничена лична собственост върху вещи от първа необходимост и дребни оръдия на труда. Съчетана с доминиращата роля на социалистическата държава, която управлява икономиката почти изцяло с административни средства, тя регулира частната собственост, а оттам – и частното право, като „отмиращи“ категории.

Понастоящем, на базата на действащата Конституция от 1991 г. последното становище не може да се възприеме. Нормативна опора дават разпоредбите на чл. 17, ал. 2 и ал. 4 от Конституцията на Република България (КРБ), разделяща собствеността на публична и частна и на чл. 19, ал. 1 КРБ, която установява принципа на свободната стопанска инициатива в икономиката. Частното право има по необходимост в основата си частната собственост.

6. От изложените различни разбирания за разграничаването на правото на частно и публично се вижда, че теорията все още не се е споразумяла относно едно – единствено схващане за критерия на това разграничение. Всяко от посочените определения разкрива някакъв смисъл, отделен аспект на разграничението между частно и публично право, но никой критерий не е пълен, цялостен. Не всеки правен ред е обособявал еднакво категорично нормите на частното и на публичното право, навсякъде обаче отделянето съществува. Макар и днес да се говори за взаимно проникване на нормите на тези две области, все пак, поне в класическата доктрина, понятията за частно и за публично право не се смесват.

Посочването на множеството изказани тези цели възможността те да опишат проблема и да помогнат поне за правилното му формулиране. Съдържащите се във всяка от тях обосновки имат своята евристична стойност и заедно с това търпят критика, че не са в състояние да дефинират в пълнота съотношението между частното и публичното право. Един от най-често използваните критерии за разграничение – **общественият интерес** в публичното право, съответстващ на категорията **интерес** в частното право, като социално-правна фикция, като вътрешно присъщ на обществото, е въздигнат в нормативна категория и не може да не бъде отчетен. Макар общественият интерес да има обективно съществуване, неговото формулиране, граници и защита не може да не бъде субективно, вкл. идеологически и пречупено през виждането на конкретния законодател.

Така първата ни следвоенна Конституция – тази на Народна република България от 1947 г., в своя чл. 10, ал. 4 закрепва принципа за недопустимост на злоупотребата с права, като го обосновава с колективистичното разбиране за приоритета на обществения интерес над частния и забранява упражняването на правото на собственост във вреда на колективния интерес. Докато в действащата Конституция чл. 57, ал. 2 се забранява злоупотреба с права, за тяхното упражняване, когато това накърнява права или законни интереси на други. Така Конституцията от 1991 г. не поставя обществения интерес над частния, а ги равнопоставя, търсейки равновесие между тях.

Ако от римското право до нас е достигнало основно наследството в областта на частното право, заради рецепцията му в западноевропейските държави, то познава и сериозни достижения в публичното право, които обаче са по-тясно обвързани с конкретната общественно-икономическа формация – робовладелската републиканска демокрация, а впоследствие – с империята. Поради това, че доскоро те не бяха широко известни на правната общност от континента, напоследък убедително бе показано как, тръгвайки от една силно развита цивилистична традиция, отделни частноправни понятия са усвоени в различни понятия на публичното право. В този смисъл, ако публичноправната доктрина е следвала през последните векове цивилистичната, понастоящем тя активно се стреми да се еманципира.

7. От друга страна, широко застъпено е разбирането, че съвременната континентална правна доктрина (след Великата френска революция), в това число – и цивилистичната, стъпва основно върху няколко правно – теоретични обобщения, до които римското право не успява да достигне. Извън нееднакво разрешавания въпрос за разграничителния критерий между частното и публичното право, не е лишена от интерес **съпоставката между тях на базата поне на някои от тези основополагащи правни категории**. Такива са напр. **правният статус на субектите, юридическите факти, правоотношението** и неговото съдържание – **субективното право и правното задължение**.

7.1. Съвременното разбиране за **правоспособност** в частното право изравнява лицата, осигурявайки им еднакви, а следователно – равни предпоставки за придобиване на качеството субект на правото. Обратно – в публичното право отделните държавни органи се създават по различен начин, чрез различни правни актове. Гражданската правоспособност е обща, и в частното право не съществува отделна от нея търговскоправна, трудовоправна, брачна, наследственоправна (завещателна) правоспособност. Специалните клонове на гражданското право – семейно, наследствено, търговско и др. не предвиждат отделна специална правоспособност, а просто поставят допълнителни изисквания, на които да отговарят субектите на гражданското право в тези клонове, за да могат те валидно да придобиват права и самостоятелно да са

носители на задължения. Докато публичната правосубектност е винаги специална, при нея не съществува орган със всеобща компетентност.

