


DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Научная статья

Исторические корни и современное состояние проблемы «публичное — частное право» во французской юридической доктрине

А.П. Семитко  

Гуманитарный университет,
г. Екатеринбург, Российская Федерация
приглашенный профессор, университет Париж Нантерр, Париж, Франция
 asemitko@mail.ru

Аннотация. Советская правовая система не знала деления права на частное и публичное, поскольку коммунистическая идеология не признавала ничего частного. Завершение коммунистического эксперимента и переход России к правовому государству, социальному рыночному хозяйству и уважению прав человека закономерно привел к необходимости возрождения частного права и его дальнейшему развитию, а потому в российской юриспруденции стала актуальной проблема деления права на частное и публичное. *Предметом исследования* является французская правовая доктрина по данной проблеме, изучение которой проводится по неопубликованным в России источникам. Рассматриваются исторические корни основного разделения права и его значение для французской правовой системы. Несмотря на отсутствие жестких границ в указанном разделении, описывающая его теория базируется на реальной правовой действительности романо-германской семьи правовых систем; эта теория не является абстрактным теоретизированием и полезна для практики, ибо нацелена на сохранения баланса между публично-правовым и частноправовым регулированием. Обсуждается вопрос о наличии основного разделения права в прецедентной правовой системе. Проводится *сравнительное* изучение проблемы в российской правовой доктрине. Делается *вывод*, что права человека являются той общей частью, которая объединяет публичное и частное право, а потому их единство имеет неразрывный характер: умаление частного права, как показал опыт строительства коммунизма в России, неминуемо приводит к уничтожению прав человека, а затем к превращению публичного права в псевдоюридическую систему.

Ключевые слова: право, частное право, публичное право, основное разделение права, дуализм права, романо-германская семья правовых систем, права человека

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления в редакцию: 26 апреля 2021 г.

Дата принятия к печати: 15 июля 2021 г.

© Семитко А.П., 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Для цитирования:

Семитко А.П. Исторические корни и современное состояние проблемы «публичное — частное право» во французской юридической доктрине // *RUDN Journal of Law*. 2021. Т. 25. № 3. С. 562—585. DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Research Article

Historical roots and current state of the “public — private law” issue in French legal doctrine

Alexey P. Semitko  

Liberal Arts University,
Yekaterinburg, Russian Federation
Visiting Professor, University of Paris Nanterre, Paris, France
 asemitko@mail.ru

Abstract. The Soviet legal system did not know the division of law into private and public, because communist ideology did not recognize anything private. The end of communist experiment and transition to legal state, social market economy and respect for human rights naturally led to the need to revive private law and to further develop it; therefore in Russian jurisprudence the issue of dividing the law into private and public has become relevant. The subject is the French legal doctrine on this issue; the study is carried out on the unpublished in Russia sources. The historical roots of the basic division of law and its significance for the French legal system are in the focus. Despite the absence of rigid boundaries in this division, the theory describing it is based on the real legal reality of the Romano-Germanic family of legal systems. This theory is not abstract theorizing; it is useful for practice because it aims to maintain a balance between public law and private law regulation. The issue of basic division of law in the case law system is discussed. A comparative study of the issue in the Russian legal doctrine is conducted. The author comes to the conclusion that human rights are the common part that unites public and private law, and therefore their unity is inextricable: the abrogation of private law, as the experience of building communism in Russia showed, inevitably leads to the destruction of human rights, and then to the transformation of public law into a pseudo-legal system.

Key words: law, private law, public law, fundamental division of law, dualism of law, Romano-German family of legal systems, human rights

Conflicts of interest. The author declared no conflicts of interest.

Article received 26th April 2021

Article accepted 15th July 2021

For citation:

Semitko, A.P. (2021) Historical roots and current state of the “public — private law” issue in French legal doctrine. *RUDN Journal of Law*. 25 (3), 562—585. (in Russian). DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-3-562-585

Введение

Советская правовая система не знала деления права на частное и публичное, поскольку коммунистическая идеология не признавала ничего частного. При этом все частное отрицалось не только в народном хозяйстве, о чем в 1922 г.

говорил основатель советского государства В.И. Ленин (Lenin, 1970:398), но и в социальной системе в целом, так как отдельный человек — «частное» лицо — рассматривался как средство для построения нового и, как казалось тогда, более справедливого общества, которое и объявлялось в данной государственно-правовой и социально-политической идеологии главной ценностью в ущерб интересам и достоинству отдельной личности. Правовое регулирование, как и вся социальная сфера, было огосударствлено, приобрело тотальный публично-правовой характер и превратилось в итоге в псевдоюридическую, неэффективную и античеловечную по своей сути систему управления делами общества. Заметим, что уничтожение частного права социализмом было предсказано теоретически за несколько лет до указанного распоряжения В.И. Ленина известным дореволюционным цивилистом И.А. Покровским в книге «Основные проблемы гражданского права», написанной в 1915—1916 гг. и опубликованной в Петрограде в 1917 г. (Pokrovsky, 1998:45—48). Многие явления и соответствующие им категории, необходимые в развитых правовых порядках, прежде всего в тех, которые ориентированы на идею правового государства, исчезли во внутреннем праве СССР за ненадобностью: например, публичный порядок, базирующийся на фундаментальных принципах права, а значит включающий в себя и идею прав человека, и выступающий не только для защиты общего социального интереса, но и для определения границ частной свободы (Krief-Verbaere, 2003:151—175; Verbaere, 2002:4—22; Litvinsky, 2005:464—555; Yarkov, 2020:246—250). Исчезновение последней, превращение всего социального в интерес «общественный», как его представляла себе узкая партийная верхушка, привело к исчезновению потребности не только в публичном порядке, но и во многих иных правовых механизмах, принципах и институтах. Ведь коммунизм, по утверждению его классиков, находится в оппозиции «против права как политического и частного, так и в его наиболее общей форме — в смысле права человека» (Marx & Engels, 1950, VII:186).

Завершение коммунистического эксперимента в конце 80-х — начале 90-х гг. прошлого века и медленный переход к демократии, правовому государству, социальному рыночному хозяйству и уважению прав человека закономерно привел к необходимости возрождения частного права (Alekseev, 2016:448—450) и восстановления самой его идеи (Alekseev, 2010a:323, 408), а потому в российской юридической науке актуализировалась проблема основного разделения права, решение которой позволит определить самостоятельное, достойное место частного права в системе «частное — публичное право» России. Отмеченная актуализация нашла свое отражение также и в изменении номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени в России, и теперь вместо пятнадцати специальностей мы имеем пять, центральное место среди которых принадлежит публично-правовым и частно-правовым наукам¹.

¹ Приказ Минобрнауки России от 24.02.2021 № 118 «Об утверждении номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени, и внесении изменения в Положение о совете по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук, утвержденное приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 10 ноября 2017 г. № 1093» // Официальный интернет-портал правовой информации. Режим доступа: <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 06.04.2021).

В правовой системе Франции деление права на публичное и частное является наиболее ярко выраженным: оно отражается в особенностях устройства ее судебной системы, в номенклатуре научных специальностей, в системе юридического образования. По этим причинам представляет особый интерес исследование доктринальных подходов к указанной проблеме именно в данной стране. Россия, как и Франция, принадлежит к романо-германской семье правовых систем, поэтому так важен анализ подходов к этой проблеме в одной из родственных нам правовых систем, что позволит зафиксировать общее и особенное в наших доктринах, а также понять, почему такое деление необходимо изучать в теории и учитывать на практике, что позволит наметить пути дальнейшего развития российской доктрины, благотворно скажется на правопорядке и будет, смеем выразить такую надежду, способствовать прогрессу правовой культуры России в целом.

Для решения поставленной задачи используется метод сравнительного правоведения: французская правовая доктрина изучается в сопоставительном плане, хотя характеристика российской юридической науки по данному вопросу минимальна и по причине небольшого объема статьи, и по причине хорошего знакомства российского читателя с данной проблемой. В таком случае можно говорить об имманентном характере сравнения. Используется также формально-юридический и исторический методы, правовая герменевтика (метод толкования права) и отдельные элементы культурологического анализа.

Исторические корни

Деление права на частное и публичное — историческое наследие и яркая отличительная черта романо-германской семьи правовых систем (David & Jauffret-Spinosi, 1998:60-61; David & Jauffret-Spinosi, 2002:63—64; Saidov, 2006:212; Schapp, 2006:19—23). Активно обсуждают эту проблему и в современной французской юридической литературе. Публичное и частное право делят здесь обычно на основании круга субъектов, участвующих в урегулированных правом отношениях, обязательно отмечают дуализм юрисдикций (судебная — «частная», для частных лиц и административная — публичная), в рамках которых соответствующие субъекты разрешают свои споры, часто добавляют критерий интереса (подчеркивая при этом сложности в установлении четких границ между публичным и частными интересами), в ряде случаев отмечают положение сторон по отношению их друг к другу (субординационные в пользу властного субъекта (Roubier, 2005:296)² или координационные, основанные на равенстве сторон и автономии их воли), другие юридические (односторонность и принудительность, порой прямая, властного волеизъявления и императивные правовые нормы или договорная техника и диспозитивные правовые нормы как

² Этот критерий, по справедливому замечанию Поля Рубье, не подходит для международного публичного права (МПП), в рамках которого государства находятся в равном положении по отношению друг к другу, и при отсутствии какого-то вышестоящего для них органа не может быть и речи о возникновении здесь правового режима субординации, что приводит в итоге к величайшему юридическому несовершенству и незавершенности в целом юридической конструкции МПП (Roubier, 2005:296).

