

Ю.С. ХАРИТОНОВА,
доктор юридических наук,
доцент,
ведущий научный сотрудник
Научно-Исследовательского
центра Московской академии
экономики и права

YU.S. HARITONOVA,
doctor of jurisprudence,
assistant professor,
leading research associate
Research center
of the Moscow academy
of economy and right

ОСНОВЫ РАЗДЕЛЕНИЯ
СИСТЕМЫ ПРАВА
РОССИИ НА ЧАСТНОЕ
И ПУБЛИЧНОЕ

BASES OF DIVISION
OF SYSTEM OF THE RIGHT
OF RUSSIA
ON PRIVATE
AND PUBLIC

Считается чуть ли не аксиомой, что между публичным и частным правом есть различия. Однако уже сам вопрос, в чем состоит отличие публичного права от частного, не имеет однозначного ответа.

Ключевые слова: частное право, публичное право, система права, государство.

It is considered almost an axiom that between public and private law there are distinctions. However already question in what difference of public law from private consists, has no definite answer.

Keywords: private law, public law, right system, state.

Как отмечает В.С. Белых, основной формой выражения правового дуализма является деление права на публичное и частное. Оно (деление) рассматривается большинством ученых в качестве очевидного и фундаментального. Однако ряд ученых не видят в этом делении ничего фундаментального и очевидного. К тому же большие трудности подстерегают исследователя на пути отыскания критериев для подобного размежевания¹.

Широко известно высказывание древнеримского юриста Ульпиана (170 - 228) о том, что публичное право есть то, которое относится к положению Римского государства, тогда как частное – к пользе отдельных лиц². Публичное право – это область государственных дел, а частное право – область частных дел.

Таким образом, пояснял И.Б.Новицкий, критерием различия областей частного права и публичного права, по мнению Ульпиана, служит характер интересов, защищаемых правом: к области публичного права принадлежат нормы права, ограждающие интересы государства, к области частного права – нормы, ограждающие интересы отдельных лиц³.

По этому вопросу современные ученые, однако, замечают: «Но это деление предлагалось Ульпианом для наилучшего изучения системы

римских законов и в целях правоприменения. Оно включало в себя такой классификационный признак, который в условиях современного разветвленного законодательства нуждается в новом научном осмыслении»⁴.

Условность принятого за догму подхода признавалась и учеными – романистами. И.Б.Новицкий писал, что в латинском языке слову «гражданский» соответствует, вообще говоря, слово *civilis*. Однако *ius civile* в римском праве по своему содержанию не соответствует современному термину «гражданское право». *Ius civile* в римском праве имеет различное значение. Этим термином обозначается прежде всего исконное национальное древнеримское право, распространяющее своё действие исключительно на римских граждан – квиритов; поэтому оно и именуется также квиритским правом. В этом смысле *ius civile* противопоставляется «праву народов» (*ius gentium*), действие которого распространялось на все римское население (включая так называемых перегринов). Поскольку *ius gentium* регулировало имущественные отношения, возникающие и между перегринами, и между римскими гражданами, и между теми и другими, оно представляло собой разновидность римского гражданского права. Надо заметить, что тем же термином *ius gentium* римские юристы обозначали и пред-

¹ Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009.

² Ульпиан. Дигесты, 1,1,1,2.

³ Новицкий И.Б. Римское право. М., 1997.

⁴ Подшибякин Д.Н. Правосубъектность хозяйствующих объединений (на примере финансово-промышленных групп): Дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.

ставлявшуюся им более широкой философскую категорию — право общее для всех народов полагая, что сюда входят правила, подсказываемые самой природой человека, они употребляли для обозначения этой категории также выражение *ius naturale*, естественное право⁵.

Современные специалисты в сфере римского права убеждены, что хотя сегодня понятие частного права противопоставляется публичному праву, древние римляне рассматривали правовую систему в синкретичном единстве, выделяя различные аспекты юридических институтов в зависимости от той социальной роли, в которой выступали субъекты правоотношений, и от того, какой общественный авторитет обеспечивал нормативный характер типичных связей между людьми. Если речь шла об отношениях между отдельными (*privatus*: от *privus*, лишенный, отделенный) лицами, отстаивавшими свои индивидуальные или семейные интересы, то такие отношения трактовались как частные, а формализованная воля субъектов, определявшая режим их связей, считалась частным законом - *lex privata*. Если же отношение затрагивало интересы Римского народа квинитов (*populus Romanus Quiritium*) как целого, то оно рассматривалось с точки зрения публичных интересов, а его нормативной основой выступала формализованная воля всего народа - *lex publica* (публичный закон). При этом строго национальное по составу участников право римской гражданской

общины (*civitas*) - *ius civile* - было для римлян «квинитским» и обозначало общеобязательные и публично значимые (в смысле *lex publica*) правовые основы и пределы для частнопроводных отношений⁶.

За рамками изучения и преподавания римского частного права существует также разграничение права на частное и публичное с точки зрения материального и формального критериев.

Так, представители материального критерия полагали, что различие между правом частным и публичным заключается в содержании регулируемых отношений. Сферой гражданского права признавались исключительно имущественные правоотношения.

