

**ПРОБЛЕМА ДЕЛЕНИЯ ПРАВА НА ЧАСТНОЕ И ПУБЛИЧНОЕ:
МИФЫ И РЕАЛЬНОСТЬ**

А. М. Михайлов

Институт государства и права Российской академии наук (г. Москва)

Поступила в редакцию 18 ноября 2014 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию исторических оснований деления права на частное и публичное в романо-германской юридической традиции. Подвергается сомнению позиция, утверждающая объективность «основного разделения права», его универсальность, способность гарантировать невмешательство государства в частную сферу жизни. Аргументируется тезис, что проблема деления права на частное и публичное имеет конкретные историко-культурные основания и связана с процессом эволюции романо-германского юридического семейства.

Ключевые слова: частное и публичное право, романо-германская юридическая традиция, мифы основного деления права, теория права, сравнительное правоведение, правовая доктрина.

Abstract: the article is devoted to exploration of historical foundations of private and public law division in the civil law tradition. Author doubts the assertion of objective grounds for the main law division, its universality, ability to guarantee non-interference of state into private sphere and its vital role for legal practice. The thesis that origins of such legal division have historical and cultural nature and are closely linked with evolution of civil law family is proposed.

Key words: private and public law, civil law tradition, myths in the main law division, theory of law, comparative law, legal doctrine.

Проблема разделения права на частное и публичное является одной из «вечных» проблем романо-германского правоведения. Для западной традиции права, особенно для континентальной юридической доктрины, характерно представление об объективном основании «основного разделения права». Считается, что данное деление производно от того объективного факта, что на протяжении всех исторических эпох, во всех культурах присутствуют в большей или меньшей степени интересы: личный, частный, индивидуальный, свойственный человеку от природы, а также общественный, коллективный, общий, присущий человеку в силу того, что он является существом общественным, развивается и живет в обществе себе подобных, вынужден взаимодействовать с другими людьми и согласовывать свои личные интересы с общими интересами социального образования. Иными словами, имеется довольно распространенное убеждение о том, что пока существуют человек и общество, будет существовать и проблема деления права на частное и публичное.

Проблема деления права на частное и публичное не имеет, как бы нам того ни хотелось, какого-либо однозначно верного решения: по мере развития различных обществ, изменения взаимоотношений в сферах личности,

власти и собственности, изменения превалирующих в обществе ценностей, верований, убеждений, представлений изменяются и те критерии, которые берутся за основу деления права на частное и публичное, меняется само восприятие частного и публичного права. Так, например, вплоть до XX в. некоторые теоретики вообще отказывались признавать статус права за международным публичным правом (Г. Ф. Шершеневич), другие причисляли международное право к частному праву (Л. И. Петражицкий); на протяжении исторических эпох заключение брака не было предоставлено свободному самоопределению личности и находилось под прямым воздействием и контролем власти, по существу, означало придание семейному праву публично-правового характера, что немислимо в России настоящего времени. Одно время частное право воспринималось не иначе как право, которое должно регулировать только лишь имущественные отношения, и поэтому семейное право причислялось к сфере публичного права; существовали и воззрения на право публичное как на право, где индивид является членом какого-либо общественного союза, из чего логически вытекало, что и семейное право, и право коммерческих и некоммерческих товариществ и обществ, иных общественных организаций являются составными частями публичного права. Даже если обратиться к литературе недавнего советского прошлого, то можно легко обнаружить, что все отрасли советского права считались публично-правовыми, потому что иное противоречило бы хорошо известной позиции В. И. Ленина о том, что в области хозяйства все является публично-правовым. Если до революции 1917 г. российские теоретики ассоциировали публичное право с общими делами государства (например, строительством железных и иных дорог, выпуском монет и др.), то на современном этапе российская юридическая наука (и это, несомненно, след тоталитарного советского режима) видит публичное право чаще со стороны властеотношений, императивных норм, а нередко и карательных санкций.

Господствующая в континентальной юриспруденции доктринальная позиция неизменно связывает формирование подразделения позитивного права на частное и публичное с именем выдающегося древнеримского юриста Домиция Ульпиана, который, как традиционно утверждается, выделил публичное и частное право по характеру защищаемого нормой интереса¹. Истоки данного воззрения уходят в цивилистику XIX столетия. Считается, что романо-германская правовая семья в силу рецепции рим-

¹ Философские основания «основного разделения права» принято относить к более раннему периоду, связывать с учением Аристотеля, который выделил уравнивающую (арифметическую) и распределяющую (геометрическую) справедливость. В частноправовых отношениях, при обмене материальных благ, равное обменивается на равное; в публично-правовых отношениях справедливость зависит от «известного достоинства», т.е. личных качеств агентов – мера общественной пользы различных лиц различна (см.: *Аристотель. Никомахова этика* // Соч. : в 4 т. М., 1978. С. 151–153). Допустимо утверждать, что уже философская мысль Греции выявила качественные различия между частными отношениями, где субъект выступает сам по себе, и отношениями публичными (политическими), где он является частью общественного целого.