преимущественные правовые средства в каждом из соответствующих подразделений права), а иногда и политико-правовые, идеологические (частное право — свобода, публичное — принуждение (Alland & Rials, 2003:522—525; Aubert, 2002:35—37) признаки и критерии, каковых французы насчитывают, со ссылкой на немецкого юриста начала прошлого века Якова Холлигера (работа 1904 г.), семнадцать (Roubier, 2005:295)³. Единодушно указывают на римское частное право (и далее дигесты Юстиниана, средневековую рецепцию римского права в Европе) как на источник разделения права на публичное и частное во французской правовой системе и отмечают, что в доктрине указанная дихотомия появилась лишь в XVI—XVII веках (Thireau, 2003:355—357; Alland & Rials, 2003:520—522; Beaudet, 1997:84—93). В Средние века эта идея была забыта или, как минимум, отодвинута на второй план, поскольку безраздельно господствовало право частное: публичная власть и суверенитет сами по себе определялись как собственность, как владение Князя, или Государя, и, наоборот, согласно знаменитому высказыванию французского юриста, государственного деятеля и одного из авторов Кодекса Наполеона — Гражданского кодекса 1804 г. Порталиса, во времена революций «все становится публичным правом» (Carbonnier, 1994:99; Malaurie & Morvan, 2005:48). Заметим, что верность последнего тезиса была сполна подтверждена также и в ходе Октябрьской революции в России. Во французском «Словаре правовой культуры» (Alland & Rials, 2003:520) также подчеркивается, что в Средние века римская дихотомия «публичное — частное право» была забыта, ибо средневековый мир был непроницаем для римских юридических категорий (Roubier, 2005:299—300). Однако, что касается ученой мысли средневековья, то в ней, по мнению ряда авторов, активно обсуждался данный вопрос и понятие «публичная польза» играло при этом большую роль в поисках критерия для разграничения публичного и частного права; это последнее имело единственное преимущество быть «уникальным и без всякой таинственности понятием, основывающимся исключительно на пользе отдельного» (Souriaux, 1987:84—85, 113—115).

В весьма подробном «Историческом введении в право» Андре Кастальдо, анализируя формирование частного права в эпоху средневековья, подчеркивает, что происходящие после исчезновения Римской империи изменения оказывали серьезное влияние на положение индивидов и территорий и заключались они, на самом деле, в слиянии публичного и частного права, поскольку право определяло теперь новую социальную ситуацию (Castaldo, 2006:182; Cabrillac, 2019:62). В параграфе «Обычное право и разделение на публичное и частное право» историк права пишет, что в период Средних веков зародилось множество институтов, которые можно рассматривать с точки зрения частного права, хотя природа и функционирование их относятся к политической организации средневековой эпохи (видимо, поэтому другие авторы говорят о превалировании частного права над публичным в Средние века (Lovisi, 2003:112—115). Эта организация, в действительности, являлась часто результатом встречи и даже слияния публичного

³ Известный российский ученый А.М. Михайлов систематизировал и глубоко проанализировал шестнадцать критериев, на «основе которых можно выявить различия между частным и публичным правом» (Mikhailov, 2016:400—407).

и частного права X в. и являлась составной частью смешанного образования, сформированного в тигле обычной феодальной сеньории. Великое разграничение на публичное и частное право исчезло и было найдено, и то, по мнению автора, с большим трудом, лишь в Новое время. Это деление стало хорошо известно на континенте с XII в., но обычное право оставалось к нему непроницаемым; несколько сборников обычного права, испытывавшие на себе сильное влияние римского права, обращались иногда к этой дихотомии *summa divisio*, но весьма неуклюже и не доводили ее до фактического применения в реальности обычного права (Castaldo, 2006:194).

Что касается римского права, дигестов Юстиниана, последующей их рецепции на континенте и той главенствующей роли, которую они сыграли в становлении рассматриваемой дихотомии, то она никем не оспаривается. Мишель Вилле высказал, но правда, по другому поводу еще более фундаментальную мысль относительно римского права как главного истока континентальной правовой системы (выразив сожаление, что в учебных программах для юристов римское право принесено в жертву изучению более полезных, по мнению некоторых весьма известных профессоров, предметов, он добавил): «Право Европы — это заимствование *Corpus Juris Civilis*. Именно в римском праве мы находим секрет его отличия по отношению к другим “великим системам” (таким, как китайское, индусское, еврейское право, каноническое право христианской Церкви), ключ его структуры, его метода, его принципов. Наша наука права исходит из Рима; это — изобретение римлян, также как философия — изобретение греков» (Villey, 1975:89—90; Cuniberti, 2007:19, 25).

Деление права на частное и публичное — *summa divisio* французского права

Данное деление признают наивысшим, главным, основным — *summa divisio* — делением французского права и французской юридической доктрины (даже номенклатура профессорско-преподавательского состава делится на «публицистов» и «приватистов», юридическое образование также ориентируется на данную схему (Miaille, 1982:173; Sourieux, 1987:114; Durand, Chêne & Leca, 2004:156; Auby & Freedland, 2004:9, 13), с одной стороны, а с другой — не перестают критиковать и ставить эту классическую характеристику под сомнение (Cabrillac, 2019:65; Alland & Rials, 2003:520; Miaille, 1982:173—183; Sériaux, 1997:288—293; Mainguy, 2002:15—22; Aubert, 2002:34, 37; Aubert, 2004:17—26; Durand, Chêne & Leca, 2004:156; Malaurie & Morvan, 2005:47—54; Roubier, 2005:294; Taormina, 2005:73; Beignier & Bléry, 2006: 65, 108; Malinvaud, 2006:169—171; Fabre-Magnan, 2009:13—14; Lacoste-Mary, 2009:32—35; Bonnet & Deumier, 2010; Bioy, 2011:13; Cabrillac, 2019:63—69; Halpérin, 2019:227—228). Так, в частности, французские теоретики права единодушно отмечают условность, неопределенность и нестабильность (изменчивость во времени) деления права на публичное и частное, а потому невозможность установления четких границ между указанными подсистемами (Carbonnier, 1994:99; Petit, 1992: 10—11; Petit, 2006:14—15; Courbe, 2003:15—16; Bialès, 2006:18—19; Beaudet,

1997:108—109 и др.). При этом подчеркивается, что наличие и почти что обязательное упоминание данной дихотомии практически в любой работе, посвященной общим вопросам теории права, не должно скрывать глубокого единства права как целого, которое имеет, конечно, различные аспекты и поэтому его можно рассматривать с разных углов зрения. Ален Серьо отмечает, что «право, все право, имеет двойное измерение — публичное и частное» (Sériaux, 1997:293), а знаменитый профессор административного права университета Бордо Леон Дюги (1859—1928) говорил: «Не существует права публичного и права частного, существует право» (Gridel, 1994:133). Однако, будучи в оппозиции к данному разделению, Леон Дюги и сам, тем не менее, использовал его иногда в своих работах (Auby & Freedland, 2004:20).

Можно сказать, что данный вопрос во французской юридической доктрине находится в ситуации достаточно «спокойной», но перманентной дискуссии. Поэтому очень трудно найти работу по введению в право, где бы данная проблема не обсуждалась, хотя бы в самом кратком виде (часто затрагивают ее также и в рамках французской дисциплины «гражданское право»). Французский курс «Введение в право» по своему предмету и содержанию совпадает в значительной мере с современной российской общей теорией права, а в нашей дореволюционной литературе — с энциклопедией права (Slobozaninov, 2020:122), некоторые учебники по которой имели практически такую же структуру и обсуждали похожий круг вопросов, как и современное французское «введение в право» (Trubetskoy, 1999; Taranovsky, 2001)⁴. Среди таких редких исключений, когда в рамках указанной дисциплины не нашлось места для обсуждения проблемы «публичное — частное право» самой по себе, можно назвать «Уроки по введению в право», авторы которых предложили весьма оригинальную и исключительно интересную структуру (как и содержание) предмета исследования (введения в право — общей теории права). Замечу, что авторы курса не критикуют и не отрицают данную дихотомию, они просто умалчивают о ней, что является более или менее закономерным следствием избранного ими структурного подхода к представлению и анализу общетеоретических проблем французского права. Однако они все-таки пишут, например, про «Имущество публичное, имущество частное» (таково название соответствующей главы — урока), где в первой категории выделяют имущество, образующее публичную собственность государства (не подлежащее по общему правилу, приватизации), и частную собственность государства (свободно участвующую в гражданском обороте); в курсе упоминается о частных лицах, а также анализируются юридические лица публичного и частного права и т. д. (Benillouche, Chavrier & Delamarre, 2009:125—129, 138—142). Ученые и не могут поступить иначе, ибо во всех упомянутых случаях

⁴ Заметим, что имеющийся в учебнике Тарановского Ф. В. раздел «Общее учение о государстве», как правило, отсутствует в современной французской дисциплине «Введение в право». Вопросы государства, его правового регулирования, устройства и функционирования во Франции изучают в рамках курсов «Публичное право», «Политические институты и конституционное право», «Конституционное право», «Административное право», «Административные институты» «Юрисдикционные институты» (последний совпадает во многом с нашим курсом «Правоохранительные органы») и др. (Georges, 1984; Zoller, 2006; Pactet, 1991; Pactet & Mélin-Soucramanien, 2007; Türk, 2009; Chapus, 2001; Maillot, 2006; Perrot, 2020).

