

Дуализм права: исторический анализ, современные тенденции, сочетание частных и публичных начал в гражданском праве

Трегубов Михаил Владимирович

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой правоведения СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; tregubov-mv@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена восприятию частного и публичного права в традиции романо-германской правовой семьи. С использованием формально-логического, социолого-правового и ретроспективного методов исследования проводится изучение трансформации взглядов на основания разграничения права частного и права публичного, анализируются современные тенденции развития научной мысли по проблеме дихотомии права, рассматривается сочетание частных и публичных начал в гражданском праве. Делается вывод о развитии в современных юридических системах России и Европы двух взаимосвязанных процессов — «публицизация» частного права и «коммерциализация» публичного.

Ключевые слова: дихотомия права, частное право, публичное право, теория конвергенции частного и публичного права, сочетание частных и публичных начал в гражданском праве

Dichotomy of Law: Historical Analysis, Current Trends, a Combination of Private and Public Principles in Civil Law

Tregubov Michail Vladimirovich

PhD in Jurisprudence, Associate Professor, Head of the Chair of Jurisprudence of North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint-Petersburg, Russian Federation; tregubov-mv@ranepa.ru

ABSTRACT

The article is devoted to the perception of private and public law in the tradition of the Romano-German legal family. With the use of formal-logical, sociological-legal and retrospective methods of research the author studies the transformation of views on the grounds of differentiation of private and public law, analyzes the current trends in the development of scientific thought on the problem of dichotomy of law, the combination of private and public principles in civil law is studied. The conclusion is made about the development of two interrelated processes in the modern legal systems of Russia and Europe — “publicization” of private law and “commercialization” of public law.

Keywords: dichotomy of law, private law, public law, convergence theory of private and public law, combination of private and public principles in civil law

Доктрина дуализма права, как присущее романо-германской (континентальной) правовой семье разделение права на частное и публичное, на протяжении всей истории своего существования вызывала многочисленные дискуссии, порождала различные теории и концепции, являлась предметом научного интереса многих ученых-правоведов. Внимание к вопросу о наиболее правильном, удачном, методологически обоснованном критерии разграничения права частного и права публичного в зависимости от исторической эпохи то ослабевало, то вспыхивало с новой силой и в настоящее время, наряду с проблемой поиска баланса сочетания частных и публичных начал, вновь вызывает пристальный интерес научного сообщества.

К настоящему времени юридическая наука создала огромное количество теорий, сформировались целые школы, но единства мнений по вопросу о необходимости и практической значимости деления права на частное и публичное, а тем более о критерии такого разграничения, достигнуто не было.

Идея о делении права на частное и публичное зародилась в структуре римского права, сформировавшегося в V в. до нашей эры в Древнем Риме и традиционно связывается с трудами древнеримского юриста Д. Ульпиана, который в основу деления права положил понятие интереса: публичное право — это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное право — то, которое имеет в виду интересы индивида как такового (“publicum jus est quod ad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem”)¹. По нашему мнению, хотя в вы-

¹ Голубцов В. Г. Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. № 1 (1). С. 59.

сказываниях Ульпиана, Аристотеля и Демосфена имелись отдельные положения о рассмотрении права с двух точек зрения, деление права на частное и публичное системного характера не носило и использовано должно было быть для удобства изучения права, а вовсе не для практического применения.

Юридическая система древних римлян, не имевшая в то время аналогов, была в той или иной мере унаследована рядом государств, сформировавшихся после распада Римской империи. Несмотря на то, что в период раннего Средневековья официальное и обычное право государств континентальной Европы существенно потеснило позиции римского права, начиная с XII в. юридическое университетское образование в европейских странах практически полностью базируется на исследовании наследия римской юридической традиции, где особое внимание уделяется Дигестам — обширному собранию высказываний римских юристов о правовых аспектах собственности, завещаний, договоров, деликтов, о преступлении и наказании, а также праве городов². Было перцепировано и деление права на публичное и частное, в основе которого стала базироваться общая концепция: правоотношения, складывающиеся в сфере публичного права и частного права, различны по своей сути и требуют разных способов регламентации и регулирования. Методика обучения, основанная на рецепции римского права, постепенно формировала у юристов правосознание, базирующееся на постулате дихотомии права, который стал базисом для романо-германской правовой семьи.

