

Н. Ю. ТЕТЕРЯТНИКОВ, начальник кафедры гражданского права и процесса Сибирского юридического института МВД России, кандидат юридических наук (г. Красноярск)

N. YU. TETERYATNIKOV, head of the chair of civil law and procedure of the Siberian Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia, candidate of law (Krasnoyarsk)

В. В. ПОНОМАРЕВА, начальник кафедры государственно-правовых дисциплин Сибирского юридического института МВД России, доктор юридических наук, профессор (г. Красноярск)

V. V. PONOMARYOVA, head of the chair of state and legal disciplines of the Siberian Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia, doctor of law, professor (Krasnoyarsk)

К ВОПРОСУ О ТРАНСФОРМАЦИИ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О ЧАСТНОМ И ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

ON THE QUESTION OF THE TRANSFORMATION OF PERCEPTIONS ON PRIVATE AND PUBLIC LAW

Аннотация. В представленной работе рассматривается эволюция представлений о делении права на частное и публичное, характерное для стран романо-германской правовой семьи, со времен Древнего Рима по настоящее время. Отмечается произошедшая десакрализация публичного права, а также процессы дивергенции и конвергенции этих двух сфер. Проанализированы материальные и формальные критерии разграничения права частного от права публичного, а также имеющиеся проблемы отнесения отдельных отраслей права к частно- либо публично-правовым элементам современной системы права. Делается вывод о том, что правовые реформы, проводимые законодателем, нередко основываются на его представлении о дихотомии и дуализме частного и публичного права, и тем самым способствуют более четкому их разграничению в политико-правовой действительности, в т. ч. на уровне отдельных институтов.

Ключевые слова и словосочетания: правовой дуализм, частное право, публичное право, конвергенция и дивергенция права, романо-германская семья правовых систем, принцип диспозитивности.

Annotation. The presented work examines the evolution of ideas about the division of law into private and public, characteristic of the countries of the Romano-Germanic legal family, from the time of Ancient Rome to the present. The secularization of public law, as well as the processes of divergence and convergence of these two spheres, are noted. The material and formal criteria for distinguishing private law from public law, as well as the existing problems of classifying certain branches of law as private or public law elements of the modern system of law, are analyzed. It is concluded that the legal reforms carried out by the legislator are often based on his idea of the dichotomy and dualism of private and public law, and thus contribute to a clearer distinction between them in political and legal reality.

Keywords and phrases: legal dualism, private law, public law, convergence and divergence of law, Romano-Germanic family of legal systems, dispositivity principle.

С 1 января 2022 г. вступила в силу актуальная редакция приказа Минобрнауки России от 24 февраля 2021 г. № 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», предусматривающая взамен пятнадцати научных специальностей юридического профиля теперь только пять, среди которых центральное место занимают «частно-правовые (цивилистические) науки», идущие под шифром 5.1.3 сразу за публично-правовыми (государственно-правовыми) науками со шифром 5.1.2 [1]. Ничуть не оспаривая обоснованности новой номенклатуры, хотелось бы обратить внимание на сам подход правотворца, априорно исходящего из дихотомии публичного и частного права.

В юриспруденции деление права как единственного общеобязательного регулятора общественных отношений на частное и публичное получило название доктрины дуализма права (теории правового дуализма) [2, с. 226; 3, с. 44]. Вместе с тем, такое представление о базовых основах системы права не является универсальным. Так, например, страны англосаксонской системы не знают разграничения между частным правом и публичным [4, с. 57; 5, с. 134].

Французская юридическая доктрина, относящаяся к романо-германской правовой семье, по меньшей мере с первой четверти XVIII в. признает оппозицию частного и публичного права в национальной системе права. При этом взгляды французских юристов на природу и причины такого деления сильно расходятся. Вплоть до того, что некоторые такую дихотомию объявляют архаичной, тогда как другие, наоборот, весьма востребованной. Подробный обзор точек зрения французских правоведов на соотношение публичного права с частным дает А. П. Семитко в своей обстоятельной статье, посвященной этой проблеме [5].