ского права через *Corpus Juris Civilis* унаследовала «основное разделение права» от римских юристов.

На наш взгляд, фундаментальный характер деления права на частное и публичное, выступающий одной из «визитных карточек» континентальной правовой семьи, выражает не «духовную связь» со строем мысли римских юристов, а процесс развития профессиональной юриспруденции в романо-германской традиции.

Вместе с тем в учебной и монографической литературе современности в отношении значения проблематики деления права на частное и публичное присутствует целый ряд крайне слабообоснованных, а порой и ошибочных представлений.

М и ф п е р в ы й: универсальный и объективный характер деления права на частное и публичное. В англо-американском праве существует разделение в рассмотрении судами уголовных и гражданских дел по процедуре защиты нарушенного права, которая *per se* дала основания некоторым ученым утверждать о принятии юридической практикой судов общего права идеи разделения права на частное и публичное в прочтении А. Тона и С. А. Муромцева². Однако, думается, что с этой весьма оригинальной позицией критически настроенного цивилиста едва ли согласились бы англо-американские юристы, которые со времен Мёртонского статута (1235(6)) крайне ревностно относятся к национальным юридическим традициям и не позволяют ни римскому, ни другому праву думать за них.

Любой современный антрополог согласится с тем, что если африканская триба весьма эффективно борется с огнем, вышедшим за пределы сакрального места, то это еще отнюдь не означает, что у них произошел пожар второй степени сложности, но была выработана уникальная система пожаротушения, которую необходимо тщательнейшим образом исследовать: *в одинаковые внешне выраженные социальные действия могут вкладываться совершенно различные социокультурные значения*. Тем не менее многие современные ученые романо-германской правовой семьи склонны оставаться верными последователями школы постглоссаторов, *полагавших конструкции римского права ratio scripta совершенными «отражениями» объективной реальности, имеющими универсальное значение*³.

Ни один компаративист не станет всерьез спорить с утверждением, что *идея деления права на частное и публичное* является абсолютно чуждой прецедентной юридической культуре, практике и профессиональному правосознанию – ведь ни судьи, ни адвокаты семьи общего права не видят в ней насущного практического значения, которое с необходимостью вызвало бы ее обсуждение юридическим сообществом.

² См.: Белов В. А. Основное разделение права // Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. М., 2007. С. 45.

³ К примеру, известный философ права Г. Радбрух утверждал, что понятия частного и публичного права являются априорными, «предшествуют правовому опыту и изначально требуют проявления» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 142).

Основатель аналитической юриспруденции Дж. Остин еще в 30-х гг. XIX столетия прямо отверг разделение права на частное и публичное как необоснованное. Более-менее серьезно данная проблематика стала рассматриваться в англо-американской конституционно-правовой доктрине (А. В. Дайси) – да и то лишь применительно к принципу верховенства права (*Rule of Law*) – только в конце XIX столетия, никак, однако, не повлияв на становление и дальнейшее развитие англо-американской практики. Четко фиксируя различия судебного рассмотрения дел в уголовном и гражданском процессах, юристы прецедентной правовой традиции никогда не связывали их с конструкциями публичного и частного права.

Более того, для английских юристов ведущим показателем присутствия такого деления в национальной правовой системе выступает не та или иная юридическая доктрина, а вполне реальная судебная структура, воплощенная в системе административных судов, – в противовес общегражданским. Поэтому образчиком деления права на частное и публичное для английских юристов выступает Франция. Исходя из этого основания авторитетный английский конституционалист А. В. Дайси в 1885 г. утверждал, что такой дуализм судебной системы нарушает фундаментальный принцип равенства всех субъектов перед правосудием, являющимся ядром конституционной доктрины верховенства (господства) права: «простые» граждане и государственные чиновники оказываются в неравном положении перед лицом правосудия, что, по мнению английско-го конституционализма, недопустимо. Позднее Халсбери в «Законах Англии» утверждал, что пределы конституционного права Англии невозможно четко определить, поскольку *inter alia* отсутствует фундаментальное различие между публичным и частным правом и невозможно обозначить эксклюзивные сферы регулирования каждого из них. Лишь в 1983 г. лорд Деннинг стал утверждать, что в Англии формируется сфера публичного права в связи с образованием административного права – расширением средств судебной защиты, предоставляемых судами гражданам и организациям в процессах против публичных властей⁴.