В период с конца XVII — начала XVIII вв. доктрина о разделении права на публичное и частное активно исследуется учеными Западной Европы, где дуализм права стал символом отделения зарождающегося гражданского общества от государственных институтов. Цитирование классического термина Ульпиана более не отвечает потребностям развития юридической мысли, обусловленного влиянием эпохи Просвещения и в дальнейшем Великой французской революции. В XIX в. западные ученые-цивилисты решительно противопоставляют публичное право частному, государство — гражданскому обществу, видя в частном праве источник свободы индивида от диктатуры государства.

Стремление четко структурировать право на подсистемы частного и публичного, присущее германским ученым XIX–XX вв., затронуло и русское научное сообщество, которое вплоть до известных событий 1917 г. активно исследовало доктрину деления права на публичное и частное.

К XX в. общей теорией права было разработано значительное количество теоритических конструкций, формулирующих критерии разграничения права или отрицающих необходимость такого разделения.

В рамках позитивистской теории основанием демаркации права на публичное и частное выступал предмет и метод правового регулирования. В ведении частного права находилось регулирование правоотношений в сфере интересов частных лиц, как физических, так и юридических, то есть общественные отношения между формально равными субъектами, выражающие их личный интерес, с преобладанием диспозитивного метода правового регулирования, основанного на учете инициативы участников регулируемых отношений, их самостоятельности в выборе вариантов действий.³ Публичное право занималось регулированием общественных отношений, отражающих интерес государства и общества, с преобладанием императивного метода правового регулирования, строго обязательного, не допускающего отступлений от требований юридического установления.

Французский юрист Л. Дюги (1859–1928), рассматривая вопрос о дуализме права через призму солидаризма, высказывал уверенность в неуклонной, неотвратимой смене частноправовых начал принципами публичного права и, как следствие, превращении всего права в публичное.⁴

Представитель социологической теории позитивизма Н. М. Коркунов (1853–1904), отрицая интерес как приемлемый критерий разграничения права, видит отличие между правом публичным и правом частным в различии их дуальной юридической формы — поделения объекта, как установления разграничения «моего» и «твоего» и приспособления объекта к совместному осуществлению разграничиваемых интересов. «Нетрудно доказать, — писал Н. М. Коркунов, — что, основывая различие частного и публичного на различии поделения и приспособления, мы легко можем объяснить существование частных прав и у государства. Если государству предоставляется власть над данным объектом ради его приспособления к пользованию — это право публичное: таково право государства на дороги. Если же, напротив, данный объект предоставляется государству

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА. 1998. С. 127–128.

³ Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. ... канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. 142 с.

⁴ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. 110 с.

только для пользования самим правительством ради извлечения из него средств для приспособления других объектов — это право частное: таково право государства на государственное имущество, доходы с которого идут на удовлетворение тех или других задач государственного управления»⁵. Частное право, распределяя объекты в частное обладание, разрешает субъекту определить способ пользования ими по свободному усмотрению, то есть регулирует не потребление и производство, а только распределение, тогда как публичное право, приспособляя объект к совместному пользованию, регулирует и потребление, и производство.