имеются серьезные различия в правовом регулировании соответствующих вопросов, что и находит адекватное отражение в рамках обсуждения проблемы основного разделения права, если бы данные авторы решили говорить о ней прямо. Перефразировав известное выражение, можно сказать, что деление права на частное и публичное, которое ученые пытались прогнать в дверь, «пролезло» в их текст через окно. Все это дает основание утверждать, что рассматриваемое в данной статье деление права не является абстрактной доктринальной идеей, которая могла во французской юридической науке (как и в других доктринах романо-германской семьи правовых систем) быть, а могла бы и не быть, но отражает важнейшую и достаточно глубинную часть правовой реальности.

В подтверждение данного вывода можно сослаться и на авторитет римских юристов, впервые отразивших и зафиксировавших указанный дуализм правовой действительности, помня, что они не имели склонности к пустому абстрактному теоретизированию, а решали практические юридические задачи — даже тогда, когда писали, как, например, Ульпиан, про изучение (или про само строение права? Однако, скорее всего, в равной мере и про изучение, и про строение) права, на что обращено внимание как в российской (Maltsev, 2003:24; Belov, 2007:39—40), так и в зарубежной (но с оговорками об авторстве вводной части этой фразы, а именно: про «изучение» (Vecchio, 2004:292) юридической науке — и потому сложившаяся в романо-германской правовой доктрине на основе их констатаций теория разделения права на публичное и частное есть отражение реально существующих особенностей правового регулирования в каждой из указанных сфер.

Что касается отношения идеи Ульпиана и римских юристов либо к самому строению права, либо только к его изучению (или к тому и другому одновременно, что более логично), то итальянский философ права Джорджио Дель Веккьо в «Философии права» (французское переиздание 1953 г. его работы 1930 г., которая тогда называлась «Уроки по философии права») отметил, что, согласно мнению некоторых романистов, вводная часть высказывания о том, что в данном исследовании есть два направления («изучение права распадается на два положения»), возможно, не принадлежит Ульпиану, а была добавлена позже (Vecchio, 2004:292). Эта гипотеза усиливает позицию тех ученых, которые, как и автор этих строк, полагают, что римские юристы в данном случае имели в виду не столько (или не только) изучение права, сколько его глубинное строение — его структуру и присущие каждой из ее частей свои юридические особенности. И, исходя из их практического мышления, это — наиболее вероятная гипотеза. Дореволюционный российский цивилист Н.Л. Дювернуа, процитировав это высказывание Ульпиана, приводит мнение немецкого романиста Генриха Дернбурга (1829—1907), который в своих Пандектах обращает внимание «на *практический* характер этого деления двух сфер права у римлян...» (Duvernois, 2004:31). Поль Рубье, с одной стороны, соглашаясь (со ссылкой на работу Е. Ризлера 1938 г.) с тем, что могут быть сомнения в том, насколько это знаменитое высказывание Ульпиана точно выражало взгляды римских юристов на интересы как основание деления права на публичное и частное, приводит, с другой стороны, мнение Папиниана (D. 2, 14, 38) о том, что «публичное право не может быть изменяемо

договорами частных лиц» и пишет, что это правило действовало именно потому, что частные лица не имели никакой власти в отношении интереса публичного (Roubier, 2005:296—297). К этому мнению П. Рубье добавим также и то, что максима Папиниана прекрасно свидетельствует о глубочайшем понимании римскими юристами различий в правовых режимах публичного и частного права, следовательно, данное деление существует в самой правовой материи, что ими глубоко осознавалось, анализировалось и учитывалось в практической юридической деятельности. Как отмечал еще С.А. Муромцев, противоположность публичного и частного (ученый называл его гражданским) правового порядка не составляет только идею ученого (Ульпиана), но «выражается в целом ряде внешних фактов. Ей соответствует (хотя далеко не всегда) большое различие в учреждениях, которые выполняют функции юридической защиты» (Muromtsev, 2004:169). Представляется, что совершенно не правы те ученые, которые утверждают о произвольности, умозрительности и искусственности подобного рода конструкций. Их утверждения (Ricci, 2002:9; Munagorri, 2006:12; Munagorri, 2019:15—16; Aubert, 2004:18; Labbée, 2005:13) выглядят иногда внешне правдоподобными лишь в силу того реального факта, что рассматриваемое деление не имеет, на самом деле, четких и жестких границ, которые к тому же еще и меняются во времени.

Деление права на публичное и частное есть теория, которая базируется на реальной правовой действительности, как минимум, романо-германской семьи правовых систем.

Имеется ли подобное деление в других семьях правовых семей?

Наличие такой дихотомии, но весьма слабо выраженной, отмечают даже в англо-американской прецедентной семье — в системе общего права (Auby & Freedland, 2004:10, 14). Хотя вполне вероятно, что многое, если не все, зависит от подхода, от предварительной установки субъектов правового анализа и поэтому то, что «видят» в прецедентной системе континентальные юристы — не замечают или (что, скорее всего) не придают особого значения, а потому не используют в своей практической работе юристы-аборигены общего права. Все это отнюдь не свидетельствует об отсутствии в данной, как и в почти любой другой современной правовой системе качественного различия в публично-правовом и частноправовом регулировании соответствующих отношений. Исключение следует сделать для идеократических — коммунистических и, возможно, религиозных систем регулирования. Так, в последних имеются свои особенности в плане основного разделения права, когда такое деление либо не признается вообще, либо, как, например, в исламской правовой культуре, проявляется во второстепенных для нее классификациях: сначала все право делится на право Бога, то есть связанное с культом, и на право людей — это и есть ключевое для данной правовой системы деление; и уже далее — в праве людей — выделяются отрасли, которые регулируют отношения частных лиц, а также отрасли, которые регулируют отношения властвующих и подвластных, устройство государства и т. д. (Khalláf, 1997:47—48; Weiss, 2008:280), что и доказывает реальность

основного разделения права даже в мусульманском праве (в праве людей, конечно). Дж. Шахт отмечает, что типичной чертой исламского права является его частный и индивидуалистический характер в целом, что вполне согласуется с анализом структуры исламского «публичного» (слово «публичное» у данного автора — в кавычках) права (Schacht, 1982:208—209). Таким образом, если рассматриваемая в данной статье дихотомия не акцентируется учеными или практиками какой-то правовой системы, в том числе англо-американской юридической доктриной в целом и если она не реализована в институциональном государственно-правовом устройстве, то это свидетельствует лишь о слабом ее концептуальном (в силу незаинтересованности ученых в данной проблеме) анализе и соответствующем практическом правовом развитии (точнее, неразвитости в данном отношении) по причине весьма большого числа возможных вариантов как анализа, так и практического функционирования той или иной правовой системы, которые зависят от истории и культуры данного социума, его менталитета и массы других факторов соответствующей правовой нации. Оригинальным примером такого специфического «видения», которое зависит от национально-правовой «прописки», а значит и соответствующей установки юриста-исследователя может послужить пример рассмотрения французского права английскими учеными.