Правосубектността в частното право е абстрактна годност (качество) да се притежават (**правоспособност**) или да се придобиват самостоятелно, със собствената воля права и да се поемат задължения (**дееспособност**), без оглед конкретното им притежаване, посредством участие в конкретно правоотношение или правна връзка. Способността да се придобиват права и задължения е общоважима за всички правни субекти годност (качество), докато **компетентността в публичното** е призната само на онези органи, които са изрично предвидени в закона.

Публичната правосубектност всъщност представлява компетентност, която не е идентична нито на абстрактна годност да се придобиват права и да се поемат задължения, нито пък е правоотношение, при което да ѝ противостоят конкретни права или задължения на конкретно определени лица. Аналогично на компетентността на държавните органи, и публичната правосубектност на гражданите стои на границата между частноправната правосубектност и конкретното правоотношение, с притежаваните по него права. Но то се намира от другата страна: между правната норма и правното отношение.

7.2. Юридическите факти на частното право са предпоставени, т.е. по правило представляват описани с релевантните си белези съществуващи факти от действителността, типизирани житейски събития, които поначало правното регулиране преднамира. За разлика от фактите на публичното право, които се създават по законов ред и възникват в изпълнение предписанието на правната норма, най-често в резултат на предвидена в закона процедура, производство с юридически характер (административен акт, съдебно решение, определение и др.). Безспорен е изводът, че главен правопораждащ факт в частното право е договорът (правната сделка), представляваща насочено/насочени към желани от страните правни последици волеизявление/волеизявления. Докато в публичното право такъв факт е властническият акт, а договорите имат твърде ограничено приложение.

7.3. В частното правоотношение или в правната връзка субективното право (а и правното задължение) притежава известна обективизация, годност да бъде откъснато от самото него, възможност то да съществува освен като съдържание на правоотношението, още и като негов обект. Което позволява то да бъде прехвърляно, поемано, залагано, запорирано и т.н. чрез типични за частното право фигури като цесия, делегация, встъпване и заместване в дълг и др. Това е израз на юридическа възможност за разлагане на правоотношението на съставлящите го имуществени субективни права и задължения и самостоятелното им съществуване извън съдържанието на конкретното правоотношение.

Докато **публичното правоотношение** не може да се разложи на съставлящите го права и задължения, то е „монолитно“, неделимо, т. к. доколкото в

него се различават отделни права (правото на иск, правото на въззивна жалба, правото на касационна жалба и т.н.) те са само фази в осъществяване на целите на правното регулиране. Кое то предопределя доста по – тясното му съдържание в сравнение с частното.

7.4. В частното право **субективните права** са само конкретно съществуващи, призната и гарантирана от закона конкретна възможност за конкретно лице да иска (или да упражнява) определено поведение, за задоволяване на конкретен, признат от закона интерес. Те се реализират в контекста било на конкретно правоотношение (относителните субективни права), било като съдържание на правна връзка (абсолютните). И ясно се разграничават от правната норма, която представлява общо и абстрактно правило за поведение, адресирано към (теоретично) неограничен кръг от лица), годно да намери приложение толкова пъти, колкото в действителността се прояви конкретният житейски факт, чиито белези са описани общо и абстрактно в хипотезиса на тази норма, която ги урежда, субективните права в частното право се пораждат (изменят, прекратяват, погасяват) само при наличието на конкретен юридически факт и удовлетворяват конкретен интерес на личността (освен когато не са колективни), като се реализират поначало доброволно. Упражняването им става по съдебен ред само когато законът го предвижда⁵⁴, като процесуалният ред е необходим по правило само когато те са накърнени.

Докато **публичните права на гражданина** стоят на границата между обективното право и конкретна правна възможност, практическият им смисъл е да възпират носителя на публична компетентност от безконтролно вмешателство в частна сфера, респ. – от накърняване на публичните права на отделния гражданин или ЮЛ. Тази безконтролна намеса се гарантира чрез създаването на процедури, в които лицето да защити правата си срещу правомощията на органа. Публичното субективно право осигурява на гражданина (или на ЮЛ) възможността да конституира държавата, в лицето на нейните органи, като насрещна страна, в производство по оспорване законосъобразността на нейните актове и по този начин да гарантира неприкосновеността на правата на отделния гражданин по конкретния спор, респ. – да се стигне до прогласяването на нищожността или отмяна на властническия акт на конкретно, предвидено в закона основание.