Известный русский ученый К. Д. Кавелин (1818–1885) не признавал традиционный для римской юридической мысли дуализм права по признаку частного или общественного интереса, поскольку отрицал принципиальную возможность проведения четкой границы между публичным и частным правом. «Нельзя себе представить, — писал К. Д. Кавелин, — ни одного юридического отношения, — как бы оно незначительно ни казалось, как бы оно, по-видимому, не ограничивалось исключительно одним или несколькими частными лицами, которое бы, хотя косвенно, хотя в самой малой степени, не касалось общественного быта, не имело на него никакого влияния. Частный быт, частные отношения заключаются в общественном, вне его не существуют, не мыслимы, а потому и не могут не иметь на него никакого действия; точно так же частные отношения, существуя в обществе, сами неизбежно находятся под влиянием общественного быта. Отсюда непрерывное взаимодействие частных и публичных элементов, хотя оно редко выступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя, и обнаруживается только в своих действиях и результатах»⁶. Таким образом можно говорить лишь о разумном балансе и соразмерном сочетании данных элементов. Отыскать баланс между частным и публичным, по мнению К. Д. Кавелина, представляется задачей нетривиальной, поскольку, на первый взгляд, даже договор между двумя гражданами имеет приватный характер. Однако нельзя отрицать и тот факт, что подобная сделка всегда имеет и публичную сторону, поскольку ее предметом может стать вещь, ограниченная к гражданскому обороту или изъятая из него, что придает ей общественное значение. Тем самым грань между частными и публичными интересами может нарушиться и «невозможно с полной уверенностью утверждать об исключительности частного либо публичного характера правового регулирования гражданских отношений, но можно говорить об их паритетном сочетании»⁷.

Представитель исторической школы права Ф. К. Савиньи предлагал разграничивать частное и публичное право по целевому признаку, хотя понятие цели не разработал. В публичном праве отдельный человек играет лишь подчиненную роль, поскольку целью является целое, зато в частном праве «отдельный человек является целью сам по себе, и всякое правоотношение относится к его существованию или особому состоянию как средство», писал в 1840 г. Фридрих Карл фон Савиньи⁸.

Основоположник теории императивов, известный германский цивилист и теоретик права Август Тон (1839–1912) в качестве критерия разграничения публичного и частного права предложил использовать метод правового регулирования: если охрана предоставляется исключительно по требованию лица, чье право нарушено, то это право следует признать частным; если же нарушенное право охраняется только по инициативе государства, даже помимо воли потерпевшего лица, то это сфера права публичного⁹.

Широко известное высказывание В. И. Ленина о непризнании ничего частного в хозяйстве, высказанная от лица коммунистической партии, на долгие годы определило позицию советских ученых по данной проблематике. Однако нельзя сказать, что в советский период теоретические разработки по дуализму права не велись совсем. Еще в 1920 г., исследуя ценность частного права для общества и индивидуума, взаимодействие права частного с правом публичным, профессор М. М. Агарков предлагает классифицировать все существующие на тот момент теории по четырем группам: теории материального критерия, теории формального критерия, теории, объединяющие два первых критерия, и теории, отрицающие дуализм системы права.¹⁰

⁵ Коркунов М. Н. Курс лекций. СПб. : Юридический центр-Пресс. 2004. С. 162.

⁶ Кавелин К. Д. Гражданское право. История русского судостроительства. М. : Юрайт. 2018. С. 2, 12, 38.

⁷ Анисимов А. П. Гражданское право России. Общая часть: учебник для академического бакалавриата / А. П. Анисимов, А. Я. Рыженков, С. А. Чаркин; под общ. ред. А. Я. Рыженкова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт. 2016. С. 38.

⁸ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. С. 67.

⁹ Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики: монография. М. : Норма: ИНФРА-М. 2015. 240 с.

¹⁰ Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 25–41.

Советский ученый-цивилист Б. Б. Черепахин, развивая идеи М. М. Агаркова, в 1926 г. публикует работу «К вопросу о частном и публичном праве», где анализирует основные направления научной мысли по вопросу о том, где проходит демаркационная линия между частным и публичным правом, и приходит к выводу, что в основу разграничения должен быть положен формальный критерий — разграничение должно проводиться в зависимости от способа построения и регулирования юридических отношений. Таким образом, полагает Б. Б. Черепахин, «частноправовое отношение построено на началах координации субъектов, частное право представляет собой систему децентрализованного регулирования жизненных отношений. Публично-правовое отношение построено на началах субординации субъектов, публичное право представляет собой систему централизованного регулирования жизненных отношений».¹¹ Теории же материального критерия исходят из того, что мерилom разграничения частного и публичного права служит, во-первых, ответ на вопрос, чей именно интерес — государства или человека — является предметом регулирования; во-вторых, какие именно интересы защищают нормы права — имущественные или личные. Изменчивость содержания правовых норм и отношений, вызываемая социальными, политическими, экономическими переменами в обществе, не позволяет отыскать такой материальный критерий, который бы выдержал испытание с историко-догматической точки зрения, что делает, по мнению Б. Б. Черепяхина, идеи сторонников данного критерия несостоятельными.