Так, профессора трех британских юридических факультетов подготовили очень интересную книгу «Принципы французского права», в которой они следуют в основном за сложившимся во Франции делением права на публичное и частное, однако, во-первых, все процессуальные отрасли структурно выводят за пределы указанной дихотомии (сначала рассматривают процессуальные отрасли, которые для их правовой доктрины представляют гораздо больший интерес и значение, а потом уже выделяют разделы публичного и частного права, где реально анализируют отрасли лишь материального права, хотя и указывают ранее, что данная дихотомия распространяется как на материальные, так и на процессуальные отрасли права) и, во-вторых, структуру частного права представляют не по тому отраслевому делению, какое принято во Франции, а так, как видят они ее сами и как считают (причем, возможно, что вполне оправданно) более продуктивным для объяснения своим англо-американскими правовым соотечественникам, для которых они и подготовили данный труд, и поэтому частное право у них оказалось разделенным, скорее, по тем рубрикам, которые приняты в прецедентной, а не в континентальной системе, а именно: семейное право, право собственности, обязательственное и коммерческое право (Bell, Boyron & Whittaker, 1998:40). В этом перечне отраслей бросается в глаза, прежде всего, отсутствие гражданского права, в то время как континентальную семью правовых систем не редко обобщенно называют, в том числе и авторы цитируемой работы (Bell, Boyron & Whittaker, 1998:1), системой гражданского права (Fabre-Magnan, 2009:18), и, кроме того, они выделяют семейное право, которое во Франции включено в право гражданское (Roubier, 2005:292; Leveneur, 1995), то есть в рамках частного права британские коллеги рассмотрели лишь одну его отрасль (коммерческое), несколько частей гражданского права обозначили как самостоятельные отрасли, а самую главную (и по объему, и по значению) отрасль

не стали указывать вовсе, что искажает принятый у французских юристов подход к данному вопросу. Правда, в другой работе один из указанных авторов дает анализ французской системы права, характерный в общем и целом для стандартного описания ее в континентальной правовой доктрине: анализируется гражданское, уголовное, административное и конституционное право — именно такой порядок глав принят у автора, хотя для юриста континентальной правовой системы гораздо более логичным представляется начать с анализа прежде всего конституционного права, в котором заложены основы правовой системы в целом, чего англичане, по видимому, сильно недооценивают в силу отсутствия у них писанной конституции (Dell, 2001:64—242). И наоборот, французский юрист, преподававший 14 лет в Королевском колледже в Лондоне, — Ева Штейнер специально для английского читателя написала книгу «Французский юридический метод» (Steiner, 2002:241), в которой она посмотрела на французское право глазами английского юриста и сделала это, по моему мнению, весьма успешно, хотя и без анализа основного разделения права, о котором пишут представители континентальной семьи правовых систем и которое вряд ли заинтересует английского читателя, что прекрасно понимает Е. Штейнер, опуская данную проблему из рассмотрения в своей монографии. В любом случае эта и упомянутые выше две работы, в которых анализируется французская правовая система, обогащают представителей как континентальной, так и, надемся, англо-американской правовой доктрины тоже.

В российской дореволюционной литературе при анализе основного разделения права некоторые ученые полагали само собой разумеющимся его наличие и в английской правовой системе тоже. Так, Н.Л. Дювернуа, сторонник такого формально-юридического критерия деления права на публичное и частное, как инициатор защиты нарушенного права — представитель государства или частное лицо — писал: «Если мы возьмем за признак частного права иск лица, направленный к ограждению норм в его интересе, то окажется, что в Риме и в Англии под этот признак подойдет круг явлений, неизмеримо более обширный, чем у французов, немцев, у нас» (Duvernois, 2004:54). Если исходить из данного критерия разграничения права на две подсистемы, то оказывается, что в английской правовой системе сфера частного права гораздо более обширная, чем сфера права публичного. А утверждение об отсутствии такого деления в Англии для данного подхода было бы явным недоразумением.

Понятно, что идея «публичное — частное право» не воспринята доктриной прецедентного права и потому она там не развита и не используется. Но в современном цивилизованном обществе хоть Запада, хоть Востока, с почти всеохватывающей ролью государства вряд ли кто-то будет серьезно настаивать на том, что отношения государственных органов между собой и с частными — физическими и юридическими — лицами строятся во всех абсолютно случаях по той же самой правовой модели, как и отношения частных лиц между собой. В каких-то правовых культурах этому реально существующему дуализму в средствах правового регулирования (причем эти средства могут использоваться как по отдельности, так и в разных сочетаниях), приводящему к соответствующим характеристикам в строении права (его норм, институтов, процедур и т. д.) придается

первостепенное значение и поэтому возникают специальные юрисдикционные порядки, другие особенности как институционального, в том числе судебного, устройства, так и структурного распределения правовой материи, а в других правовых культурах этому не придают большого значения, обращая внимание на другие моменты и классификации, что тесно связано, по верному мнению Пьера Сандевуара, не только с образом мышления и методами рассуждения, присущими каждому политическому сообществу, или с характеристиками каждой системы права, но и порой даже выражает «настроение и наклоности тех или иных юристов» (Sandevoir, 1991:58; Sandevoir, 1994). В итоге все это приводит к образованию и дальнейшему развитию самых различных семей правовых систем — тех, в которых имеется отчетливо выраженное деление права на частное и публичное, и тех, где такого деления нет или, точнее сказать, оно не выявлено, как, например, в системе общего права, ибо не заинтересовало соответствующую доктрину, не было ею зафиксировано и не находит своего дальнейшего развития, а потому является, по верному замечанию А.М. Михайлова, чуждым для прецедентной правовой культуры (Mikhailov, 2016:417). Хотя это деление хорошо известно юристам общего права и они его обсуждают, но, разумеется, далеко не так активно, как в континентальных правовых доктринах (Zipursky, 2004:623—655). При обсуждении неприкосновенности частной жизни профессор центра права Университета Джорджтауна Анита Л. Аллен ссылается на работу Милля «О свободе» (1859 г.), который давно уже четко разграничил публичную и частные сферы, однако это, как видно, не воодушевило англо-американских юристов, за некоторыми незначительными исключениями, на продолжение анализа данной идеи в сфере права и его строения в особенности, на что они имеют, разумеется, полное право (Allen, 1999:144). Деление английской правовой системы на публичное и частное право как само собой разумеющийся ключевой факт можно найти и в учебной литературе, предназначенной для английских юристов, но такой подход, по-видимому, — исключение (Martin, 2001:3), чем общее правило. Авторы совместной французско-британской коллективной монографии, специально посвященной сравнительному изучению данной проблемы в этих двух правовых системах, отметили: «В конечном счете, оказывается, что настоящая конвергенция — в процессе своего становления: две правовые системы устремлены к некоторой средней позиции, в которой разделение на право публичное и право частное не будет ни фанатически защищаться, ни агрессивно отрицаться, но просто будет рассматриваться как релевантное и умеренно содержательное одновременно» (Auby & Freedland, 2004:10, 14).

Говоря о наличии во Франции судебной (общей) и административной юрисдикций, Филипп Жестаз пишет, что некоторые страны — такие, как например, США не знают подобного дуализма, что может привести к поспешному выводу, будто они игнорируют различие публичного и частного права. На самом же деле, это различие просто не так резко выражено, но оно неизбежно существует, поскольку соответствующие им два типа социальных отношений различаются по своей природе: брак и наследование, аренда и купля-продажа не подчиняются той же самой логике, что и отношения между гражданами и публичной властью (Jestaz, 2002:42—43). Деление права на публичное и частное существует во всех

западных правовых системах, в том числе и в английском праве, где оно, впрочем, появилось позднее (Auby & Freedland, 2004:10, 14; Malinvaud, 2006:169).

Российская правовая доктрина о публичном и частном праве

Поскольку российской частное право имеет «младенческий» возраст, то и само это деление появилось в России не так давно. История вопроса в целом (история доктрины, история становления и развития дуализма права) требует специального исследования. Кратко и глубоко по сути высказался по этому поводу Е.А. Суханов: «Существование сферы частного права как области, по общему правилу закрытой для произвольного вмешательства государства, в истории России, к сожалению, оказалось весьма непродолжительным и во многом символическим. Еще в конце XVII — начале XVIII в., когда в западноевропейских государствах уже активно развивалось частнокапиталистическое хозяйство (чему активно содействовало признание и закрепление в их правовых системах частноправовых начал), в российском законодательстве отсутствовали необходимые предпосылки (условия) частноправового регулирования» (Sukhanov, 2008, I:25). Понятно, что отсутствие или неразвитость частной собственности, частноправовых начал в правовой системе не позволяет говорить и об основном разделении права. Дореволюционный период развития вещного права рассмотрел М.Ф. Владимирский-Буданов в «Обзоре истории русского права» (Vladimirsky-Budanov, 1907:521—606), из которого видно, что становление частной собственности — сердцевины частного права — происходило в России крайне медленно и до момента, когда она была ликвидирована в результате Октября 1917 г. (Semitko, 2017:32—72) вряд ли можно насчитать более полувека, считая с 60-х гг. XIX в. — после реформ Александра II. Если к этому периоду добавить еще 30 последних лет — с момента принятия Закона РСФСР от 24.12.1990 № 443-1 «О собственности в РСФСР», где был раздел, посвященный праву частной собственности, — то в итоге не будет даже и одного века, хотя вряд ли имеет смысл считать здесь дореволюционный период, так как он был полностью нивелирован советской эпохой (Alekseev, 2007:136—238; Vlasova, 2007:68—115). Следует, однако, заметить, что частные и публичные дела различались в российском законодательстве и более раннего периода, то есть до реформ 60-х гг. XIX в. Так, Н.Л. Дювернуа, анализируя такой, выделенный немецким юристом Августом Тоном, критерий разграничения права на публичное и частное, как субъект притязания на защиту нарушенного права, отмечает, что в русском законодательном языке проводилось различие между делами общенародными и челобитчиковыми, ссылаясь при этом на ряд актов, первый из которых датирован 1714 г., хотя «полного соответствия понятия дела челобитчикова и права частного нет у нас..., но отметить чуткость нашей практики к тем же признакам, к коим приводят нас теперешние немецкие учения, конечно, любопытно» (Duvernois, 2004:47).