На наш взгляд, попытка всенепременно «отыскать» в принципиальных процессуальных различиях в рассмотрении гражданских и уголовных дел в англо-американском праве континентальные юридические конструкции частного и публичного права является следствием их изначальной *аксиоматичной* (и далеко не всегда в должной мере рефлектируемой) *онтологизации, обективизации*, при которой в сознании ученых-юристов они *становятся реальными феноменами социоправовой реальности*. Из доктринального правосознания они, как правило, неосознанно – посредством

⁴ См.: *Glendon M. A., Gordon M. W., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases. 2nd ed., Minnesota, 1994. P. 753–757.* Также см.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 230*; *David R., Brierley J. E. C. Major legal systems in the world today. L., 1985. P. 339*; *Wade E. C. S., Bradley A. W. Constitutional and Administrative Law. L., 1994. P. 100–102*; *Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 79.*

юридического языка – переносятся в мир общественных практик, обретая в глазах ученого вполне реальные «плоть и кровь», что, по-видимому, является необходимой предпосылкой регулятивного потенциала любой юридической конструкции⁵. Вместе с тем «мир» юридических конструкций – это, как бы нам того ни хотелось, не «объективно существующая» социальная действительность, а «мир» мыслимый, «реальность» сознания, социокультурных интерпретаций и их знаково-языкового оформления, и именно поэтому проблема «основного разделения права», как и всякая подлинная проблема гуманитаристики, не имеет единственно верного «онтологического» решения с позиций «объективной истины», продолжая волновать умы ученых-юристов уже, по меньшей мере, третье столетие⁶.

Если бы различия между публичным и частным правом имели объективно необходимый для разрешения практических ситуаций, а не доктринальный характер, то была бы исключена ситуация, когда отрасль уголовного права с примерно единообразным – в рамках современной западной цивилизации – набором институтов, помещается учеными-юристами России и Германии в сферу публичного права, в то время как во Франции ее относят к праву частному, а в Англии вообще предпочитают иные классификации, разделяя преступления по их нормативному основанию на преследуемые по общему и статутному праву.

Имеются основания утверждать, что, хотя проблематика публичного и частного права и входит в число значимых проблем предмета юридической науки романо-германской правовой семьи, влияет на формирование понятийных основ профессионального правосознания континентальных юристов и имплицитно выражает определенные идеологические установки романо-германской юридической традиции, тем не менее она не является имманентной праву как социальному регулятору вообще, эссенциальной для юридической сферы в целом, не входит в круг вопросов, которые неизбежно становятся предметом исследования юридической мысли. Поэтому не стоит безосновательно «универсализировать» культурно и исторически обусловленные конструкции, эгоцентрично пытаясь «отыскать» их в других правовых семьях⁷.

М и ф в т о р о й: фундаментальное значение данного деления для юридической практики. Несмотря на то что некоторые авторы высказывают мнение, что деление права на частное и публичное имеет первосте-

⁵ Ср.: «Основной прием юридической конструкции заключается в том, что отношения юридические, существующие между людьми, объективируются, рассматриваются как самостоятельные существа, возникающие, изменяющиеся в течение своего существования, и, наконец, прекращающиеся» (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1907. С. 61).

⁶ Ср.: «Материальные отличия норм частного и норм публичного права... почти что неуловимы. Между тем формальное решение данных вопросов не представляет никаких принципиальных затруднений. То, что данной системой положительного права считается правом публичным и частным... есть вопрос данного условного установления» (Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 22).

⁷ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 10.

пенное значение для юридической практики, *доктринальное происхождение* данной проблематики, ее *исключительная распространенность в рамках континентальной, романо-германской правовой семьи*⁸ говорит в пользу точки зрения, что разделение системы права на частное и публичное культурно-исторически обусловлено⁹ и имеет лишь *весьма опосредованное и ограниченное значение* для судебной, адвокатской, нотариальной, правоохранительной и иных *юридических практик*.

Автору представляется крайне сомнительным утверждение, что судебное решение по гражданскому делу в современной России хоть на йоту изменится только лишь от того, посчитает ли судья обоснованной точку зрения В. В. Оксамытного, причисляющего гражданское процессуальное право к праву частному или, напротив, солидируется с позицией В. И. Червоноюка, считающего процессуальные отрасли публично-правовыми. *Функционирование системы правосудия в «закрытых» правовых системах, практически исключительно основывающихся на законодательстве и de jure не признающих правовую доктрину, источником права проходит вдали от полей академических баталлий.*

На наш взгляд, данное деление права, как и всякая доктрина, оказывает опосредованное воздействие на многие виды юридической практики через профессиональное правосознание юридического сообщества. Однако опосредованный характер такого воздействия не дает возможности четко определить степень, пределы воздействия и просчитать институциональные, специально-юридические и иные последствия.