Возрождение интереса к рассматриваемой проблематике в российском научном мире произошло в 90-е гг. на фоне политических процессов перестройки, активного развития институтов гражданского общества и попыток встроить в советскую систему права нехарактерные для него нормы западной цивилистики. На волне глобальных социально-экономических изменений взаимодействие частного и публичного права в России начиная с 90-х гг. приобретает новые грани. Так, Указом Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 утверждается Программа «Становление и развитие частного права в России» (далее — Программа), положения которой предписывают принятие мер по возрождению и развитию частного права. В Программе подчеркивается, что на смену правовой системе тоталитарного прошлого, где основой было огосударствление экономики, приходит регулирование отношений на основе общепризнанных в мире принципов частного права: независимости и автономии личности, признания и защиты частной собственности, свободы договора. Поскольку частное право не стало обычным для юридической практики и не вошло в сознание участников экономических отношений, необходимо принять ряд мер для создания законодательных основ частноправовых отношений. К числу таких мер относятся: разработка гражданского кодекса и других актов гражданского законодательства (законы о регистрации юридических лиц, регистрации недвижимости и сделок с ней, об акционерных обществах, об ипотеке и т. п.) как основного источника частного права в России; подготовка специалистов в области частного права.

Термины «частное» и «гражданское» право в Программе используется в качестве синонимов. Отождествление данных понятий широко используется в юридической науке, но, на наш взгляд, с таким подходом нельзя согласиться, поскольку подобное искусственное смешение нивелирует критерии индивидуализации отраслей права и искажает идею разграничения частного права и публичного. Полагаем, уместнее будет говорить о сочетании частных и публичных начал в гражданском праве, понимая под гражданским правом отрасль частного права, включающую в себя право лиц, физических и юридических (в той мере, в которой оно регулирует их правоспособность), право обязательств и договоров, право собственности, право наследования, а также личные неимущественные права.

Возвращаясь к течениям правовой мысли в России с начала 90-х гг., отметим, что возврат к идеям верховенства права, приоритета прав и свобод человека и гражданина активизировал интерес к частному праву. Публичное право, отождествляемое с государственным, подверглось серьезному критическому осмыслению. У истоков исследования современных проблем публичного права и зарождения научной школы публичного права в 1995 г. стоял советский и российский ученый-правовед Ю. А. Тихомиров. Ученый призывал отказаться от противопоставления частного и публичного права, поскольку они органически связаны и взаимодействуют между собой. Подчеркивая исторически подтвержденную подвижность границ между публичным и частным правом, пагубность явного превалирования или публичного, или частного права, Ю. А. Тихомиров термин «публичное право» предлагает воспринимать целостно, как специфику «права в общественно значимой сфере, т. е. в той сфере, от которой зависят существование, функционирование, развитие

¹¹ Тихомиров Ю. А. Публичное право. Учебник. М. : БЕК. 1995. С. 33.