В дореволюционной юридической доктрине проблема основного разделения права, в том числе исторические ее корни, обсуждалась очень активно, анализ чего составляет предмет отдельного исследования. Одно лишь можно сказать

с полной уверенностью, что данный период в развитии российской науки заложил очень солидную базу для наших современных исследований (Korkunov, 2004:208—228; Muromtsev, 2004:168—202; Duvernois, 2004:30—57; Shershenevich, 1995. II:123—172; Petrazhitsky, 2000:508—588; Taranovsky, 2001:226—241; Trubetskoy, 1999. С. 192—199 (224 с.); Ilyin, 2003:118—123; Pokrovsky, 1998:37—48 и др.).

К публичному праву относятся правовые нормы, которые регулируют отношения, связанные с осуществлением государственной власти, с управлением общественными процессами в интересах всех, то есть в публичных интересах. Отношения регулируются из «одного центра» путем издания государственной властью императивных, обязательных для граждан предписаний. Публичное право базируется на отношениях власти и подчинения, то есть на неравноправии государства и гражданина, а также неравноправии в тех подсистемах государства (государственного аппарата в узком смысле), которые построены на принципе иерархической подчиненности.

Частное право — это право отдельной личности, которое защищает ее интересы во взаимоотношениях с другими частными лицами. Оно регулирует отношения между людьми в их ежедневной, обыденной жизни. При этом все находятся здесь в равноправном по отношению друг к другу положении, имеют одинаковые правовые возможности. Таковы, например, имущественные отношения, связанные с заключением различных сделок, занятием предпринимательской деятельностью, а также семейные и другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения (Alekseev, 2010a:321—444). Частное право — это область свободы, а публичное — область необходимости, господства императивных, властно-принудительных начал. Однако было бы ошибочно делать вывод о превосходстве одной подсистемы права над другой: они тесно взаимосвязаны и взаимозависимы — ни одна из них не может полноценно функционировать без другой.

В качестве критериев деления права на частное и публичное (или основного разделения права) отмечают следующие параметры, факторы, признаки или основания, которые можно объединить в две группы — материальный и формальный критерии. Область отношений (прямо или косвенно связанные с осуществлением публичной власти или не связанные с таковым). Цели и интересы, польза, которые по преимуществу преследуются субъектами отношений (общественные, публичные или частные). Юридические инструменты (средства и меры) защиты нарушенных прав, а также то, кто, по общему правилу, может выступать инициатором защиты нарушенных прав (государство или частное лицо). Преимущественные принципы и методы (императивные, централизованные или диспозитивные, децентрализованные), а также способы (обязывание, запрет или дозволение в разных сочетаниях) и модели (общедозволяющий или разрешительный, то есть «запретительный» типы) правового регулирования общественных отношений. Круг субъектов правовых отношений (в публичном праве, как минимум, одной из сторон всегда выступает государство, государственный орган, должностное лицо, наделенные властными полномочиями, отсутствующими у частных лиц). Положение участников регулируемых

отношений относительно друг друга (отношения субординации, то есть власти и подчинения в публичном праве либо координации, т. е. равенства в частноправовых отношениях (Alekseev, 2010a; Tcherepakhin, 1994; Dororkhin, 2006; Belov, 2007:35—63; Azmi, 2014; Mikhailov, 2016:398—430 и др.).

В итоге можно утверждать, что отношения между такими субъектами права, как государственные органы и должностные лица, — публичные, а между иными — негосударственными — субъектами (физическими и юридическими лицами) — частные; сложности возникают при определении типа регулирования (публичное или частноправовое) при осуществлении коммуникаций государственных органов и должностных лиц с физическими и юридическими лицами. Если сравнить российскую правовую ситуацию с французской правовой системой по исследуемому в статье критерию, то в России деление права на публичное и частное не проведено так строго и последовательно, как во Франции. Оно не доведено у нас до институциональной сферы, поскольку в России отсутствует деление судебной системы на суды общей и административной юрисдикции, как это имеет место во Франции, хотя в процессуальном законодательстве учитываются особенности рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений.

Если до сих пор публичное и частное право рассматривали как отличающиеся по ряду признаков составные части или подсистемы права в целом, то С.С. Алексеев сделал акцент на то, что указанное деление права — это, прежде всего, деление *концептуального* порядка (Alekseev, 2010a:344), а не просто и не столько классификационного характера, позволяющего распределить юридические нормы и правоотношения на две крупные подсистемы права, тем более, что сделать это последнее четко и последовательно крайне сложно, ибо границы между ними не всегда достаточно строгие — они зыбкие, подвижные, стерты реальной жизнью, законодательством и юридической практикой (Alekseev, 2010a:343; Alekseev, 1995:73; Alekseev, 2001:163). Публичное и частное право — это не отрасли, а целые сферы, зоны права, это — различные пласты правовой культуры (Alekseev, 1999:586—587), качественно разные области правового регулирования, два разных «континента» или две «юридические галактики» (Alekseev, 2010a:348; Alekseev, 1999:218), глубинные правовые начала (Alekseev, 1999:46—47; Alekseev, 2010a:351—352), разные «юридические миры» (Alekseev, 1999:586), которые в различном соотношении присутствуют в конкретных отраслях права и во многих случаях они оказываются «перемешанными»: в жизненных отношениях довольно часто наличествуют различные профильные элементы, одни из которых относятся к частному праву, а другие — к публичному. И хотя в каждом случае можно определить, какие из них являются основными, базовыми, но все же «предельно строгой классификации, когда весь правовой материал полностью, исчерпывающим образом распределяется по „своим“ полочкам, достигнуть здесь невозможно» (Alekseev, 2010a:344).

Прав С.С. Алексеев, говоря, что «частное право, как и право публичное, представляет собой в концептуальном отношении выражение первичных и исходных начал права как явления цивилизации и культуры (с философской стороны — как „явления разума“»)» (Alekseev, 2010b:468). Такой подход С.С. Алексеева можно соотнести и с концепцией Густава Радбруха о том, что

понятия «частное» и «публичное» право — это «априорные правовые понятия»: они не являются понятиями позитивного права, которых могло и не быть в каком-либо позитивном правопорядке. Логически они, скорее, предшествуют любому правовому опыту и изначально требуют его проявления (Radbruch, 2004:141—142).

Данное разграничение имеет «фундаментальное для права значение, выражает его глубокие, исходные начала, а отсюда — принципиальные особенности» (Alekseev, 1999:582). В этом делении скрыты и реализуются сами основы и принципы права как института цивилизации: в нем заложен потенциал рациональной организации жизни людей. С.С. Алексеев приводит мнение И.А. Покровского, о том, что юриспруденция «инстинктивно чувствует» в различении публичного и частного права «глубоко принципиальное; она **смутно** улавливает глубокую разницу в самом **духе** права публичного и частного» (Pokrovsky, 1998:38).

Таким образом, разграничение права на публичное и частное выражает глубокие, **исходные начала права**, а отсюда и принципиальные особенности, которые проявляются в рамках данных сфер права, каждая из которых отличается своеобразным юридическим инструментарием (Alekseev, 2001:113). Публичное и частное право имеют свой собственный «дух» (Alekseev, 2010a:351—352), свои исходные начала, принципы, особенности.