Формальный критерий заключался в способе судебной защиты: право публичное то, которое охраняется по инициативе власти в порядке суда уголовного или административного, а право частное то, которое охраняется по инициативе частного лица и в порядке суда гражданского.

В одном из учебников по теории государства и права мы можем узнать, что суть разделения права на частное и публичное состоит в том, что в любой системе права есть нормы, призванные обеспечивать прежде всего общезначимые (публичные) интересы, т.е. интересы общества, государства в целом (конституционное право, уголовное, уголовно-процессуальное, административное), и нормы, защищающие интересы част-

⁵ Новицкий И.Б. Римское право. М., 1997.

⁶ Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996.

ных лиц (гражданское право, семейное, торговое, предпринимательское и т.д.). Публичное право связано с публичной властью, носителем которой является государство. Частное право «обслуживает» в основном потребности частных лиц (физических и юридических), не обладающих властными полномочиями и выступающих в качестве свободных и равноправных собственников. В основе этой градации лежат две в известной мере самостоятельные сферы социальных отношений - предметы правового регулирования. Частное право - это совокупность правовых норм, охраняющих и регулирующих отношения частных собственников в процессе производства и обмена, их интересы как свободных субъектов рынка. Публичное же право составляют нормы, закрепляющие и регулирующие порядок деятельности органов государственной власти и управления, формирования и работы парламентов, других представительных и правительственных учреждений, осуществления правосудия, борьбы с посягательствами на существующий строй⁷.

Подход к определению системы права в советском праве исключал выделение частного права как такового. Возникло представление о системе права как о группе отраслей. В одном из своих трудов В.П. Мозолин провел обобщение мнений по данному вопросу. Он, в частности отметил: «Три научные дискуссии о системе

советского права ... позволили выявить основные направления и определить тенденции развития как системы социалистического типа права в целом, так и ее отдельных элементов (частей). <...> В ходе первой дискуссии о системе советского права в центре внимания ученых-юристов находилась проблема предмета правового регулирования как основного классифицирующего признака для выделения отдельных правовых образований в самостоятельные отрасли права. <...> В период второй дискуссии о системе советского права (1956 - 1958 гг.) в качестве системообразующих факторов при образовании отраслей права назывались два фактора: предмет и метод правового регулирования общественных отношений. При этом метод рассматривался не как нечто внешнее к предмету правового регулирования отношений, а в сфере органического единства с ним. <...> Участники третьей дискуссии о системе советского права (1982) в подавляющем большинстве значительно расширили перечень системообразующих факторов, используемых при определении отрасли права. Дополнительно к предмету и методу они включили в него принципы, цели и ряд других факторов»⁸.

Как отмечают исследователи, современное состояние учения об отрасли права наполнено двумя категориями проблем. С одной стороны, дают о себе знать старые проблемы.

⁷ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. - М.: Юристъ, 2004. - С. 404.

⁸ Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. - М.: Юстицинформ, 2008. - С. 8

В их числе учение о делении права на частное и публичное, обоснование предмета и метода правового регулирования в качестве основополагающих критериев различения отраслей права, их видовая характеристика, установление общих и специальных признаков и др. С другой стороны, плюрализм подходов к пониманию в целом, ставший возможным в условиях современного реформирования государства и права, качественные изменения всей системы общественных отношений, происходящие в России в последние десятилетия, привнесли в рассматриваемую тематику новые проблемы, требующие своего научного осмысления и разрешения. К ним с полным основанием можно отнести необходимость совершенствования методологии исследования отрасли права, обновление ее понятийного обеспечения, уточнение качественных характеристик и типологии в контексте современных функционально-структурных подходов, тенденций унификации правовых систем, европеизации права, достижений компаративистики, синергетики и др.⁹.

В то же время увеличение параметров разделения права на отрасли привело к тому, что возможность создания единого, общего понятия отрасли права оказалась утраченной, привело к девальвации самого

понятия отрасли права до такой степени, что им по существу невозможно пользоваться в практических целях (в области законодательства, правоприменительной деятельности, учебном процессе в высших юридических учебных заведениях). Введение в правовой оборот термина «комплексная отрасль права», характеризующего новые «отрасли права», казалось бы, объясняет необходимость и возможность их существования, однако проблему не решает. Не все новые структурные образования органично вписываются в традиционное представление о самой природе отрасли права. Поэтому понятие отрасли права, по справедливому замечанию В.П. Мозолина, не должно использоваться и при построении современной системы российского права.

Распространенным является мнение о том, что предметом правового регулирования гражданского права являются имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, а также отношения, связанные с защитой неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ; а предметом административного права, являющегося ядром права публичного, напротив, являются общественные отношения властного характера в сфере государственного управления, распространяющего свое действие (правда, в различной степени) на все сферы жизни общества и деятельности государственных и муниципальных органов влас-

⁹ См., например: *Курдюк Г.П.* Отрасль права как элемент системы права: Теоретико-правовое исследование: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2004. С. 3.