и общества, и государства, и организованных групп, корпораций, объединений, и граждан». ¹² «Публичное право, — пишет ученый, — охватывает многие сферы. Это — устройство государства и власти, сферы управления и организации самоуправления, выражение публичного интереса как суммарного, усредненного социального интереса в каждой из сфер — экономической, социальной и др. Это — общепризнанное целеполагание для действий всех субъектов права, формирование основ и поддержание функционирования правовой системы, обеспечение единых принципов правотворчества и правоприменения». ¹³

Развивая идеи о дополнении и взаимодействии структур частного и публичного права Н. М. Коршунов разработал теорию конвергенции. Суть теории — в признании взаимодействия между самостоятельными ветвями права — частным и публичным при отсутствии их взаимопроникновения и тем более поглощения одного другим. Обладающие общими системными признаками и специфическими особенностями частное и публичное право взаимодействуют «посредством сочетания частноправовых и публично-правовых методов их регулирования», то есть в сфере публичного права возможно использование договорных методов (например, государственно-частное партнерство), а для реализации некоторых частных субъективных юридических прав возможно установление особой процедуры (например, государственная регистрация актов гражданского состояния, государственная регистрация юридических лиц, государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним, лицензирование отдельных видов деятельности). ¹⁴ Взаимодействуя, обе ветви права всецело сохраняют свои специфические особенности, системные признаки и юридическую сущность. Выступая с критикой теории конвергенции, Т. А. Солодовниченко отметила, что использование в качестве единственного объективного критерия разграничения метода правового регулирования (частноправового или публично-правового) исключает возможность взаимопроникновения частного и публичного права. Данная позиция представляется спорной. ¹⁵ Конечно, трудно отрицать, что в качестве оптимального критерия отграничения права публичного от права частного исключительно метод правового регулирования подходит мало. С этим соглашается и сам Н. М. Коршунов, делая вывод, что в современном мире «чистых» публичных или частных отраслей права не существует, а значит, логичным будет признать теорию конвергенции частного и публичного права как обеспечивающую баланс понимания границ частного и публичного в праве.

Обращаясь к вопросу о конвергенции частных и публичных начал в современном гражданском праве, мы видим активное вторжение публичного в область частного. Хотя в период разработки ГК РФ, базируясь на постулате, что гражданское право — это только частное право, неоднократно обсуждалась необходимость отказа от сохранения публичного интереса, то есть от норм, учитывающих интересы государства и всего общества, и категорично настаивать на исключительно частноправовой природе гражданского права в нынешних реалиях по меньшей мере наивно.

Не оспаривая позицию С. Алексеева, который считал, что «до тех пор, пока гражданское законодательство, законы о собственности, предпринимательстве, все аналогичные законы не будут признаны и конституированы в общественном и юридическом бытии в качестве частного права, у нас не будет действительной частной собственности, предпринимательства, частной инициативы, права крестьян на землю» ¹⁶, вспомним, что «публицизация» в гражданском праве существовала в той или иной степени всегда, во всех странах. Изначально такое положение было связано с возможностью государства гарантировать само применение частного права, а частные лица свободно могли заключать договора как угодно и с кем угодно. С течением времени роль публичного права возрастает. Являясь основой управления в государстве, выражая базовые принципы устройства общества и статуса человека и гражданина, оно выражает отношения взаимозависимости членов общества и гарантирует жизнеспособность структуры, поскольку за индивидуальными, эгоистичными интересами не всегда удается разглядеть общественно-значимую цель.

Поэтому в гражданском праве как России, так и других стран существуют положения публично-правовой природы. Это проявляется: 1) в купировании принципа свободы договора — оговаривается запрет на отказ лица от заключения публичного договора, обязательность заключения договора для стороны, которой направлена оферта, предусматриваются обязательные контракты

¹² Солодовниченко Т. А. Критическая оценка теории конвергенции частного и публичного права // Вестник ОмГУ. Серия: Право. 2018. № 2 (55). С. 28.

¹³ Там же.

¹⁴ Коршунов Н. М. Указ. соч.

¹⁵ Богданов Е. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 23–24.

¹⁶ Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. ... канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. С. 15.