М и ф т р е т и й: развитое частное право способно гарантировать невмешательство государства в частную сферу. Не представляются нам продуктивными – ни в теоретическом, ни в практическом отношении – попытки некоторых современных ученых целенаправленно, воистину следуя архиважной для советского хозяйства ленинской установке 1922 г., *идеологизировать* данную проблематику, только теперь с противоположным – частноправовым – уклоном, *онтологизировать* доктринальные конструкции частного и публичного права и, послушно внимая либеральной политической идеологии, жестко *противопоставлять* друг другу, сводя их взаимоотношения к *противостоянию* свободолобивой «атомарной» личности и властолюбивого государства, видеть в развитии частного права не иначе как «общепланетарную тенденцию», «главный показатель правового прогресса», *наивно-идеалистически* рассматривать данное доктринальное деление как *необходимую предпосылку* ограничения произвольного вмешательства государства в сферу предпринимательской деятельности и т.д.

Ведь если английскому групповому, а затем и общественному сознанию на протяжении нескольких веков свойственно глубокое восприятие либеральных ценностей, то и отсутствие доктринального деления права

⁸ См.: *Мальцев Г. В.* Частное и публичное право : проблемы теории // Гражданское и торговое право зарубежных стран : учеб. пособие / под общ. ред. В. В. Безбаха, В. К. Пучинского. М., 2004. С. 719.

⁹ См.: *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права : в 2 т. М., 1995. Т. 2, гл. IX, § 60.

на частное и публичное отнюдь не способствует формированию жестких авторитарных политических режимов в Англии, США, Канаде и других государствах, унаследовавших его конструкции и особенности мышления. И, напротив, общепринятое в качестве доктринальной проблемы в дореволюционной юриспруденции деление права на частное и публичное отнюдь не помешало России вплоть до Манифеста 1905 г. оставаться практически по всем характеристикам абсолютной монархией, где, как известно, нет юридических пределов для вмешательства государства в частную жизнь и предпринимательскую сферу.

Тот факт, что проблема деления права на частное и публичное была укоренена в доктринальном и профессиональном сознании юридического сообщества в дореволюционной России, опять же несколько не помешал разработчикам ГК РСФСР 1922 г. под чутким руководством вождя пролетариата свести на нет значение данной конструкции в советском гражданском законодательстве. Вывод представляется тривиальным: *ни одна юридическая доктрина per se не способна выступить эффективным противовесом авторитаризму и произволу государственной власти.*

В современной теоретико-правовой учебной литературе имеется и крайность противоположного свойства: то, что дореволюционные цивилисты и теоретики (С. А. Муромцев, Г. Ф. Шершеневич, Л. И. Петражицкий и др.) считали «основным разделением права» — начисто исключено из предмета проблем общетеоретической правовой науки некоторыми исследовательскими коллективами современности. Проблема современными теоретиками окончательно и бесповоротно разрешена — осталось только предъявить научному сообществу ее решение. Мы убеждены в том, что *если теоретическая романо-германская «проблема» деления права на частное и публичное была бы онтологически укоренена в жизни социума и имела объективно обусловленный потребностями юридической практики характер, то вряд ли она игнорировалась бы одними авторитетными учеными и «раздувалась» nec plus ultra другими.* Смог ли бы хотя один цивилист при изложении подотрасли обязательственного права проигнорировать договоры купли-продажи, займа, мены и пр.? Смог ли бы хотя один ученый-юрист при изложении теоретических основ государственности исключить из изучения такой признак государства, как государственная территория или начисто проигнорировать налоговую систему?

Генезис проблемы. Проблему разделения права на частное и публичное можно исследовать различными путями. Наиболее традиционный, освоенный юристами романо-германской семьи путь, — доктринальный, заключающийся в анализе имеющихся в юридической доктрине концепций. Основные ограничения данного подхода состоят в том, что при отсутствии *de jure* признания доктрины источником права любая «чистая» теория не способна *непосредственно* воздействовать на юридическую практику. При таком *status quo* сложно проследить «развитие» преваляющих в профессиональном правосознании теорий в институциональном, нормативном и «ментальном» «срезах» национальной правовой системы. Второй путь исследования проблемы — догматический, заклю-

чающийся в принятии за теоретическую основу определенной концепции и в исследовании позитивно-правового массива на предмет разделения норм объективного права, их функциональных взаимосвязей, актуальных и потенциальных юридических последствий, производимых таким разделением. Данный подход в отличие от предшествующего ограничен национальным позитивно-правовым массивом и ставит цель совершенствования юридической практики. Третий путь – сравнительно-правовой, связанный с сопоставлением доктринального «видения» проблемы «основного разделения права» (С. А. Муромцев, Г. Ф. Шершеневич, Л. И. Петражицкий), возможных институциональных и нормативных последствий ее реализации в различных национальных правовых системах романо-германской правовой семьи. В рамках данного подхода допустимо сравнение с профессиональным ее «видением» в англо-американском праве, поскольку такая сравнительная процедура может пролить свет на специфику юридического мышления юристов, принадлежащих к разным правовым семьям «западной традиции права» (Г. Дж. Берман). Четвертый путь – историко-генетический; его целью является вскрытие причин, обуславливающих формирование доктринальных концептуализаций по данной проблеме, а также раскрытие закономерностей развития доктринальных представлений и их связей с господствующими политическими, философскими, религиозными и иными идеологическими формами. Пятый путь – философско-правовой, имеющий ведущей целью анализ характера проблемы деления права на частное и публичное, вскрытие ее идейных оснований, проведение связей с различными философскими традициями. Не претендуя на полноту анализа, автор настоящей работы выбрал четвертый и пятый путь исследования проблемы.