ти. Однако вопрос этот сегодня является спорным. Отвечая на запросы современного уровня развития и потребностей общества, законодатель фактически сменил парадигму регулирования различных по своей природе отношений. Например, в силу ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации находится *федеральная государственная собственность и управление ею*. От имени Российской Федерации права собственника осуществляют федеральные органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. Правительство РФ осуществляет *управление федеральной собственностью* (ст. 114 Конституции). А в ст. 161 Жилищного кодекса Российской Федерации (далее по тексту – ЖК РФ) установлена обязанность собственников помещений в многоквартирном доме по выбору способа *управления* своим домом. При этом ЖК РФ предлагает следующие способы управления:

- 1) непосредственное управление собственниками;
- 2) управление товариществом собственников жилья (далее – ТСЖ) либо специализированным потребительским кооперативом;
- 3) управление управляющей организацией.

Таким образом, законодатель, фактически, допускает различные формы управления, понимая под ним при этом одну и ту же деятельность. В данном случае – управление имуществом (домом). И такое управление не является государственным или административным.

Из этих и многих других положений можно сделать вывод, что управление является не только делом государства, но и частных лиц в соответствующих вопросах. При этом государственные органы могут осуществлять управление в том же качестве и по тем же принципам, что и частные лица. Например, как в приведенных случаях, собственник-государство и собственник – частное лицо могут действовать одинаково. Таким образом, *de jure* законодатель признает и допускает управление в частном праве, не определяя его более или менее четко.

И наоборот, когда речь идет об отнесении к предмету гражданского права, некоторые ученые указывают на то, что в отношениях между участниками корпораций не могут применяться принципы автономии воли участников или их равенства. По мнению В.П. Мозолина, «здесь гражданского права вообще нет, автономии воли с точки зрения элементарного понятия, что такое автономия, с точки зрения существования самих отношений»¹⁰.

В проекте Федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – Проект), разрабатываемом Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию

¹⁰ Стенограмма парламентских слушаний Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству на тему: «Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации» 02 июля 2012 года // <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/site.xp/052051124054052056.html>.

ванию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»¹¹, предлагается достичь общественного согласия в том, чтобы теперь признавать в качестве корпорации (корпоративной организации) юридическое лицо, учредители (участники) которого обладают правом на участие в управлении его деятельностью (право членства).

По замечанию С.А. Чеховской, на современном этапе новые инвестиционные задачи участников оборота, экономическая необходимость развития системы корпоративного управления (corporate governance), которая обусловлена передачей участниками (акционерами) полномочий по непосредственному управлению обществом наемным лицам, и создание системы органов управления, в которую входят не только сами участники (акционеры), – все это послужило стимулом для развития корпоративного права в любой развитой стране. При этом корпоративное право признается частью частного права в любой стране. Автор также указывает, что история современного так называемого корпоративного права начинается не с римского права, а в лоне договорного права, когда деятельность участников торгового оборота стала трансформироваться в такие отношения, где единогласие или обязательное согласование воли всех без исключения участников по-

степенно заменяется на иной порядок принятия решений – подчинение меньшинства большинству. По ее мнению этот принцип сложился путем длительного «экономического отбора». Как только появилась необходимость в управлении совместными действиями, то элемент подчинения становится уже неизбежным. Такой способ согласования интересов по достижению общей цели в свое время позволил минимизировать издержки рыночных трансакций¹².

Однако следует обратить внимание, что подчинение меньшинства воле большинства, в том числе при проведении корпоративных собраний, как раз отличает право корпоративное от договорного, традиционной части гражданского права. Таким образом, и предмет права и методы правового регулирования сегодня не могут служить конституирующими принципами деления права на отрасли. Поэтому в современных условиях логичным представляется разделение права не на отрасли, а на две основные ветви – право публичное и частное, в которых могут содержаться правила гражданского, предпринимательского, торгового, семейного, трудового, жилищного законодательства, имеющие либо публичный, либо частный характер. Еще одним из основных признаков отрасли можно считать наличие кодифицированного акта. «Кодификация, – писал А.Ф. Шебанов, – является наиболее совер-

¹¹ URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html>.

¹² Чеховская С.А. Корпоративное право России: предмет и проблемы преподавания // Предпринимательское право. 2011. № 1. С. 8 - 10.

шенной формой систематизации нормативных актов, которая ставит целью систематическое изложение всего накопленного нормативного материала по определенной отрасли права»¹³. Обращает на себя внимание и то, что при выделении отраслей даже это условие не всегда соблюдается. Примером тому может служить выделение энергетического права¹⁴ или

¹³ *Шебанов А.Ф.* Нормативные акты Советского государства. М., 1956. С. 37.