(страхование), регулируемые контракты (например, на поставку электроэнергии, ограничивая права естественных монополий), контракты без права свободного выбора партнера (право преимущественной покупки); в установлении порядка заключения, изменения и расторжения договора и его формы; 2) в ограничении прав собственности — закреплены требование обязательной государственной регистрации права собственности и других вещных прав на недвижимые вещи и обязательность получения разрешений на строительство и надстройку, предусмотрены сервитуты, возможности принудительного изъятия имущества у собственника (обращение взыскания на имущество по обязательствам, отчуждение имущества, включая объекты незавершенного строительства, выкуп, реквизиция, конфискация, обращение по решению суда в доход Российской Федерации имущества, денег, ценностей и доходов от них, приватизация, национализация), реторсии в отношении имущественных прав граждан и юридических лиц иностранных государств; 3) в ограничении видов деятельности — установлен запрет на возможность свободно (без лицензии) производить (выращивать) и продавать ряд товаров, существуют обязательные к соблюдению квоты продукции; 4) в ограниченном и исчерпывающем перечне видов организационно-правовых форм юридических лиц; 5) в праве государства и государственных образований быть участниками гражданских отношений; 6) в ограничении свободы завещания — установлены правила об обязательной доли в наследстве, предусмотрено ограничение наследования государственных наград, почетных и памятных знаков; 7) в ограничении личных неимущественных и исключительных прав — реторсии в отношении личных неимущественных прав граждан и юридических лиц иностранных государств, принудительная лицензия; 8) в установлении формальных требований для физических лиц — участников гражданских правоотношений (возраст, вменяемость, необходимость регистрации актов гражданского состояния); 9) в установлении пределов осуществления гражданских прав — не допускаются действия в обход закона с противоправной целью, исключительно с намерением причинить вред другому лицу, злоупотребление правом, ограничение конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке; 10) в необходимости выплаты налогов с любых экономических операций, даже «абсолютно» свободных.

Это далеко не полный перечень проявлений публичных начал в гражданском праве. «Публицизация» гражданского права обусловлена рядом объективных причин. Например, выполняя социальную функцию, государство ограничивает права монополий, обеспечивая поддержку граждан-потребителей; установив специфическую значимость для общества определенных объектов гражданских правоотношений (природных ресурсов, земли, оружия, ядовитых веществ, наркотических и психотропных средств, валюты), государство устанавливает специальные правила их оборота, обеспечивая экономическое развитие и безопасность общества; для выполнения социальных программ используется в том числе и государственная собственность. То, что в частном, гражданском, праве становится все больше императивных норм, — результат социализации права, поскольку для защиты всеобщего интереса приходится посягать на индивидуальную свободу.

Привнесение публичных начал в гражданское право не приводит его к утрате частноправовой сути, нормы частного права, даже императивные, не становятся нормами права публичного. Согласие по-прежнему является фундаментальным элементом доктрины об автономии воли в гражданском праве. Договор, как основной источник гражданско-правовых обязательств, остается юридическим инструментом, основанным на консенсусе. Даже когда договор является юридическим обязательством, закон не может в полной мере заменить согласие сторон. Случаи, когда согласие действительно не требуется, очень редки и мотивированы соображениями общественной пользы. Однако мнение, что гражданское право является только частным, в котором не может быть ничего публичного, приводит к дезориентации и правотворческой и правоприменительной деятельности, вызывает напряженность в обществе.

В завершение исследования вопроса полагаем возможным сделать следующие выводы.

Во-первых, с момента постановки проблемы древнеримскими учеными и до настоящего времени наука не выработала однозначных подходов ни к одному из аспектов доктрины дуализма права. Нет единства мнений по используемой терминологии (например, допустимо ли отождествление понятий «частное» и «гражданское» право); не выработан общий подход к выбору критерия разграничения права частного и публичного; не разработана универсальная, логически непротиворечивая система критериев разделения дихотомической системы права по отраслям (например, такие отрасли, как трудовое, лесное, горное, страховое, международное частное право, одними учеными причисляются к частному праву, другими — к публичному, третьи же полагают их нейтральными, не относимыми ни к одной из ветвей); дискутируется и целесообразность двухчастного деления права. Удивителен тот факт, что, независимо от разных подходов, само разграничение права на публичное и частное остается довольно устойчивым в системе романо-германской