Начиная с XIX столетия, в цивилистической науке традиционным является позиция, согласно которой авторство деления права на частное и публичное приписывается выдающемуся древнеримскому юристу Домицию Ульпиану.

Вместе с тем в силу *индуктивного* и *практического* стиля мышления римских юристов ими абсолютно не двигало и не могло двигать желание сформировать систему базовых понятий, конструкций и классификаций права. «Римляне не были ни систематиками, ни историками, ни теоретиками, а исключительно блестящими практиками. Их юриспруденция – это опытная наука единичных случаев, одухотворенная техника, а вовсе не какое-то абстрактное построение... Римляне рассматривают исключительно частные случаи и их проявления, но никогда не предпринимают анализа фундаментального понятия, такого, например, как судебная ошибка. Они скрупулезно различают виды договоров; но понятие договора им неизвестно. Точно так же неизвестна им и теория, к примеру правовой ничтожности или оспоримости», – справедливо отмечал О. Шпенглер¹⁰.

¹⁰ Шпенглер О. Закат Европы : в 2 т. М., 2004. Т. 2. С. 62, 68. По мнению Дж. Доусона, римские юристы направляли свое внимание в основном «не на тео-

Помимо этого, некоторые историки права и романисты небезосновательно указывали на то, что в традиционно цитируемом отрывке из Digest Ульпиан не делил объективное право на две части, а говорил о двух позициях в изучении права, выделял два вида отношений – где господствует общественная польза и где превалирует личная польза. Действительно, можно предположить, что в случае с известными цивилистами XIX в. произошло отождествление их доктринального сознания с мышлением римлян, т.е. древнеримские юристы наделялись способностью мыслить абстрактно, оперировать с понятиями и т.д.¹¹, основы чего, на самом деле, в континентальной цивилистике могли быть заложены, в лучшем случае постгlossаторами, в худшем – лишь пандектистами, разработчиками Германского гражданского уложения.

Если достаточно свободно толковать дошедшие до нас сентенции древнеримских юристов, значительно модернизируя их, то можно прийти к выводу, что метод правового регулирования как *формальный* критерий разграничения публичного и частного права (Р. Иеринг, Б. Б. Черепахин) берет свои истоки уже в римской правовой доктрине классического периода. Так, героический современник Ульпиана, признанный в 426 г. *Lex Allegatoria* Феодосия II и Валентиниана III *primus inter pares*, Папиниан прямо утверждает, что «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*» – норма публичного права не может изменяться соглашениями частных лиц. Выражаясь языком современного юриста, публичное право связывается римским классиком с императивным методом правового регулирования. В свою очередь, анализ римского юридического материала позволяет сделать вывод, что для права частного было характерно диспозитивное регулирование: в республиканскую эпоху многие нормы, регулировавшие отношения между частными лицами, являлись «бессильными», не защищенными санкциями (*leges imperfectae*), оставляли противоправный акт в силе, т.е. *de facto* допускали отклонение от их предписаний путем соглашения. Вместе с тем представляется аутентичным «узкое», буквальное толкование высказывания Папиниана, которое сводится к тому, что в древнеримской правовой доктрине было свойственно восприятие норм публичного права как безусловно обязательных для всех лиц и не подлежащих изменению частными соглашениями граждан. Поскольку Папиниан молчит о соответствующих характеристиках норм частного права, представляется некорректным приписывать ему авторство в формировании формальной концепции деления права на частное и публичное по критерию метода правового регулирования.

ретический синтез, а на последовательное и упорядоченное разрешение конкретных дел» (Берман Г. Дж. Западная традиция права : эпоха формирования. М., 1998).

¹¹ В XIX в. многие известные мыслители и ученые, включая, например, известного германиста О. Гирке и культуролога О. Шпенглера, не различали мышление римских юристов и мышление glossаторов, а юридические положения, сформированные glossаторской традицией воспринимали как продукт мышления римских юристов (см.: Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 109).

На наш взгляд, одной из основополагающих причин формирования доктринальных концепций деления права на частное и публичное выступает причина исторического характера: *генезис норм и институтов частного и публичного права в романо-германской правовой семье имел значительные различия*.