¹⁴ Специфика энергии как объекта гражданских прав, выступило основой точки зрения о существовании особой подотрасли права – энергетического права (*Лахно П.Г.* Программа спецкурса «Энергетическое право и политика в XXI веке» // Энергетическое право. 2008. № 1; *Яковлев В.Ф.* Правовое регулирование топливно-энергетического комплекса России // Энергетика и право. Выпуск 2 (Материалы III Международной научно-практической конференции «Энергетика и право», 10 - 11 апреля 2008 г.) / Под ред. П.Г. Лахно. Система «ГАРАНТ», 2009 г.; К 70-летию со дня рождения А.Г. Быкова. Интервью // Энергетическое право. 2008. № 1. С. 2 - 9; *Селиверстов С.С.* К вопросу о понятии энергетического права // Энергетическое право. 2008. № 1. С. 52 - 58; *Попондопуло В.Ф.* Энергетическое право и энергетическое законодательство: общая характеристика, тенденции развития // Правоведение. 2007. № 3. С. 3 - 12). По мнению ряда исследователей, регулирование всех аспектов энергодеятельности должно осуществляться отдельным Энергетическим кодексом (*А.Г. Быков, П.Г. Лахно, К.А. Чуйченко*). Приверженцы этого подхода толкуют предмет энергетического права максимально широко: в состав энергетических отношений включают весь производственно-сбытовой цикл энергетического бизне-

рекламного¹⁵. К частному праву также нередко относят природоресурс-

са, в том числе поиск, разведку, добычу, преобразование, транспортировку, распределение и потребление энергетических ресурсов (*П.Г. Лахно, К.А. Чуйченко*).

¹⁵ Рекламное право – система юридически обязательных внутригосударственных и международно-правовых установлений, регламентирующих деятельность по производству и распространению рекламной информации на основе специальных принципов, особыми методами правового регулирования, в особых процессуальных формах, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на предотвращение и пресечение ненадлежащей рекламы, защиту от недобросовестной конкуренции в сфере рекламного бизнеса, обеспечение права потребителей на получение надлежащей рекламы, стимулирование сбыта товаров, услуг, идей, проектов (программ). (См.: *Баранова М.В.* Право и реклама (общетеоретический аспект): авт. Дисс. ... докт. Юрид наук. – Н.Новгород, 2010; *Баранов В.М., Баранова М.В., Черячукин Ю.В.* Рекламное право: Учебно-методический комплекс. Н. Новгород, 2002; *Баранов В.М., Баранова М.В., Черячукин Ю.В.* Рекламное право: Учебно-методический комплекс. 2-е изд., перераб. и доп. Н. Новгород, 2003.) В то же время некоторые специалисты в данной сфере полагают, что рекламное право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих отношения в сфере производства и распространения рекламы, оно не является самостоятельной отраслью правовой системы России. Нормы, регулирующие отношения в сфере рекламы, входят в состав различных правовых отраслей. Однако большая часть этих норм относится к гражданскому, административному и конституционному праву (*Богатская С.Г.* Правовое регулирование рекламной деятельности. М., 2007).

совое, земельное и т.д. Отсюда возникает естественное предположение, что частное право, которое включает «отрасли», имеет иной квалификационный признак, чем отрасли.

Не существует единого мнения и относительно состава частного права. По мнению Е.А. Суханова, в систему частного права (наряду с крупными частями гражданского права) включаются также семейное, торговое (коммерческое), международное частное право¹⁶. У него гражданское и частное право совпадают. В одной из последних публикаций он пишет: «Из гражданского права в качестве самостоятельных правовых отраслей выделились семейное и трудовое право, а «на стыке» гражданского и административного права возникли земельное и природоресурсное право. Позднее было создано колхозное (впоследствии - сельскохозяйственное) право, которое соединило в себе черты гражданского, трудового и отчасти административного права и в силу этого считалось «комплексной правовой отраслью», а затем возникло такое же комплексное (межотраслевое) экологическое (природоохранное) право. Из трудового права, в свою очередь, выделилось право социального обеспечения. Были также попытки обособления международного частного права, призванного регулировать частноправовые отношения с «иностраным элементом». Все эти правовые образования составляли «семью»

¹⁶ Суханов Е.А. Система частного права // Вестн. Моск. ун-та. 1994. № 4. Сер. «Право». С. 26 - 30.

цивилистических (а по сути - частноправовых) отраслей прежнего порядка»¹⁷.

В литературе была высказана иная точка зрения. Так, по мнению Т.В. Кашаниной, в состав частного права входит семь подразделений: гражданское право, наследственное право, семейное право, авторское право, изобретательское (патентное) право, трудовое право, предпринимательское право с его ядром - корпоративным правом¹⁸.

В.А. Дозорцев убеждает своих современников, что «задачи частного права в отличие от публичного заключаются в том, чтобы обеспечить порядок в области имущественных отношений. И государство должно сказать, что пусть стороны сами договариваются, как хотят, и сами устанавливают свои отношения в соответствии со своей договоренностью. А задача государства здесь заключается в том, чтобы то, о чем они договорились, они и соблюдали. Поэтому это - право частное, и, поэтому если мы говорим о гражданском праве, у нас нет исчерпывающего перечня институтов. <...> Устанавливается свобода отношений, и если отношения не урегулированы правом, то они все равно законны, если запрета нет.

¹⁷ Суханов Е.А. О проблемах становления и развития российского частного права // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С. Алексеева. М., 2004. С. 33.

¹⁸ Кашанина Т.В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): Учеб. для вузов. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 36 - 41.

И поэтому отсутствие урегулирования не есть основание для отказа в требовании, нужно найти общие основания, общие принципы, общие правила»¹⁹.

Наиболее актуальной и правильной видится позиция И.А. Покровского, который считал основой разграничения права на частное и публичное – способы и приёмы регулирования правом отношений²⁰.