правовой семьи на протяжении многих лет. Этот эффект подметил еще Г. Ф. Шершеневич, который писал, что «несмотря на повседневность указанного деления, с научной стороны до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным правом, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носит название частного права и составляет предмет особой науки. Это различие, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее создается инстинктивно, чем основывается на точных признаках».¹⁷

Во-вторых, доктрина дуализма права является концептуальной только для романо-германской правовой семьи. Англосаксонская правовая система и мусульманская правовая семья идею деления права на частное и публичное не восприняли. Попытки отыскать в прецедентном праве и шариате зачатки доктринального деления права на частное и публичное предпринимались, но распространения не получили, поскольку юристы англосаксонского и мусульманского права практического применения данной концепции не признают. Таким образом, идея дихотомии права не носит ни универсальный, ни фундаментальный характер. Как остроумно заметил А. М. Михайлов, 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” пес plus ultra другими. 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?»¹⁸

В-третьих, весь массив концепций о дуализме права можно достаточно условно подразделить на материальные, в которых критерием демаркации частного и публичного права выступает содержание общественных отношений, предмет регулирования правовой нормы, формальные, где в основе разделения лежит совокупность приемов и способов регулирования правоотношений, нигилистические, отрицающие дуализм системы права как научную категорию, полагая всю систему права в зависимости от мировоззрения автора правом публичным или, наоборот, частным, смешанные, в которых говорится о необходимости сочетания различных критериев разграничения для уяснения сущности дуализма права и теории конвергенции, где упор делается на взаимосвязь, взаимообусловленность частного и публичного, и практические аспекты проникновения норм частного и публичного права друг в друга при сохранении их самостоятельности.

В-четвертых, в юридических системах России и Европы в настоящее время набирают силу два взаимосвязанных процесса — «публицизация» частного права и «коммерциализация» публичного. Императивных норм в частном праве становится все больше, поскольку для защиты всеобщего интереса приходится ограничивать свободу индивида. В свою очередь, в некоторых случаях отношения государства и частных лиц регулируются нормами частного права. Гражданское право не может обойтись без использования императивных правил и запретов, которые устанавливаются как в интересах отдельных групп, так и во всеобщих интересах. Гражданское право никогда не было и не будет частным в «чистом» виде, оно всегда подвергается ограничениям публичного характера. Границы сфер влияния частного и публичного в гражданском праве находятся в постоянном колебании.

В-пятых, следует признать, что поиск универсальной границы между правом частным и правом публичным зашел в тупик и более не отвечает потребностям современной юридической науки и практики. Говорить о доктрине дуализма права как об обязательном условии обеспечения приоритета прав и свобод человека и демократизации общественной жизни полагаем наивным и утопичным. Признавая необходимость изучения исторического наследия и высоко ценя вклад ученых в развитие представлений о сути права, полагаем необходимым в настоящее время сосредоточиться на поиске наиболее удачной формулы сочетания частного и публичного начал в гражданском праве и изучении механизмов конвергенции публичного и частного права для обеспечения баланса прав индивидуума, общества и государства.

Литература

1. Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 25–41.
2. Анисимов А. П. Гражданское право России. Общая часть: учебник для академического бакалавриата / А. П. Анисимов, А. Я. Рыженков, С. А. Чаркин; под общ. ред. А. Я. Рыженкова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт. 2016. 394 с.

¹⁷ Черепяхин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сб. трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. Иркутск, 1926. С. 9.

¹⁸ Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М. : ЮрИнфоР. 2001. С. 85.

3. Голубцов В. Г. Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. № 1 (1). С. 57–62.
4. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА. 1998. 624 с.
5. Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. 142 с.
6. Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. 110 с.
7. Кавелин К. Д. Гражданское право. История русского судостроительства. М. : Юрайт. 2018. 257 с.
8. Коркунов М. Н. Курс лекций. СПб. : Юридический центр-Пресс. 2004. 458 с.
9. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики: монография. М. : Норма: ИНФРА-М. 2015. 240 с.
10. Богданов Е. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 23–24.
11. Солодовниченко Т. А. Критическая оценка теории конвергенции частного и публичного права // Вестник ОмГУ. Серия: Право. 2018. № 2 (55). С. 37–39.
12. Тихомиров Ю. А. Публичное право. Учебник. М. : БЕК. 1995. 496 с.
13. Черепяхин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сб. трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. Иркутск, 1926. С. 8–35.