В рамках континентальной правовой семьи именно частноправовая сфера развивалась эволюционно, с высокой долей преемственности терминов, конструкций, институтов (чему во многом способствовал «экзегетический» (догматический) метод глоссаторской школы), поскольку вся цивилистическая доктрина романо-германской правовой семьи формировалась в результате «университетской» рецепции римского частного права (глоссаторы, постглоссаторы, систематики «элегантной» школы). Более того, тысячелетняя традиция римского права сложилась лишь в сфере права частного: именно частноправовые отношения в Риме претерпели постепенную эволюцию от обычаев, через право юристов к «кодифицированному» наследию эпохи Юстиниана. Публично-правовой цикл как в Древнем Риме, так и в «западной традиции права» (Г. Дж. Берман), изначально зависящий от одностороннего волеизъявления верховной государственной власти¹², напротив, не обладал эволюционной поступательностью («кумулятивностью») в своем развитии – ведь смена политического строя неминуемо влечет за собой и коренную трансформацию публично-правовых институтов. Совершенно не случайно некоторые исследователи вели родословную идеологических оснований публичного права от абсолютистских режимов Европы позднего Средневековья¹³. Действительно, любой серьезный историк-медиевист согласится с утверждением А. Я. Гуревича, что «никакого особого государственного права Средние века не знают»¹⁴, поскольку данная сфера общественных отношений регулировалась посредством спонтанно возникших в древности, а для последующих поколений «вечных» традиций, а также религиозных норм.

Именно поэтому формирование публично-правовых принципов законодательства, базовых юридических конструкций связывается компаративистами с классической «школой» естественного права XVII–XVIII столетий. «В области частного права естественное право не предложило практике никакой системы вместо римского права; оно занималось лишь деталями... но не созданием новых основ частного права... В области публичного права все обстоит совершенно иначе. Здесь римское право не могло служить образцом. И школа естественного права, в

¹² См., например: *Спекторский Е. В.* Проблема социальной физики в XVII столетии. СПб., 2006. Т. 2. С. 111.

¹³ «Система публичного права основана... главным образом, на принципах того суверенного, абсолютного государства, которое возникло на развалинах средневековой безгосударственности. Основное ее начало – господство государственной власти над людьми. Это создает для них одностороннюю обязанность повиновения» (*Спекторский Е. В.* Пособие к лекциям по энциклопедии права. Киев, 1917. Вып. 1. С. 92).

¹⁴ *Гуревич А. Я.* Категории средневековой культуры. М., 1972. С. 152.

дополнение к давней деятельности университетов, предложила модели конституции, административной практики, уголовного права, выводимых из «разума»... Школа естественного права требовала, чтобы наряду с частным правом, основанным на римском праве, Европа выработала и недостающие ей нормы публичного права, выражающие естественные права человека и гарантирующие свободу человеческой личности», – не без оснований отмечал Р. Давид¹⁵. Важно указать, что в эпоху господства школы естественного права (XVII–XVIII вв.) в сфере частного права уже существовала многовековая традиция, была сформирована догма права, в средневековых университетах действовали юридические факультеты, из которых были выпущены десятки тысяч студентов-юристов, сформировавших «непреодолимую» схоластическую традицию толкования и применения римского юридического наследия.

На наш взгляд, первые доктринальные осмысления проблемы деления права на частное и публичное начинаются именно со школы естественного права, в эпоху господства которой уже можно уверенно говорить о *существовании своеобразных «подразделений» юристов по предмету доктринальных исследований – юристы глоссаторской традиции с ориентацией на римское частное право и юристы-рационалисты философско-правовой традиции*, стремившиеся к кардинальной трансформации публично-правовых основ политических союзов. Для обоснования фундаментальных перемен в форме действовавших государств Европы юснатуралисты мысленно сформировали теорию общественного договора.

Поэтому *проблема деления права на частное и публичное в правовой доктрине континентальной традиции изначально связывалась именно с проблемой политогенеза*. Известный теоретик и государствовед Н. М. Коркунов указывал на то, что родоначальниками различения частного и публичного права по времени формирования являются юснатуралисты классической школы XVII–XVIII столетий, сторонники доктрины *contrat social*, которые полагали, что «право, действующее до соединения людей в гражданское общество, до основания государства – есть частное. Оно продолжает действовать и в государстве, но дополняется уже постановлениями, имеющими предметом определение организации государства и порядка функционирования его органов. Этот новый придаток и составляет право публичное»¹⁶.

Вместе с тем необходимо отметить, что как в юриспруденции Древнего Рима, так и в представлениях средневековых юристов *jus naturale неизменно связывается с частным правом*: по-видимому, уже в античности вполне ясно осознавалось, что публично-правовой писанный *nomos* (lex) является искусственным установлением публичной власти, артефактом культуры, а не фактом природы, и как таковой не существует вне политико-правовой организации общества. Ульпиан в первой книге «Институций» указывал: «Частное право делится на три части, ибо оно составляет

¹⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 38.