В отечественной юридической науке, несмотря на общепризнанность деления системы права на частно-правовую и публично-правовую сферы, тоже нет единого мнения об их границах и сочетании. Более того, зачастую отсутствует согласие и в том, какие отрасли права следует относить к частному праву, а какие к публичному. Если в отношении уголовного и административного права у правоведов разногласий нет, то, например, с семейным правом, а также гражданским и гражданским процессуальным правом точки зрения расходятся вплоть до противоположных.

Так, А. М. Нечаева, говоря о преобладании публично-правовых начал в семейном праве [6, с. 42], фактически относит его к отраслям права публичного [7, с. 98], а Д. В. Осинцев ставит под сомнение отнесение гражданского права к отраслям частного права [8, с. 38], тогда как преобладающим мнением является прямо обратное [9, с. 35; 10, с. 3].

Кроме того, озадачивает выделение отдельными исследователями т. н. частно-публичных отраслей права. Т. А. Мазурова частно-публичной отраслью права называет трудовое право [9, с. 36], О.В. Гутников – право юридических лиц, саморегулируемых организаций, концернов и т. п. [11, с. 143], М. Г. Щербаков вслед за М. Ю. Чельшевым – предпринимательское право [12, с. 104].

В свою очередь С. В. Дорохин в своей работе аргументирует отнесение всех процессуальных отраслей права, в т. ч. гражданского процессуального и арбитражного процессуального, к отраслям публичного права [13, с. 24]. Такой подход является вполне традиционным для отечественной юриспруденции [10, с. 3], тем более что сложился он еще в советский период истории России [2; 5], когда деление права на публичное и частное отрицалось по идеологическим причинам.

Как указывал еще в феврале 1922 г. председатель Совнаркома РСФСР В. Ульянов (Ленин): «Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. <...> Отсюда –

расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *corpus juris romani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание» [цит. по: 2, с. 227]. По этой причине в отечественном правоведении концепция разделения права на частное и публичное, весьма популярная в XIX – начале XX веков, была предана забвению без малого на семьдесят лет, в течение которых все элементы системы права рассматривались исключительно с публично-правовых позиций. В полном мере это относилось и к отрасли гражданского процессуального права.

Вместе с тем, начиная с 1990-х годов высказывается альтернативная точка зрения. Сперва робко, потом все увереннее и увереннее. И. М. Зайцев одним из первых высказался о том, что гражданское процессуальное право можно считать отраслью частного права, поскольку в его основе лежит спор о праве, разрешаемый в рамках искового судопроизводства, для которого характерны полноценная состязательность равноправных сторон (истца и ответчика, наделенного правом подачи встречного иска), приоритет частного интереса и использование диспозитивного метода правового регулирования [14, с. 27].

Новая номенклатура научных специальностей, собственно, выдержана в рамках этого же подхода. Нет сомнений, что исследования в области трудового, предпринимательского, семейного, гражданского, гражданско-процессуального права и т. п. будут подпадать под категорию частно-правовых (цивилистических) наук, значащихся под шифром 5.1.3. Не случайно правотворец, пусть и в скобках, отметил их эпитетом «цивилистические», отсылая таким образом к романо-германской традиции противопоставления частного права (*ius privatum*) – праву публичному (*ius publicum*), которое, по мнению древнеримских юристов (Сальвия Юлиана, Мазурия Сабина, Эмилия Папиниана, Домиция Ульпиана, Флавия Юстиниана) и их последователей, не может быть

изменено по договору, заключенному между частными лицами: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.

Одновременно с этим необходимо помнить, что публичное право в Древнем Риме, помимо положения магистратов (*magistratibus constit*), охватывало также совершенно непредставимые в современных условиях богослужения (*sacerdotibus*) и таинства (*sacris*) как священнодействия [15]. В этой связи нынешнее понимание публичного права относительно древнеримской традиции, трактовавшей его в качестве божественного (*ius divinum* соблюдение которого приводит к *raх deorum* – покровительству богов), претерпело существенную трансформацию, выразившуюся, прежде всего, в десакрализации общественных отношений и секуляризации правосознания. Однако базовый принцип публичных правоотношений, согласно которому норму нельзя менять в угоду отдельным лицам, даже по договору между ними, сохранился.