С.С. Алексеев отмечает, что во второй половине XX и на пороге XXI в. начинают вырабатываться и приниматься гражданские законы нового поколения, выражающие глубокое единство частного права и неотъемлемых прав человека — такие, как Гражданский кодекс Нидерландов, канадской провинции Квебек (Alekseev, 2010a:357—360, 397—398). Ученый включает в этот перечень и принятый в России Гражданский кодекс (ГК РФ в дальнейшем), поскольку в нем закреплена идеологическая основа современного гражданского общества, определяющая устои цивилизованной рыночной экономики, которая, в свою очередь, является составной частью современного гражданского общества. Эти основы, как отмечает автор, нигде, кроме ГК РФ, не закреплены, хотя они по своему содержанию и важности имеют характер фундаментальных, то есть конституционных прав, поскольку они закрепляют основы статуса субъектов права. Пункт 2 ст. 2 ГК РФ устанавливает также, что «неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством...». При этом статус гражданских прав по своей юридической обеспеченности такой же, как и прав конституционных: ч. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ воспроизводит ч. 3 ст. 55 Конституции России, но вместо широкой формулировки конституционного текста — «права и свободы человека и гражданина» — использует формулировку «гражданские права», что соответствует отраслевой природе и предмету регулирования гражданского права. Не случайно Конституционный Суд России (КС РФ в дальнейшем) придал — и совершенно справедливо — указанным положениям конституционно-правовой статус: конституционная природа основных начал гражданского права была признана им в ряде своих решений. Так, в п. 3 постановления от 21.04.2003 № 6⁵ Суд отмечал, что основные

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 ГК РФ в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой,

начала гражданского законодательства (п. 1 ст. 1 ГК РФ) вытекают из Конституции РФ, то позже он стал давать более «статусную» формулировку, придающую гораздо больший «вес» указанным началам, а именно: указанные в п. 1 ст. 1 ГК РФ основные начала гражданского законодательства, по справедливому мнению КС РФ, «имеют конституционное значение»⁶. Теоретическое предвидение С.С. Алексеева о фундаментальном значении для нашей (как и любой иной, исторически базирующейся на римском праве) правовой системы и потому конституционном уровне частноправовых начал нашло поддержку в решениях Конституционного суда РФ, который придал им юридическую силу Конституции России.

Заключение

Анализ французской юридической доктрины по проблеме деления права на частное и публичное показывает, что, несмотря на относительность и условность такого деления, оно для французской правовой системы является базовым, фундаментальным: все, что касается осуществления государственной власти относится к праву публичному, а остальное принадлежит сфере частного права и, как совершенно верно отмечено в «Словаре правовой культуры», при «таких условиях только исчезновение государства положит конец этому дуализму» (Alland & Rials, 2003:525).

Российскому читателю хорошо известно обсуждение данной проблемы в одноименной юридической литературе и, если сравнить его с обсуждением во французской правовой доктрине, то можно указать как на общие моменты (по вопросу о критериях деления, например), так и на особенности (связанные с отнесением тех или иных отраслей права к публичному или частному), в том числе особенности, вытекающие из наличия во французской правовой системе дуализма юрисдикций. Полагаем, что важность этого разделения для российской правовой культуры заключается в настоятельной потребности возрождения частного права и укрепления его достойного места в рамках рассмотренной дихотомии, что необходимо для развития как правовой системы в целом, так и демократических прав и свобод в российском обществе, построения правового государства, ибо частное право выражает глубинный и наиболее важный дух права в целом, а происходящий сегодня в развитом правовом мире процесс конституционализации права позволяет нам сделать вывод о том, что права человека являются той общей частью, которая объединяет публичное и частное право, а потому их единство имеет неразрывный характер и умаление прав человека,

А.В. Немировской, З.А. Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева // Собрание законодательства РФ. 28.04.2003 г. № 17. Ст. 1657. См. также п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 06.06.2000 № 9-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего пункта 2 статьи 77 Федерального закона „О несостоятельности (банкротстве)“ в связи с жалобой открытого акционерного общества „Тверская прядильная фабрика“» // Собрание законодательства РФ. 12.06.2000 г. № 24. Ст. 2658.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.01.2009 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2, 3 и 4 статьи 13 и абзаца второго пункта 11 статьи 14 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» в связи с жалобой гражданки Л. Г. Погодиной» // Собрание законодательства РФ. 16.02.2009 г. № 7. Ст. 889.

как показал опыт строительства коммунизма в России (и в других коммунистических странах) неминуемо приводит сначала к уничтожению частного права, а потом к превращению публичного права в псевдоюридическую систему, ибо «публичное право, лишенное своего «напарника» — частного права, превращается в юридизированный придаток тиранической власти, всей репрессивной системы» (Alekseev, 2010a:391).

В качестве других, также весьма важных, общих выводов по статье отметим следующие моменты.

Деление права на частное и публичное было открыто римскими юристами, подхвачено и развито глоссаторами и постглоссаторами и, в конечном счете, стало важным идейным и структурным элементом в рамках романо-германской семьи правовых систем.

В феодальных социально-экономических системах основное разделение права утрачивает свой практический смысл и значение. И в тех странах, где в процессе становления буржуазной формации в течение длительного времени сохраняются феодальные пережитки, это деление развито слабо — как, например, в дореволюционной России.

Данное деление признают наивысшим, главным, основным — *summa divisio* — делением французского права и французской юридической доктрины с одной стороны, а с другой — ставят его под сомнение, особенно с учетом происходящих в праве процессов взаимопроникновения и переплетения публично-правовых и частноправовых элементов в рамках правовой системы — процессов публикации частного и приватизации публичного права. В России после завершения коммунистического эксперимента происходит возрождение частного права, что приводит к закономерному восстановлению и дальнейшему развитию присущего романо-германской правовой системе основного разделения права. Наша доктрина анализирует данную проблему, но далеко не так активно, как это имеет место во Франции.

В других современных развитых правовых системах (кроме коммунистических) также можно найти различия в правовом регулировании отношений государственных органов между собой и с частными лицами, с одной стороны, и между последними, с другой, что фиксируется внутренними наблюдателями и участниками соответствующей правовой системы. Однако выявление, развитие и углубление этого реально существующего различия зависит от исторических традиций и от концептуальных разработок в данном направлении в каждой конкретной правовой культуре. Там, где доктрина не уделяет этому вопросу достойного внимания особенности публично-правового и частноправового регулирования не выделяются, не изучаются и не обсуждаются.

Основное разделение права находит свое закономерное отражение либо в четком делении судебной системы на судебную и административную ветви юрисдикций — в так называемом в дуализме судебной системы, как во Франции, либо в урегулированных законодательством особенностях судопроизводства по делам, возникающим из публичных правоотношений, и всем остальным, как в России.

Теория разделения права на публичное и частное базируется на реальном и достаточно заметном различии в преимущественных способах, методах, а также

в иных юридических особенностях правового регулирования в рамках каждой из указанных подсистем. Поэтому ошибочным является мнение тех ученых, которые полагают, что данное разделение не имеет своих оснований в правовой материи, а является лишь результатом доктринального воображения и концептуального построения. В последнем случае можно согласиться лишь с тем, что внимание доктрины к данной проблеме и соответствующая ее концептуализация приводят к дальнейшему развитию основного разделения права, влияет на законодателя и правоприменителя, на устройство судебной системы и/или на процессуальные особенности рассмотрения соответствующих дел в судах, а также и, как во Франции, на систему юридического образования и номенклатуру научных специальностей; упомянутые во введении изменения последней, предпринятые недавно в России, также окажут в дальнейшем заметное влияние на развитие анализируемой дихотомии как в российской юридической науке, так и на практике.

Основное разделение права не может быть установлено на основании какого-либо одного критерия: необходима их система, при которой в каких-то случаях ярче проявляют себя одни критерии, а в других — другие: наиболее важные из них — это круг субъектов, участвующих в правоотношениях, их цели, непосредственные, или ближайшие, интересы («отдаленные» публичные или частные интересы практически всегда могут быть сведены друг к другу) и положение их по отношению друг к другу, используемые по преимуществу юридические средства и методы регулирования отношений, их предмет. В разделении права на частное и публичное невозможно установить четкие и тем более жесткие границы — как потому, что они меняются со временем, так и потому, что публичные интересы направлены в том числе часто на защиту в конечном счете и частных интересов тоже, а защита последних государством соответствует публичным интересам.

Одной из важнейших задач изучения проблемы основного разделения права, имеющей колоссальное практическое значение, является не вопрос об отнесении той или иной отрасли к одной из подсистем права (в том числе к смежной в случае ее выделения) и не вопрос о том, где именно лежит граница между последними, а поиск баланса в использовании публично-правовых и/или частноправовых средств для достижения более эффективного регулирования самых различных, постоянно усложняющихся сфер общественных отношений, и более сбалансированной защиты собственно публичных и собственно частных интересов в обществе.

При наличии особенностей публично-правового и частноправового регулирования право представляет собой, тем не менее, целостную, единую систему — точно также, как наличие в любой иной системе тех или иных подсистем и элементов, не превращает ее в несколько различных систем либо даже в так называемую «двуединую» систему. Частное и публичное право не являются самостоятельными и независимыми подсистемами права, их противопоставление или установление иерархии между ними есть занятие бесполезное, ибо они тесно взаимосвязаны и зависят друг от друга. В то же самое время достижение более высокого уровня свободы индивида в обществе коррелирует с большим

уровнем развития частноправовых начал в правовой системе. Частное право всегда было и остается наиболее важной подсистемой права, ибо именно в нем вековой опыт более всего развил и усовершенствовал смысл права в целом. Уменьшение влияния на последнее подсистемы частного права приведет к умалению духа справедливости в обществе и к девальвации права в целом. Трагическим и абсолютно бесспорным подтверждением этого тезиса является опыт уничтожения частного права в советской России. Высокая оценка частного права не означает умаления права публичного, не должно быть также и речи о каком-либо превосходстве одного над другим. Особого внимания и усиленной защиты частное право требует лишь потому, что уничтожить его или превратить в неработающую, бездействующую декларацию, то есть пустую фикцию, как показывает история, гораздо легче, чем сделать подобное же в отношении права публичного. В современном, демократическом, ориентированном на идеалы правового государства обществе, частное право без права публичного будет таким же юридическим уродцем, как и публичное право — без частного! Они могут и должны существовать и «работать» только вместе и каждое — в своей сфере с необходимой опорой друг на друга, а в условиях развитого гражданского общества, в условиях конституционализма, основой которого являются права и свободы человека, и связанного с ним процесса конституционализации всех отраслей любой развитой континентально-правовой системы, общей частью, объединяющей публичное и частное право, становятся права человека, что в некотором отношении сближает эти две подсистемы, но не приводит их к слиянию или тем более к исчезновению весьма серьезных различий между ними.