¹⁶ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 217.

ся или из естественных предписаний, или из предписаний народов, или из предписаний гражданских»¹⁷. Однако первая концептуализация разделения частного и публичного права по времени их формирования (создания), несомненно, принадлежит школе естественного права.

Философские основания проблемы: генезис и объекты. И. Ю. Козлихин утверждает, что в частноправовой сфере определяющий вектор правогенеза идет от отношений к формированию нормы, причем первоначальные фактические правоотношения, по мнению исследователя, складываются стихийно. Частному праву свойственна стихийность правообразования, формирование правовой нормы через типизацию правоотношений. Публичное же право, по мнению И. Ю. Козлихина, «придумывается» как система норм, порождающих новые институты, процедуры, отношения, т.е. развитие публичного права идет в обратном порядке – от нормы к отношению»¹⁸. Иными словами, для частного права «естественна» концепция стихийного децентрализованного правообразования, в то время как публичному праву вполне адекватна концепция целенаправленного, централизованного правотворчества.

Схожим образом различает частное и публичное право известный западный мыслитель Ф. А. Хайек¹⁹. Частное право, по мнению ученого, являет собой спонтанно возникший порядок («космос»), тогда как публичное право является рационально построенным порядком («таксис»). Ф. А. Хайек считает, что частное право современных западных государств спонтанно вырастает из торгового, ярмарочного права и портовых обычаев, в то время как публичное право «генетически связано с рациональными организационными правилами, являющимися не более чем «искусственной надстройкой» над действительным, «живым» правом. Публичное право есть рациональный корректив спонтанно выросшей правовой системы»²⁰.

Понимание права публичного как своего рода «надстройки» над правом частным, установленной публичной властью для обеспечения и упрочнения права частного впервые последовательно проведено в «Метафизике нравов» И. Канта²¹. Данная концептуализация без каких-либо качественных изменений будет встроена в марксистскую схему общественного устройства. Уже в 1843 г. К. Маркс напишет: «Политическая революция относится к гражданскому обществу, к миру потребностей, труда, частных интересов, частного права как к основе своего существования, как

¹⁷ Дигесты Юстиниана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. 1, кн. 1–4. М., 2002. С. 83.

¹⁸ Козлихин И. Ю. Российское общество и право. URL: <http://law-students.net/materials>

¹⁹ См.: Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода : современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 151–152.

²⁰ Исаев И. А. Право и общество (социолого-правовые проблемы в современной западной науке) // Право XX века : идеи и ценности. М., 2001. С. 300.

²¹ См.: Кант И. Метафизика нравов. М., 2007. С. 88, 102–105 и др.

к последней, не подлежащей дальнейшему обоснованию предпосылке, и потому – как к своему естественному базису»²².

«Сконструированный», «конституированный» характер публично-правового цикла корреспондирует позитивистским воззрениям на действие правовых норм, согласно которым юридическая сила неперсофицированных правил поведения устанавливается государственной властью со строго определенной даты и в принципе не зависит от произведенных такой правовой нормой социальных последствий, а также и не требует какой-либо социальной легитимации через «центральное ядро» культуры, систему общепринятых в социальном образовании ценностей. *Публичный интерес, неразрывно связанный с самосохранением и воспроизводством социального целого, объективно требует не только значительной доли императивности регулирования, но и, прежде всего, строгой определенности в действии правовых норм* (дата введения в силу, хронологический и субъектный режимы, способ отмены), не допускает зависимости юридической силы нормы от разнообразных и далеко не всегда формализованных социальных практик. «Спонтанный» характер образования частноправовых норм в гораздо большей мере соответствует социологическому взгляду на действие правовой нормы, при котором оно детерминируется социальными практиками, в конечном итоге выражающими степень легитимности таких норм в общественном правосознании.

Если действительность публично-правовой нормы может основываться исключительно на господствующей в социальном союзе политической воле, легитимность которой укоренена в общественном правосознании, то действительность частноправовой нормы подтверждается, конституируется именно через общественные отношения. Произвольно установленная государственной властью и не выраженная в социальных практиках частноправовая норма действительно является мертвой, в то время как публично-правовые нормы, опосредующие политико-властные отношения, для своей действительности не нуждаются в социальных поведенческих актах; им достаточно быть установленными легитимной публичной властью. Именно поэтому, на наш взгляд, многие позитивисты склонны «публицитизировать» позитивное право, в то время как многие представители социологического направления правопонимания склонны его «приватизировать».