References

1. Agarkov M. M. Value of Private Law [Tsennost' Chastnogo Prava] // Jurisprudence [Pravovedeniye]. 1992. № 1. P. 25–41. (in rus.)
2. Anisimov A. P. Civil Law of Russia. The general part: a textbook for academic bachelor [Grazhdanskoye pravo Rossii. Obshchaya chast': uchebnik dlya akademicheskogo bakalavriata] / A. P. Anisimov, A. Ya. Ryzhenkov, S. A. Charkin; under total ed. A. Ya. Ryzhenkova. 4th ed., revised and enlarged edition M. : [Yurayt]. 2016. 394 p. (in rus.)
3. Golubtsov V. G. The Ratio of Public and Private Law in Russia: the Historical Aspect [Sootnosheniye publichnogo i chastnogo prava v Rossii: istoricheskiy aspekt] // Perm University Herald. Yuridical sciences [Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskiye nauki]. 2008. № 1 (1). P. 57–62. (in rus.)
4. Berman G. J. Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition [Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya] / Trans. from Eng. 2nd ed. M. : Moscow State University Publishing House: INFRA-M-NORM Publishing Group. 1998. 624 p.
5. Vasiliev O. D. Problems of Separation of the Right to Public and Private in the Russian Positivist Theory of Law in the Late XIX — early XX centuries.: Dis. of Cand. legal sciences.[Problemy razdeleniya prava na publichnoye i chastnoye v russkoy pozitivistской teorii prava v kontse XIX — nachale XX vv.: dis. kand. yurid. nauk.] Blagoveshchensk. 1999. 142 p. (in rus.)
6. Duguit L. General Transformations of Civil Law from the Time of Napoleon's Code / ed. and with foreword: A. G. Goyhbarg, Trans from fr.: M. M. Sievers. M. : State. publishing house [Gos. izd-vo] 1919. 110 p.
7. Kavelin K. D. Civil Law. History of the Russian judicial system [Grazhdanskoye pravo. Istoriya russkogo sudoustroystva]. M. : [Yurayt]. 2018. 257 p. (in rus.)
8. Korkunov M. N. Course of lectures. SPb. [Kurs lektsiy. SPb.] / Legal Center-Press[Yuridicheskiy tsentr-Press]. 2004. 458 p. (in rus.)
9. Korshunov N. M. Convergence of Private and Public Law: Problems of Theory and Practice: a monograph [Konvergentsiya chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki: monografiya]. M. : Norma: INFRA-M. 2015. 240 p. (in rus.)
10. Bogdanov E. The Ratio of Private and Public in Civil Legislation [Sootnosheniye chastnogo i publichnogo v grazhdanskom zakonodatel'stve] // Russian justice [Rossiyskaya yustitsiya]. 2000. № 4. P. 23–24. (in rus.)
11. Solodovnichenko T. A. Critical Assessment of the Theory of Convergence of Private and Public Law [Kriticheskaya otsenka teorii konvergentsii chastnogo i publichnogo prava] // Herald of OMSK University. Series: Right [Vestnik OmGU. Seriya: Pravo]. 2018. № 2 (55). P. 37–39. (in rus.)
12. Tikhomirov Yu. A. Public Law. Textbook [Publichnoye pravo. Uchebnik]. M. : BEC. 1995. 496 p. (in rus.)
13. Cherepakhin B. B. On the Issue of Private and Public Law [K voprosu o chastnom i publichnom prave] // X sb. works of professors and teachers of the Irkutsk State. University [X sb. trudov professorov i prepodavateley Irkutskogo gos. un-ta]. Irkutsk, 1926. P. 8–35. (in rus.)