В сфере частного права действует прямо обратный принцип: общая норма применяется только в том случае, если иное не предусмотрено договором. Следовательно, соглашения отдельных субъектов по частным вопросам имеют приоритет над обычаями и иными правилами, установленными для неопределенного круга лиц, вступающих друг с другом в отношения по необходимости, без взаимной заинтересованности, нередко случайно.

В Дигестах Юстиниана VI в. н. э., основанных на трудах Ульпиана, частное право рассматривается как единство трех составляющих – естественного права (*ius naturale*), права народов (*ius gentium*) и гражданского права (*ius civile*) [15, с. 82].

Естественное право, как право природы, включало в себя помимо правил, по которым живут и размножаются животные, также интуитивные нормы и обычаи (в т. ч. правовые), регулирующие заключение семейного союза между мужчиной и женщиной, а также зачатие, рождение и воспитание ими детей. Именно в эти положения своими корнями уходит семейное право в качестве

отрасли частного права национальных правовых систем современности, относящихся к романо-германской правовой семье.

Несмотря на общие закономерности создания семей у различных пар, в каждом конкретном случае преобладающим является наличие взаимного интереса, если не между определенными мужчиной и женщиной как частными лицами, то их родителями, семьями, родами – также частными субъектами. Это тот самый случай, когда договоренность между сторонами (женихом и невестой либо их родителями или отцами) выступает приоритетом в решении вопросов брака и продолжения рода по отношению к случайным половым связям, которые по общему правилу позитивным правом не охватываются, оставаясь за рамками правового регулирования.

Как и в случае с понятием публичного права, здесь наблюдается смещение смысловой нагрузки (при сохранении сущностной характеристики) современного правовопонимания относительно доктрины римского права, поскольку естественное право, по мнению древнеримских юристов, предопределяло сексуальные и связанные с ними отношения между людьми, тогда как нынешнее семейное право, наоборот, отказывается от регулирования любовных связей, оставляя их преимущественно на откуп морали. В этом контексте весьма показательным решением Верховного Суда Российской Федерации, вынесенное в 2017 году, о признании недействительным брачного договора, содержащего со ссылкой на ч. 2 ст. 42 Семейного кодекса Российской Федерации («Права и обязанности, предусмотренные брачным договором, могут <...> ставиться в зависимость от наступления или от ненаступления определенных условий») в качестве одного из условий лишения прав на совместно нажитое имущество супружескую измену [16, с. 11].

Что характерно, в странах, не относящихся к романо-германской правовой семье и, соответственно, не знающих деления права на частное и публичное, подобные условия в брачных контрактах признаются

вполне допустимыми с точки зрения действующего законодательства. Так, например, в Соединенных Штатах Америки – государстве, относящемся к англосаксонской правовой семье, в котором не было рецепции римского права, адюльтер является обычным условием для развода с выплатой недобросовестным субъектом существенных сумм денежной компенсации добропорядочной стороне [16, с. 11].

В свою очередь право народов (*ius gentium*), как общее для всех людей, в Древнем Риме соответствовало не только тому, что мы сейчас именуем международным частным правом, но и затрагивало ряд вопросов, относящихся ныне к международному публичному праву (*ius cogens*), – «ведение войны, разделение народов, основания царств» [15, с. 84].

Цивильное же право (*ius civile*) являлось по сути национальным позитивным правом Римского государства, также включавшим в свой состав то, что сегодня воспринимается элементами права публичного. Например, кража в Древнем Риме являлась прерогативой частного права [2, с. 238].

Разделение права на частное и публичное является привычным и понятным для правоведов, принадлежащих к странам романо-германской правовой семьи. Однако четких и единых критериев, по которым это разграничение производится, юридической доктриной так и не выработано [5; 17]. Их обнаружение представляет собой насущную проблему общей теории права, в которой в настоящее время преобладают два основных подхода к решению этой задачи.