В отличие от представителей исторической школы права И. Ю. Козлихин приходит к выводу, что стихийность образования частного права, формирование его норм на основе отношений говорят в пользу его интернациональности, публичное же право с генезисом от норм к отношениям, по мнению ученого, «более национально»²³. Исторический факт «реанимации» Дигест Юстиниана через полтысячелетие глоссаторами в совершенно ином историко-культурном контексте Средневековья и последующее реципирование в XIX столетии норм французского и германского гражданских кодексов целым рядом европейских государственно-правовых систем говорит в пользу «интернациональности», высокой степени

²² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 405.

²³ Козлихин И. Ю. Российское общество и право.

«эмансипированности» цивилистических конструкций от своего первоначального «материала», национально-культурного контекста, тем самым усиливая позицию И. Ю. Козлихина, а не основоположников немецкой исторической школы²⁴.

Более того, допустимо заметить, что в современной компаративистике типология западных правовых систем, в которой они подразделяются на романо-германскую и англо-американскую семьи, строится также на основе особенностей отраслей частного права, поскольку внутреннее единство континентального права исторически сформировано университетской «рецепцией» римского частного права.

Объекты частнопроводного регулирования более «овеществлены», «естественны», т.е. даны людям непосредственно (материальные блага) и не исчезают с ликвидацией институтов публичной власти (торговый оборот не исчезает в периоды государственных смут), в то время как интеллигибельные объекты публично-правового регулирования не имеют материально выраженных референтов, во многом являются результатом социально-властного конструирования и в этом смысле «искусственны», даны адресатам лишь опосредованно – через институты публичной власти и исчезают с их ликвидацией.

Если, следуя примеру В. П. Малахова²⁵, образно определить право частное (в традиции немецкой классической философии) как право *владения*, а публичное право (в понимании монархического правосознания у И. А. Ильина) как право *служения*, то различие в объектах частнопроводного и публично-правового регулирования становятся более отчетливыми: владеют, физически обладают чем-то овеществленным, в то время как служат всегда чему-то существующему в сознании, выходящему за рамки материально выраженного.

Интересно отметить, что в дореволюционной юриспруденции уже предпринимались попытки отграничить частное право от публичного по центральным объектам регулирования. Е. В. Спекторский отмечал: «Главным объектом, с которым имеет дело индивид системы частного права, является собственность, и притом не производная, установленная государством или пожалованная в пожизненное или наследственное владение, в удел, в бенефиций, а такая первородная и самодовлеющая, как и свободный человеческий индивид»²⁶.

На наш взгляд, именно по этой причине «понятие субъекта прав и принадлежащих ему субъективных прав составляет логическое предположение всякого гражданского права, без этих понятий самое гражданское

²⁴ См.: Козлихин И. Ю. Право, закон и власть в современной России // Наш трудный путь к праву : материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца. М., 2006. С. 74.

²⁵ См.: Малахов В. П. Философия права : идеи и предложения. М., 2008. С. 250.

²⁶ Спекторский Е. В. Пособие к лекциям по энциклопедии права. Киев, 1917. Вып. 1. С. 92.

право было бы невысказано»²⁷; «в то время как цивилистика, имеющая дело с основным первичным правовым слоем, широко и уверенно пользуется понятием субъективных прав, в теории публичного права применение этого понятия порождает на каждом шагу недоразумения и противоречия»²⁸. В отношении публичного права К. В. Арановский прямо указывает, что «отправление власти и связанные с ним правоотношения просто невозможны, когда не освоены интеллектуально и эмоционально, не выражены в правовых чувствах и представлениях»²⁹.

Имеются основания утверждать, что с объектами частноправового регулирования человек соприкасается на личном, «экзистенциальном» уровне, а с объектами публично-правового регулирования – на уровне общественно-политическом, гражданском. Еще К. Маркс указывал, что «человек, как член гражданского общества, имеет значение собственно человека, это – *homme* и отличие от *citoyen*, ибо он является человеком в своем чувственном, индивидуальном, непосредственном существовании, тогда как политический человек есть лишь абстрактный, искусственный человек, человек как аллегорическое, юридическое лицо»³⁰.

Сравнительно высокая степень интернационализации частного права может быть объяснена тем, что *торгово-имущественные отношения по своей природе не могут иметь жестких национально-государственных границ*, в то время как публичная власть, стоящая в центре публичного права, конституируется, по крайней мере в XVI–XX столетиях, национально-государственными границами. Поэтому, на наш взгляд, национальные «барьеры» («дух нации»: традиции, установки, стереотипы и т.п.) дают о себе знать гораздо в большей степени в публичном, чем в частном праве. Не случайно и то, что некоторые компаративисты и государственеды прямо указывают, что «правовые системы в большей степени похожи друг на друга в области частного права, нежели в области публичного», принципы которого государства «неохотно заимствуют из зарубежного опыта»³¹.

²⁷ Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998. С. 107.

²⁸ Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 94.

²⁹ Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 24.

³⁰ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 405.

³¹ Осаке К. Сравнительное правоведение : схематический комментарий. М., 2008. С. 26 ; Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М., 2007. С. 8.