7.5. Поначало **частноправните субекти** нямат **правното задължение да упражняват своите субективни права**, респ. – за тяхното неупражняване те не носят санкция, с изключение на случаите, когато права са им предоставени в интерес на други лица (най-често намиращи се в зависимост от титуляра,

⁵⁴ Напр. при упражняване правото на развод поради дълбоко и непоправимо разстройство на брака – чл. 49 от Семейния кодекс; на правото да се унищожи (чл. 32 ЗЗД) или да се развали договор (чл. 87, ал.3), да се отмени дарение (чл. 227, ал.3 ЗЗД) и др.

лица – напр. родителските права – по отношение на децата, тези на настойника или попечителя – по отношение на лицата, намиращи се под настойничество или попечителство). Така при някои непритезателни субективни права (напр. представителната власт), нейният носител (без по силата на овластителното право, да е длъжен да го упражнява), когато реши да прави това, следва да го упражнява в интерес на представлявания (арг. от чл. 40 ЗЗД)⁵⁵. В общия случай частноправните субекти не са длъжни дори да ги упражняват в свои интерес, и доколкото в гражданското право трудно може да се открият случаи, когато лицата носят задължение да не си причиняват вреди, те са свободни от санкция и в това отношение.

Докато компетентността като **публично** субективно право, освен правомощие, включва и **задължението, обвързаността на органа да го упражнява** – независимо дали при условията на оперативна самостоятелност или при обвързана компетентност. Разликата в двата случая не е в обвързаността на органа да упражнява своята компетентност, а в предпоставките, при които той следва да я упражнява.

ЛИТЕРАТУРА

- Андреев**, Михаил. Римско частно право. 4. прераб. и доп. изд. София: Наука и изкуство, 1971. 424 с.
- Венедиков**, Петко. Записки по римско право. [Учебно помагало за студенти-юристи]. София: Сиби, 1994. 168 с.
- Георгиев**, Валентин. Публични правоотношения. София: Сиела, 1998. 200 с.
- Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. 1. Чл. 1–112. София: Алиена Дочев-55, 1991. IV, 334 с.
- Карадимов**, Росен. Аудио-визуалното произведение. Конкуренция и баланс на права. София: Сиела 2018. 220 с.
- Матеева**, Екатерина. Интеграционно частно право. В: Сборник доклади от Научна конференция в памет на доц. д-р Кристиан Таков, проведена от Катедра Гражданскоправни науки на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 9 юни 2018 г. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2019.
- Новкиришка-Стоянова**, Малина. За римския модел на разграничаването на публичното и частното право. В: *Право и граници*. [Сборник доклади от науч. конф., проведена от катедра „Теория и история на държавата и правото“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“ на 15 май 2018 г.]. София: Унив. изд. Св. Кл. Охридски, 2018, 309–341. (Рез. на англ. ез. с. 309). (Състав.: Д. Вълчев, С. Гройсман).
- Новкиришка-Стоянова**, Малина. *Ius publicum – ius privatum*, В: *De jure publico*. [Студии по Римско публично право]. София: Сиела, 2013, 52–81.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. Т. 1. София: Софи-Р, 1995. 352 с.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.

⁵⁵ Вж. така и т. 2 от ТР № 5/2014 от 12.12.2016 на ОСГТК, ВКС.

- Рачев**, Филип. Обща теория на гражданското право. София: Унив. изд. Стопанство, 1997. 316 с.
- Русчев**, Иван. Към въпроса за дуализма на частното право. *Съвременно право*, 2000, № 6, 74-87.
- Русчев**, Иван. Нормативните актове – източник на частното право. София: Албатрос, 2008. 352 с.
- Сивков**, Цветан. Измененията на Административнопроцесуалния кодекс от есента на 2018 г. София: Сиби, 2019.
- Сивков**, Цветан. Споразумението по Административнопроцесуалния кодекс, София: Сиела, 2012. 188 с.
- Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Дял първи. София: Наука и изкуство, 1972. 204 с.
- Таджер**, Витали. Правото на държавна социалистическа собственост. София: Наука и изкуство, 1975. 504 с.
- Торбов**, Цеко. Събрани съчинения. Т. 3. Обща теория на правото. София: Юриспрес, 2002. 444 с. (Адапт. на текста: Георги Бойчев).
- Фаденхехт**, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I. Обективно право. София: Арм. воен.-изд. фонд, 1929. XII, 404 с.
- Янкулова**, Соня, Теодора **Николова**. Промените в Административнопроцесуалния кодекс 2018. София: Труд и право. 432 с.
- Larenz**, K. Allgemeiner Teil des deutschen Burgerlichen Recht. 7 Auflage, 1889, s.2 II.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-юн Ангел Калайджиев.