В одних областях отношения регулируются исключительно велениями, исходящими от одного единственного центра, каковым является государственная власть. Только от неё, от государственной власти, могут исходить распоряжения, определяющие положение каждого отдельного человека в данной сфере отношений, и это положение не может быть изменено никакой частной волей, никакими частными соглашениями. Регулируются все эти отношения по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не может допустить в этих областях рядом с собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящие от государственной власти нормы имеют здесь безусловный, принудительный характер; предоставляемые ею права имеют в то же самое время характер обязанностей:

¹⁹ См.: Вводная лекция профессора В.А. Дозорцева слушателям Российской школы частного права 1 октября 2002 года // Вестник гражданского права, 2008, № 4.

²⁰ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. 2003. С.42-46.

они должны быть осуществлены, так как неосуществление права является неисполнением сопряжённой с ними обязанности (бездействием власти). Всё здесь подчинено одной руководящей воле, одному командующему центру: всё здесь централизовано. Вот этот-то приём юридической централизации и составляет основную сущность публичного права.

К совершенно иному приёму прибегает право в тех областях, которые причисляются к сфере права частного, или гражданского. Здесь государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений; здесь она не ставит себя мысленно в положение единственного определяющего центра, а, напротив, предоставляет такое регулирование множеству иных маленьких центров, которые мыслятся как некоторые самостоятельные социальные единицы, как субъекты прав. Такими субъектами прав в большинстве случаев являются отдельные индивиды – люди, но, сверх того, и различные искусственные образования – корпорации или учреждения, так называемые лица юридические.

Таким образом, если публичное право есть система юридической централизации отношений, то частное право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно по самому своему существу предполагает для своего бытия наличность множества самоопределяющихся центров. Граница между публичным и частным правом на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном и том же месте, области од-

ного и другого многократно менялись. То, что в одну эпоху регулировалось по началам юридической децентрализации и, следовательно, относилось к области частного права, в другую эпоху перестраивалась по типу юридической централизации и таким образом переходило в область публичного права, и наоборот.

Помимо указанной исторической изменчивости границ надо иметь в виду и то обстоятельство, что даже в каждый данный момент эти границы не предоставляют резкой демаркационной линии. Как по сию, так и по ту сторону границы, как в области публичного, так и в области частного права всегда есть большие или меньшие отступления в сторону противоположного принципа. Жизнь заставляет во многих случаях прибегать к известному комбинированию обоих указанных приёмов, и если мы разделяем области публичного и частного права, то руководимся при этом лишь тем основным принципом, на котором каждая из них построена.

Нет такой области отношений, для которой являлся бы единственным возможным только тот или только другой приём; нет такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы себе представить регулированную как по одному, так и по другому типу²¹.

Думается, позиция И.А. Покровского справедлива и находит своё подтверждение в современном праве. Так, ссылаясь на последние иссле-

²¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. 2003. С.42-46.

дования в данной сфере²² Н.М. Коршунов справедливо отмечает, что «на сегодняшний день обращение к данной проблеме настолько активизировалось и стало модным, что, пожалуй, можно без большого преувеличения констатировать устойчивое стремление рассматривать практически любой вопрос, имеющий юридический характер, сквозь призму соотношения частного и публичного права»²³. Далее автор пишет: «Частное и публичное право существует объективно, независимо от используемых способов его институирования, потому что фактически всегда существуют различные формы собственности, частные и публичные лица, институты и общественные отношения»²⁴. По его мнению, исследования генезиса и эволюции права дают основания для рассмотрения

²² Бублик В.А. Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2000; Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001; Голубцов В.Г. Сочетание публичных и частных начал в регулировании вещных отношений с участием государства. СПб., 2005; Алексий П.В., Васин В.Н. Публично-правовые и частноправовые услуги // Актуальные проблемы частного и публичного права: Межвуз. сб. науч.-практ. конф. / Под ред. Г.Ф. Ручкиной. М., 2009. С. 121 - 128.

²³ Коршунов Н.М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 66.

²⁴ Коршунов Н.М. Там же. С. 68.

частного и публичного права в качестве объективно сложившихся и существующих отраслей системы права с присущими им специфическими методами нормативного регулирования общественных отношений. Различные комбинации их соотношения дают нам комплексные отрасли законодательства, содержащие как публично-правовые, так и частноправовые элементы, различные пропорции которых зависят от особенностей регулируемой сферы общественных отношений²⁵. Однако исследователи, которые ведут дискуссию о дифференциации существующих отраслей права на частные и публичные, зачастую приходят к логическому выводу о том, что в чистом виде таких просто не существует, а все они в той или иной мере носят комплексный характер²⁶.

²⁵ См.: Попондопуло В.Ф. Частное и публичное право как отрасли права // *Гражданско-правовые записки: Межвуз. сб. науч. тр.* Вып. 2. М., 2002. С. 17 - 36.