Уничтожение прав человека приводит к ликвидации частного права и наоборот, а также — в обоих этих случаях — к превращению оставшегося в одиночестве без своего «напарника» публичного права в квази- или псевдоправовую систему (Alekseev, 2010 a:391), то есть к уничтожению гуманистического, персонцентристского права в конечном счете.

References / Список литературы

- Alekseev, S.S. (1995) *Theory of law*. 2rd. ed. Moscow, BEK Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Теория права. Изд. 2-е. М.: БЕК, 1995. 320 с.
- Alekseev, S.S. (1999) *Law: alphabet — theory — philosophy: Experience of complex research*. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.
- Alekseev, S.S. (2001) *Ascension to law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Восхождение к праву. М.: Норма, 2001. 752 с.
- Alekseev, S.S. (2007) *The Law of Property. Problems of theory*. 3rd. ed. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. 3-е изд. М.: Норма, 2008. 240 с.
- Alekseev, S.S. (2010a) Private law: scientific and journalistic essay. In: *Collected works*. In 10 vols. Vol. 7: Philosophy of Law and Theory of Law. Moscow, Statute Publ. pp. 321—444. (in Russian).
Алексеев С.С. Частное право: научно-публицистический очерк // Собрание сочинений: в 10 т. Т. 7: Философия права и теория права. С. 321—444.
- Alekseev, S.S. (2010b) Civil law in the modern era. In: *Collected works*. In 10 vols. Vol. 7: Philosophy of Law and Theory of Law. Moscow, Statute Publ. pp. 445—472. (in Russian).

- Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху // Собрание сочинений: в 10 т. Т. 7: Философия права и теория права. М.: Статут, 2010. С. 445—472.
- Alekseev, S.S. (2016) *Science of Law*. Selected works. Introductory remarks. Krasheninnikov P.V. Moscow, Statute Publ. (in Russian).
- Алексеев С.С. Наука права. Избранное / вступ. сл., сост. П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. 665 с.
- Alland, D. & Rials, S. (eds.) (2003) *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris, PUF. (in French).
- Allen, A.L. (1999) *Constitutional Law and Privacy*. A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory by Dennis Patterson (Editor). Oxford, Blackwell Publishing.
- Aubert, J.-L. (2002) *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 9 éd. Paris, Armand Colin. (in French).
- Aubert, J.-L. (2004) *Introduction au droit*. 9 éd. Paris, PUF. (in French).
- Auby, J.-B. & Freedland, M. (eds) (2004) *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques: The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?* Paris, Pantheon-Assas.
- Azmi, D.M. (2014) *The system of law and its structure: methodological approaches and solutions*. Moscow, Justicinform Publ. (in Russian).
- Азми Д.М. Система права и ее строение: методологические подходы и решения. М.: Юстицинформ, 2014. 392 с.
- Beaudet, C. (1997) *Introduction générale et historique à l'étude du droit*. Paris, Centre de Publications Universitaires. (in French).
- Beignier, B. & Bléry, C. (2006) *Cours d'introduction au droit*. Paris, LGDJ. (in French).
- Bell, J., Boyron, S. & Whittaker, S. (1998) *Principles of French Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Belov, V.A. (ed.) (2007) *Civil law: topical problems of theory and practice*. Moscow, Yurait-Izdat Publ. (in Russian).
- Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. 993 с.
- Benillouche, M., Chavrier, A.-L. & Delamarre M. (2009) *Leçons d'Introduction au droit*. Paris, Ellipses. (in French).
- Bialès, M. (ed.) (2006) *Notions fondamentales de droit*. 5e éd. Paris, Foucher. (in French).
- Bioy, X. (ed.) (2011) *L'identité du droit public*. Paris, Institut fédératif de recherche. (in French).
- Bonnet, B. & Pascale, D. (eds.) (2010) *De l'intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé? Thèmes et commentaires*. Paris, Dalloz. (in French).
- Cabrillac, R. (2019) *Introduction générale au droit*. 13e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Carbonnier, J. (1994) *Droit civil: Introduction*, 22e éd. Paris, PUF. (in French).
- Castaldo, A. (2006) *Introduction historique au droit*. Paris, Dalloz. (in French).
- Chapus, R. (2001) *Droit administratif général*. Vol. 1. 15e éd. Paris, Montchrestien. (in French).
- Courbe, P. (2003) *Introduction générale au droit*. 8e éd. Paris: Dalloz. (in French).
- Cuniberti, G. (2007) *Grands systèmes de droit contemporains*. Paris, L.J.D.G. (in French).
- David, R. & Joffre-Spinozi, K. (1998) *The main legal systems of our time*. Moscow, International Relations Publ. (in Russian).
- Давид Р. Жоффри-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1998. 400 с.
- David, R. & Jauffret-Spinozi C. (2002) *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Dell, J. (2001) *French Legal Cultures*. London, Butterworths.
- Dorokhin, S.V. (2006) *Division of the public and private law: constitutional and legal aspects*. Moscow, Volters Kluwer Publ. (in Russian).
- Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М.: Волтерс Клувер, 2006. 123 с.
- Durand, D., Chêne, C. & Leca, A. (2004) *Introduction historique au droit*. Paris, Montchrestien.
- Duvernois, N.L. (2004) *Readings on civil law*. Vol. 1. Introduction. Teaching about the face. Moscow, Zerzalo Publ. (in Russian).

- Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. Введение. Учение о лице. М.: Зерцало, 2004. 568 с.
- Fabre-Magnan, M. (2009) *Introduction générale au droit*. Cours et méthodologie. Paris, Dalloz. (in French).
- Georges, P. (1984) *Droit public*. 5e éd. Paris, Sirey. (in French).
- Gridel, J-P. (1994) *Introduction au droit et au droit français. Notions fondamentales. Méthodologie. Synthèses*. 2e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Halpérin, J.-L. (2019) *Introduction au droit en 10 thèmes*. 2e ed. Paris, Dalloz. (in French).
- Ilyin, I.A. (2003) *Theory of law and state*. Moscow, Zerkalo Publ. (in Russian).
- Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. 400 с.
- Jestaz, P. (2002) *Le droit*. 4 éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Khallâf, Abd Al-Wahhâb (1997) *Les fondements du droit musulman = Ilm ousouûl al-fiqh*. Traduit de l'arabe par Claude Dabbak, Asmaa Godin et Mehrezia Maiza; préfacé par Abdel-Magid Turki. Paris, Éditions Al Qalam. (in French).
- Korkunov, N. M. (2004) *Lectures on the general theory of law*. 2nd ed. St. Petersburg: Law Center Press Publ. (in Russian).
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 430 с.
- Krief-Verbaere, C. (2003) Recherches sur la notion d'ordre public en droit interne russe à l'aune du droit français (étude de droit privé sur l'ordre public en droit comparé français et russe). *Revue internationale de droit comparé*. 55 (1), 151—175. (in French).
- Labbée, X. (2005) *Introduction générale au droit: Pour une approche éthique*. Paris, Presses Universitaires du Septentrion. (in French).
- Lacoste-Mary, V. & Politis I. (2009) *Introduction au droit*. Paris, Ellipses. (in French).
- Lenin, V.I. (1970) *Complete collected works*. Ed. 5. Vol. 44. Moscow, Politizdat Publ. (in Russian).
- Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Изд. 5-е. Т. 44. М.: Политиздат, 1970. 726 с.
- Leveneur L. (1995) *Leçons de droit civil*. Vol. 1. 3e partie, 7e éd. La famille. Paris, Montchrestien. (in French).
- Litvinsky, D.V. (2005) *Recognition of the foreign judgements in civil cases (comparative legal analysis of French law, judicial practice and legal doctrine)*. Publishing House of St. Petersburg State University. (in Russian).
- Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2005. 952 с.
- Lovisi, C. (2003) *Introduction historique au droit*. 2e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Maillot, J.-M. (2006) *Institutions administratives*. Paris, Hachette. (in French).
- Mainguy, D. (2002) *Introduction générale au droit*. 3e éd. Paris, Litec. (in French).
- Malaurie, P. & Morvan, P. (2005) *Introduction au droit*. 2e éd. Paris, Defrénois. (in French).
- Malinvaud, P. (2006) *Introduction à l'étude du droit*. 11e éd. Paris, Litec. (in French).
- Maltsev, G.V. (2003) The problem of private and public law. *Sociology of power*. (3), 20—46. (in Russian).
- Мальцев Г.В. Проблема частного и публичного права // Социология власти. 2003. № 3. С. 20—46.
- Martin, J. (2001) *The English Legal System*. London, Hodder and Stoughton.
- Marx, K. & Engels, F. (1950) *German ideology*. Sobr. soch. In 50 vols. Vol. 7. Moscow, Publishing House of Political Literature. (in Russian).
- Маркс К., Энгельс Ф. Немецкая идеология // Собр. соч.: в 50 т. Т. 7. М.: Издательство политической литературы, 1950. 595 с.
- Miaille, M. (1982) *Une introduction critique au droit*. Paris, Maspero. (in French).
- Mikhailov, A.M. (2016) *Topical issues of the theory of legal ideology and methodology of jurisprudence*. Moscow, Yurlitinform Publ. (in Russian).
- Михайлов А.М. Актуальные вопросы теории правовой идеологии и методологии юриспруденции. М.: Юрлитинформ, 2016. 464 с.