Первый подход в своей основе имеет материальный критерий интереса. Он исходит из того, преследование чьего интереса обеспечивается нормами права. Публичное право отстаивает интересы общества и государства, закрепляя их приоритет над интересом частного лица, тогда как частное право, наоборот, признает интерес отдельного индивида более значимым, нежели интерес публичный, интерес общественности.

Так, ярким примером выражения публичного права будет институт возбуждения

уголовного дела по факту, скажем, обнаружения трупа холостяка – круглого сироты с признаками насильственной смерти, когда нет частного интереса в розыске убийцы (вследствие отсутствия у погибшего супруги и родственников, которые бы могли обратиться в правоохранительные органы с соответствующим заявлением), но есть интерес общественный, преследуя который государство постарается сделать все от него зависящее, чтобы найти преступника и привлечь его к юридической ответственности. Примером же проявления частного права может быть закрепленный в законодательстве институт аборта как права на прерывание беременности по инициативе женщины, преследующей свой личный интерес, вступающий в прямое противоречие с интересом публичным – интересом общества и государства в новом гражданине и налогоплательщике.

Второй подход к разграничению частного и публичного права основан на формальном критерии – используемом законодателем методе правового регулирования [18, с. 96]. Соответственно, публичное право в своей основе имеет императивный метод правового регулирования, в то время как частное – диспозитивный.

Публичное право при таком подходе оберегает правопорядок, права и свободы личности, а также иные социальные ценности по инициативе государства. Частное же право охраняет материальные и нематериальные блага, представляющие определенную ценность для конкретной личности, исключительно по ее же инициативе.

По этой причине Правила дорожного движения вкупе с гл. 12 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), являющиеся частью административного права и обеспечивающие безопасность дорожного движения, – пример публичного права. А вот возможность подачи искового заявления в суд с требованием опровержения порочащих честь, достоинство либо деловую репутацию сведений (ст. 152 Гражданского кодекса Российской Федерации) – образец права частного.

Граница, разделяющая право на публичное и частное, является весьма размытой и непостоянной. Это обусловлено, прежде всего, доктринальным характером такой дихотомии – в современных законодательных текстах нет ни одного упоминания о ней. А также тем, что с течением времени многие правовые институты эволюционируют, смещаясь в ту или иную сторону относительной этой границы либо даже перемещаясь из одной сферы права в другую в связи с реформированием существующего законодательства.

Так, сравнительно недавно, в 2015 году в связи с принятием Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ) из Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (ГПК РФ) был изъят подраздел III «Производство по делам, возникающим из публично-правовых отношений» (ст. ст. 245–261.8), который практически в неизменном виде был перенесен в КАС РФ. Это показательный пример того, как законодатель, следуя логике юридической доктрины романо-германской правовой системы, привел в соответствие с ней существующую нормативно-правовую базу, что можно только приветствовать. В отечественной юриспруденции такой процесс получил наименование дивергенции публичного и частного права [19, с. 11; 20, с. 44].

Вместе с тем, наряду с дивергенцией – разграничением, отдалением частноправовых и публично-правовых начал в отдельных институтах и других элементах системы права, в национальных правовых системах романо-германской правовой семьи наблюдается и обратный процесс – сближения и даже взаимопроникновения частного и публичного права. Это явление, характерное не только для России, называется конвергенцией [19; 20, с. 44; 21].

Действительно, ни одну отрасль права нельзя полностью отнести исключительно к частному или публичному праву. Например, в административном праве есть такое правонарушение, как оскорбление (ст. 5.61 КоАП РФ), состав которого предполагает,

что человек, в адрес которого было допущено оскорбительное высказывание, должен признать себя уязвленным и испытавшим моральные страдания. Если же он себя потерпевшим не посчитает, то с точки зрения действующего законодательства получится, что правонарушения не было. Именно в этом проявляется частноправовое начало данного института административного права. Аналогичная ситуация с частным обвинением по уголовным делам. Это и есть конвергенция.