²⁶ См.: Суханов Е.А. Система частного права // *Вестн. Моск. ун-та. Сер. «Право»*. 1994. № 4. С. 26 - 30; Витрук Н.В. Система российского права (современные подходы) // *Российское правосудие*. 2006. № 2. С. 4 - 14; Белых В.С. Соотношение частного и публичного права // *Гражданско-правовые записки: Межвуз. сб. науч. тр.* Вып. 3. М., 2004. С. 64 - 67; Чельшев М.Ю. Развитие гражданского права в системе правовых отраслей: некоторые тенденции // *Современное состояние и тенденции российского законодательства в условиях преемственности государственно-правового развития России: Сб. науч. тр. / Под ред. Е.В. Вавилина, Д.Е. Петрова.* Саратов, 2008. С. 31 - 35.

Поэтому Н.М. Коршунов делает вывод о том, что единственным выходом станет признание конвергенции частного и публичного права: «Конвергенция частного и публичного права не означает утрату их специфики как отраслей системы права. Речь идет об объективном процессе проникновения публичного права в сферы частноправового регулирования и наоборот». При этом критерием оптимального взаимодействия частного и публичного права в рамках их конвергенции в современных национальных правовых системах и в цивилизованном секторе мирового правопорядка выступает принцип приоритета и защиты прав и свобод человека²⁷, нашедший, как известно, нормативное закрепление и в Конституции РФ (ст. 2). Высказанное мнение, как нам представляется, является весьма плодотворной базой для исследования. Однако, не следует отождествлять деление права на частное и публичное и деление общественных интересов на частные и публичные. Рассматривая сервисную функцию таможи, Г.Г. Колесников, например, пишет: «Соотношение частных и публичных интересов как принцип таможенного права проявляется в различных таможенных процедурах, нацеленных в конечном итоге на ускорение международного товарооборота и укрепление

²⁷ См.: Базедов Ю. Европейское гражданское общество и его право: к вопросу определения частного права в сообществе // *Вестник гражданского права*. 2008. № 1. Т. 8. С. 225 - 242.

российской экономики»²⁸. Однако в данном случае нормы Концепции системы предварительного информирования таможенных органов РФ, которая была утверждена Приказом ФТС России от 10 марта 2006 г. № 192²⁹, и принятых в соответствии с ней документов все-таки не получают частнопроводного звучания.

Вопрос о самостоятельности частного права и децентрализации правового регулирования в данной сфере поднимался при обсуждении проекта обновленного ГК. По мнению юристов-практиков, являющихся учредителями Некоммерческого партнерства «Содействие развитию российского корпоративного права», в декабре 2010 года был подготовлен документ под названием «Замечания и предложения на проект изменений Гражданского кодекса Российской Федерации»³⁰, опубликованные на сайте Министерства экономического развития РФ. Согласно выраженной в документе позиции, «Необходимо установить в Гражданском кодексе РФ презумпцию диспозитивности его положений, как минимум, в отношениях между предпринимателями». Это обосновано тем, что Гражданский кодекс РФ был создан

на основе Гражданского кодекса РСФСР, который преимущественно регулировал отношения между гражданами и содержал значительное количество норм, ограничивавших принцип свободы договора с целью их защиты от злоупотреблений. Предпринимательские отношения в СССР фактически отсутствовали, и необходимости в их регулировании не было. Следствием этого являлось слабое развитие частного права и патерналистский подход к гражданско-правовым отношениям. Гражданский кодекс РФ во многом развил принцип свободы договора, однако основной подход советского Гражданского кодекса был сохранен – защита участников оборота путем ограничения автономии их воли и принципа свободы договора. По мнению практиков, в современных условиях такой патерналистский и ограничительный подход к регулированию гражданско-правовых отношений перестал соответствовать экономическим потребностям. В нынешних условиях считается, что все нормы, в которых прямо не указано, что стороны вправе оговорить иное, считаются императивными. В итоге, большинство норм договорного права оказывается императивным без какого-либо разумного обоснования для этого. Такая ситуация противоречит опыту всех развитых стран, где все нормы договорного права признаются диспозитивными, если иное прямо не предусмотрено или явно не вытекает из смысла нормы. Эта одна из тех причин, по которой российское договорное право оказывается крайне неудобным и недру-

²⁸ Колесников Г.Г. Предварительное информирование как результат взаимодействия частного и публичного в таможенном законодательстве // Внешнеторговое право, 2008, № 2.

²⁹ Таможенный вестник, № 7, 2006.

³⁰ http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/corpmanagement/civil_code/experts_position/position_non-commercial_partnership/doc20110705_10.

жественным для заключения сколько-нибудь сложных и дорогостоящих сделок.

Механизмом, позволяющим решить указанную проблему, является закрепление в Гражданском кодексе РФ нормы о презумпции диспозитивности его положений, в отношениях между предпринимателями. В ст. 422 ГК следует указать, что императивными нормами следует считать лишь те нормы закона, из содержания которых вытекает, что согласование сторонами иного недействительно. Отсутствие в норме указания на то, что иное может быть предусмотрено в договоре, само по себе не должно рассматриваться как свидетельством её императивности.

Эту идею представители указанного некоммерческого партнерства отстаивали и в процессе парламентских слушаний по модернизации ГК летом 2012 года. На одном из пленарных заседаний Д.И.Степанов сказал «И мы считаем, что принципиальная вещь, которая не решена на этом этапе реформы Гражданского кодекса, это введение общего принципа диспозитивности норм договорного права»³¹.