- Munagorri, R.E. (2006) *Introduction au droit*. Paris, Flammarion. (in French).
- Munagorri, R.E. (2019) *Introduction au droit*. 5e éd. Paris, Flammarion. (in French).
- Muromtsev, S.A. (2004) *Definition and basic division of law*. Saint Petersburg, Publishing House of Saint Petersburg State University. (in Russian).
- Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2004. 224 с.
- Pactet, P. & Mélin-Soucramanien, F. (2007) *Droit constitutionnel*. 26e éd. Paris, Dalloz. (in French).
- Pactet, P. (1991) *Institution politiques. Droit constitutionnel*. 10e éd. Paris, Masson. (in French).
- Perrot, R. (2020) *Institutions judiciaires*. 18e éd. Paris, LGDJ. (in French).
- Petit, B. (1992) *Introduction générale au droit*. 2e éd. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble. (in French).
- Petit, B. (2006) *Introduction générale au droit*. 6e éd. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble. (in French).
- Petrazhitsky, L.I. (2000) *Theory of law and state in connection with the theory of morality*. Saint Petersburg, Lan' Publ. (in Russian).
- Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 608 с.
- Pokrovsky, I. A. (1998) *The main problems of civil law*. Moscow, Statut Publ. (in Russian).
- Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
- Radbruch, G. (2004) *Philosophy of law*. Moscow, International relations Publ. (in Russian).
- Радбрух Г. Философия права. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
- Ricci, J.-C. (2002) *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd. Paris, Hachette supérieur. (in French).
- Roubier, P. (2005) *Théorie générale du droit: Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. Paris, Dalloz.
- Saidov, A. (2006) *Comparative law*. Moscow, Norma Publ. (in Russian).
- Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М.: Норма, 2006. 368 с.
- Sandevoy, P. (1991) *Introduction au droit*. Paris, Dunod. (in French).
- Sandevoy, P. (1994) *Introduction to law*. Moscow, Intratec-R Publ. (in Russian).
- Сандевуар П. Введение в право. М.: Интратэк-Р, 1994. 324 с.
- Schacht, J. (1982) *An Introduction to Islamic Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Semitko, A.P. (2017) Russian legal culture and features of its modernization: on the centenary of the October coup d'état in Russia. *Bulletin of the Liberal Arts University*. 4 (19), 32—72.
- Семитко А.П. Российская правовая культура и особенности ее модернизации: к столетию Октябрьского государственного переворота в России // Вестник Гуманитарного университета, 2017. № 4 (19). С. 32—72.
- Sériaux, A. (1997) *Le Droit: Une introduction*. Paris, Ellipses. (in French).
- Shapp, J. (2006) *The system of German civil law*. Moscow, International relations Publ. (in Russian).
- Шанн Я. Система германского гражданского права. М.: Международные отношения, 2006. 360 с.
- Shershenevich, G.F. (1995) *General theory of law*. In 2 vols. Vol. 2. Moscow, Law College of Moscow State University Publ. (in Russian).
- Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М.: Юридический колледж МГУ, 1995. 362 с.
- Slobozhaninov, O.K. (2020) Science of the encyclopaedia of law in the Russian Empire from the 19th century to 1917. *Genesis: historical studies*. 2020. (5), 122 —140.
- Слобожанинов О.К. Наука энциклопедии права в Российской империи в период с XIX века по 1917 г. // Genesis: исторические исследования. 2020. № 5. С. 122—140.
- Souriaux, J.-L. (1987) *Introduction au droit*. Paris, PUF. (in French).
- Steiner, E. (2002) *French Legal Method*. Oxford, Oxford University Press.
- Sukhanov, E.A. (ed.) (2008) *Civil law*. General part: Textbook. In 4 vols. Vol. 1. 3rd ed. Moscow, Volters Cluver Publ. (in Russian).
- Гражданское право. Общая часть: учебник: в 4 т. Т. 1. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2008. 369 с.

- Taormina, G. (2005) *Introduction à l'étude du droit*. Aix-en-Provence. (in French).
- Taranovsky, F.V. (2001) *Encyclopaedia of Law*. Moscow, Lan' Publ. (in Russian).
- Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. М.: Лань, 2001. 560 с.
- Tcherepakhin, B.B. (1994) *To the question of private and public law*. Moscow, Dejure Publ. (in Russian).
- Черепакхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. М.: Де-юре, 1994. 35 с.
- Thireau, J.-L. (2003) *Introduction historique au droit*. 2e éd. Paris, Flammarion. (in French).
- Trubetskoy, E.N. (1999) *Encyclopaedia of Law*. Moscow, Lan' Publ. (in Russian).
- Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М.: Лань 1999. 224 с.
- Türk, P. (2009) *Théorie générale du droit constitutionnel*. 2e éd. Paris, Gualino. (in French).
- Vecchio, G. (2004) *Philosophie du droit*. Préface par Georges Ripert. Paris, Dalloz. (in French).
- Verbar, K. (2002) The concept of public policy in the domestic law of Russia and France. *Bulletin of the Liberal Arts University. Law*. 1 (3), 4—22 (in Russian).
- Вербар К. Понятие публичного порядка во внутреннем праве России и Франции // Вестник Гуманитарного университета. Серия: Право. 2002. № 1 (3). С. 4—22.
- Villey, M. (1975) *Philosophie du droit. Définition et fins du droit*. Paris, Dalloz. (in French).
- Vladimirsky-Budanov, M.F. (1907) *Overview of the history of Russian law*. Kiev, Kushnerev and Co. Publ. (in Russian).
- Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Киев: Лито-типография Товарищества И.Н. Кушнерев и Ко, 1907. 710 с.
- Vlasova, M.V. (2007) *Ownership in Russia: emergence, legal content, development paths*. 2nd ed. Moscow, EKSMO Publ. (in Russian).
- Власова М.В. Право собственности в России: возникновение, юридическое содержание, пути развития. 2-е изд. М.: ЭКСМО, 2007. 192 с.
- Weiss, B.J. (2008) *The spirit of Muslim law*. Saint Petersburg, Dilya Publ. (in Russian).
- Вайсс Б.Дж. Дух мусульманского права. СПб.: Диля, 2008. 313 с.
- Yarkov, V.V. (2020) Public Policy in the International Civil Process in Russia: Current State. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 420. P. 246—250.
- Zipursky, B.C. (2004) *Philosophy of Private Law*. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Edited by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. Oxford, Oxford University Press. pp. 623—655.
- Zoller, É. (2006) *Introduction au droit public*. Paris, Dalloz. (in French).

Об авторе:

Семитко Алексей Павлович — доктор юридических наук, старший научный сотрудник РАН, профессор и зав. кафедрой публичного права, декан юридического факультета, Гуманитарный университет, приглашенный профессор университета Париж Нантерр (Франция), Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, лауреат премии имени Сергея Сергеевича Алексеева «За заслуги в юриспруденции» (2021 г.); Российская Федерация, 620041, г. Екатеринбург, ул. Железнодорожников, д. 3

ORCID ID: 0000-0003-4425-3053; SPIN-код: 5866-9944

e-mail: asemitko@mail.ru

About the author:

Alexey P. Semitko — Doctor of Legal sciences, Senior Resercher of the Russian Academy of Sciences, Full Professor and Head of the Department of Public Law, Dean of the Faculty of Law, Liberal Arts University; Visiting Professor of the University of Paris Nanterre (France); Honorary Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation; Laureate of Sergey Sergeyeovich Alekseev Prize “For Merit in Jurisprudence” (2021); 3 Zheleznodorozhnikov, Yekaterinburg, 620041, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0003-4425-3053; SPIN-code: 5866-9944

e-mail: asemitko@mail.ru