Деление права на публичное и частное имеет длительную, почти трехтысячелетнюю [2, с. 227] историю, в ходе которой оно благодаря как дивергенции, так и конвергенции, приобретало новые формы. Поэтому неудивительно, что представления древнеримских юристов на эту дихотомию существенным образом отличались от современных. Право – явление социальное и динамическое, постоянно меняющийся продукт человеческой деятельности, обусловленный во многом представлениями людей (прежде всего юристов, особенно законодателей) о том, каким ему следует быть. Имен-

но на этом основаны все правовые, в первую очередь законодательные реформы, проводимые в человеческом обществе.

В настоящее время публичное право служит интересам государства и общества, обеспечивает правопорядок и, значит, стабильность развития общественных отношений. Частное право, в свою очередь, гарантирует каждому человеку возможность самореализации путем удовлетворения личных потребностей и интересов при условии непричинения объективного вреда другим лицам. Последнее в реальности сводится к соблюдению действующего законодательства, т. е. требований публичного права.

По этой причине важнейшая задача юриспруденции – и ученых-правоведов, и законодателей, и правоприменителей – сводится к поиску и обеспечению баланса между публичными и частными интересами в постоянно меняющемся мире. Соотношение публичного права и частного, их сближение (конвергенция) и, наоборот, расхождение (дивергенция) – одна из тех проблем, что заслуживают пристального внимания как юристов-практиков, так и теоретиков права.

ЛИТЕРАТУРА

1. 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. № 109: Приказ Минобрнауки России от 24 февраля 2021 г. № 118 (ред. от 27 сентября 2021 г.) (Зарегистрировано в Минюсте России 6 апреля 2021 г. № 62998) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.01.2022).
2. Акинфиева В. В., Воронцов С. Г. Публичное, частное, гражданское и гражданское право: содержание понятий в древнеримских и современных доктринальных источниках // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 2. С. 226–247.
3. Чуприн М. Г. Соотношение норм частного и публичного права как правовая сущность законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Юрист. 2020. № 6. С. 43–48.
4. Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособие. 2-е изд., испр. М.: Дело, 2002. 344 с.
5. Семитко А. П. Деление права на публичное и частное во французской юридической доктрине // Российский юридический журнал. 2021. № 1. С. 126–140.
6. Нечаева А. М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт-Издат, 2007. 280 с.
7. Ульбашев А. Х. Общее учение о личных правах. М.: Статут, 2019. 255 с.
8. Осинцев Д. В. Обязательные требования как предмет административно-правовых исследований // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2021. № 1. С. 31–45.
9. Мазурова Т. А. Приостановление трудового договора в контексте межотраслевых категорий «договор» и «приостановление» // Трудовое право в России и за рубежом. 2021. № 1. С. 35–37.

10. Шаблова Е. Г., Жевняк О. В. Гражданское право: учебное пособие. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2015. 136 с.
11. Гутников О. В. Корпоративная ответственность в гражданском праве: монография. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2019. 488 с.
12. Щербаков М. Г. Гражданско-правовой аспект режима товаров двойного назначения // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 3. С. 99–106.
13. Дорохин С. В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М.: Волтерс Клувер, 2006. 136 с. С. 36.
14. Зайцев И. М. Соотношение публично-правового и частно-правового в Гражданском процессуальном кодексе // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвуз. сб. науч. тр. Екатеринбург, 1998. 332 с. С. 27–28.
15. Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. 584 с.
16. Куликов В. Измена не в счет. Верховный Суд России признал незаконными такие условия в брачных контрактах, как неверность, ссора или развод // Российская газета. 11 апреля 2017. № 76 (7242).
17. Ростовцева К. А. Публичное, общее, частное в праве недвижимости: сравнительные исследование // Вестник гражданского права. 2020. № 4. С. 242–285.
18. Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 93–120.
19. Михайлова А. С. Некоторые аспекты проявления конвергенции частного и публичного права на примере современного правового регулирования нотариальной деятельности // Нотариус. 2017. № 1. С. 10–13.
20. Чуприн М. Г. Соотношение норм частного и публичного права как правовая сущность законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Юрист. 2020. № 6. С. 43–48.
21. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. 240 с.

© Тетерятников Н. Ю.
© Пономарева В. В.