Представляется, в данном случае можно обнаружить корни идеи И.А.Покровского о децентрализованном характере частного права, отве-

чающей потребностям современного общества.

Однако кроме указанных оснований отнесения отношений к частным или публичным, следует обратить внимание и на природу власти субъектов. Речь идет о том, что законодательство едино, несмотря на разрозненные законодательные акты. Но как говорилось ранее, для целей изучения и преподавания можно вводить соответствующее разделение. Мы говорим о том, что объединяет и то, что дает нам основания для различения частного и публичного. Одним из основ разделения – это власть и управление, которые в публичном праве являются определяющими.

Применение правовых средств, используемых субъектом, наделенным соответствующей правосубъектностью, предполагает: установление правил поведения, утверждение конкретных заданий, предписание совершить определенные действия, назначение, удовлетворение законных притязаний, регистрационные действия, поощрения, контроль и надзор, разрешение споров, применение принудительных мер³². Очевидно, что указанные составляющие правового регулирования присутствуют как в публичном, так и в частном праве. И все эти возможности основываются на власти.

В теории публичного права властное полномочие рассматривается

³¹ Стенограмма парламентских слушаний Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству на тему: «Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации» 02 июля 2012 года // <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/site.xp/052051124054052056.html>.

³² *Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М.* Административное право Российской Федерации. Учебник. М.: ТЕИС, 1997. С. 263 - 270.

как обеспеченное законом, ориентирующее требование (повеление, команда) уполномоченного субъекта определенного поведения и действий, обращенное к физическим и юридическим лицам³³. Вопрос, таким образом, заключается в определении природы власти в частном и публичном праве.

Власть, по мнению Г.В. Атаманчука, рассматриваемая как универсальная общественная категория, характеризует общественные отношения, в рамках и под влиянием которых люди в силу различных причин – материальных, социальных, интеллектуальных, информационных, родственных, физических и других, – добровольно или по принуждению признают верховенство воли других, а также целевых, нормативных и ценностных установлений и в соответствии с их требованиями совершают те или иные поступки и действия³⁴. Как отмечает ученый, «лики власти не только многообразны, но и бесконечны, поскольку каждый человек видит во власти что-то свое, что соответствует его мироощущению и соприкосновенности с властью»³⁵.

Исследование сущности власти позволило В.С. Чиркину различить два типа властвования, соответствующие двум разновидностям правопо-

рядка, а именно: публичная власть современного государства и частная (частноправовая) власть государств традиционного типа. Публичная власть деперсонифицирована; она обладает таким важным свойством, как верховенство; она неделима; не связана с хозяйственным господством; реализация публичной власти осуществляется при помощи профессионального государственного аппарата. Напротив, частная власть всегда имеет строго персонифицированный характер – это власть собственника, домовладыки, отца семейства; ей не присуще верховенство, неслучайно поэтому в определенных исторических условиях (как, в частности, в странах Западной Европы в Средние века) государственная власть может иметь расщепленный характер³⁶. Поэтому, продолжает мысль Н.В. Разуваев, будучи в первую очередь властью собственника, она непосредственно связана с хозяйственным господством в отношении принадлежащего собственнику имущества. Наконец, реализация частноправовой власти осуществляется либо ее обладателем непосредственно, либо субъектами, находящимися в личной зависимости от последнего³⁷.

Полагаем, власть частного лица и сегодня часто непосредственно связана с хозяйственным господством в отношении принадлежащего соб-

³³ Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 138.

³⁴ Атаманчук Г.В. Управление: сущность, ценность, эффективность: Учебное пособие. М., 2006. С. 40.

³⁵ Атаманчук Г.В. Управление: сущность, ценность, эффективность: Учебное пособие. М., 2006. С. 42.

³⁶ Чиркин В.С. Современное государство. М., 2001. – С. 112-114.

³⁷ Разуваев Н.В. Специфика государственной власти как основа типологической характеристики античного государства // История государства и права. – 2007, № 23.

ственнику имущества. На наш взгляд, управление в частноправовом смысле вытекает из власти собственника, частного лица, домовладыки, отличной по своей природе от власти государства или иного публичного образования.

В римском праве власть семейного главы (домовладыки) распространялась на вещи, держание рабов и детей от имени домовладыки (домашнее держание). Как указывал Р. Иеринг, «домашнее держание ... послужило основой, на которой римский народ выработал юридическое понятие держания. Каждый римлянин знал, что дети и рабы не могли предъявлять исков ни против домовладыки, ни против третьих лиц; в применении к вопросу о владении это означало, что они не могли владеть, а только держали вещи. Оба элемента держания: отрицательный, состоящий в том, что сам держатель не владеет, и положительный, что владеет другое лицо (глава семьи), выступают здесь наружу. Таким образом, римляне в силу устройства своей семьи должны были с древнейших времен выработать понятие держания и освоиться с ним, а потому можно сказать, что это понятие принадлежит к коренным национально-римским юридическим воззрениям»³⁸.

Власть домовладык (*in potestate parentum*) распространялось на членов семьи, а также на рабов как состоящих в собственности своих хозяев (*in potestate dominorum*). Тем самым рабы объединялись вместе с

этими членами семьи в одну формально общую категорию подвластных (состоящих *in potestate*) лиц, «лиц, подчиненных чужому праву» («*personae alieno juri subjectae*») и поэтому совместно противопоставляемых «лицам собственного права» («*personae sui juris*»)³⁹.

Власть домовладыки в Риме была не просто властью родительской, в том значении, в котором мы сейчас можем ее понимать, а властью над самой личностью ребенка. То же самое над рабом. Если домовладыка передавал какому-либо постороннему лицу вещь во временное пользование, это постороннее лицо рассматривалось в его отношении к переданной вещи точно так же, как если бы эта вещь оказалась в руках подвластного сына или раба. Власть над вещью передавшего (домовладыки) оставалась прежней.

Всеобъемлющая функция государственного управления в советский период исключала функции домовладыки. В этот период у частного собственника выделялись в основном обязанности и ставились ограничения его воли, о позитивной реализации субъективного права собственника не говорилось. Если же согласиться, что собственность как экономическая категория выражается в состоянии присвоенности, то можно сделать вывод, что это состояние оп-

³⁸ Иеринг Р. Теория владения / Сокр. пер. Е.В. Васильковского. СПб., 1895. С. 10 - 11.

³⁹ Об этом со ссылкой на Институции Гая (I. 48 - 51, 52, 55) и Институции Юстиниана (I. 8. Pr.) говорит Райхер В.К. в статье «Гражданско-правовые системы антагонистических формаций» // Вестник гражданского права, 2007, № 4.

ределяет статус субъекта присвоения. Собственник, таким образом, вынужден осуществлять эту власть независимо от своего желания. Возможно, используя терминологию Концепции развития гражданского законодательства, целесообразно назвать эту власть господством. Именно из этой посылки мы исходим, когда определяем управление как функцию собственника, как это будет показано ниже.

Одним из основателей теории власти Ч.Бернардом власть определялась как информационная связь (команда), благодаря которой информация воспринимается членами организации как инструмент управления их деятельностью, при этом такая команда должна была быть легитимной и необходимой, в связи с чем властью руководителя наделяют люди, которые хотят, чтобы ими управляли⁴⁰. То есть управление возможно, если оно существует (команда поступает) *извне* по отношению к управляемому объекту. Деление права на частное и публичное должно быть основано и на этом разделении.

Библиографический список:

1. *Алексий П.В., Васин В.Н.* Публично-правовые и частноправовые услуги // Актуальные проблемы частного и публичного права: Межвуз. сб. науч.-практ. конф. / Под ред. Г.Ф. Ручкиной. М., 2009. С. 121 - 128.
2. *Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М.* Административное право Российской Федерации. Учебник. М.: ТЕИС, 1997. С. 263 - 270.

⁴⁰ *Маршев В.И.* История управленческой мысли. С. 486.

3. *Атаманчук Г.В.* Управление: сущность, ценность, эффективность: Учебное пособие. М., 2006. С. 40.

4. *Базедов Ю.* Европейское гражданское общество и его право: к вопросу определения частного права в сообществе // Вестник гражданского права. 2008. № 1. Т. 8. С. 225 - 242.

5. *Баранов В.М., Баранова М.В., Черячукин Ю.В.* Рекламное право: Учебно-методический комплекс. Н. Новгород, 2002.

6. *Баранова М.В.* Право и реклама (общетеоретический аспект): авт. Дисс. ... докт. Юрид наук. – Н.Новгород, 2010.

7. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009.

8. *Белых В.С.* Соотношение частного и публичного права // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. М., 2004. С. 64 – 67.

9. *Богатская С.Г.* Правовое регулирование рекламной деятельности. М., 2007.

10. *Бублик В.А.* Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2000.

11. Вводная лекция профессора В.А. Дозорцева слушателям Российской школы частного права 1 октября 2002 года // Вестник гражданского права, 2008, № 4.

12. *Витрук Н.В.* Система российского права (современные подходы) // Российское правосудие. 2006. № 2. С. 4 – 14.

13. *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 1996.

14. *Иеринг Р.* Теория владения / Сокр. пер. Е.В. Васьяковского. СПб., 1895. С. 10 - 11.

15. К 70-летию со дня рождения А.Г. Быкова. Интервью // Энергетическое право. 2008. № 1. С. 2 – 9.

16. *Кашанина Т.В.* Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): Учеб. для вузов. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 36 - 41.

17. Колесников Г.Г. Предварительное информирование как результат взаимодействия частного и публичного в таможенном законодательстве // Внешнеторговое право, 2008, № 2.
18. Коршунов Н.М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 66.
19. Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001; Голубцов В.Г. Сочетание публичных и частных начал в регулировании вещных отношений с участием государства. СПб., 2005.
20. Курдюк Г.П. Отрасль права как элемент системы права :Теоретико-правовое исследование: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2004. С. 3.
21. Материалы III Международной научно-практической конференции «Энергетика и право», 10 - 11 апреля 2008 г. / Под ред. П.Г. Лахно. Система «ГАРАНТ», 2009 г.
22. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – М.: Юристъ, 2004. – С. 404.
23. Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. – М.: Юстицинформ, 2008. – С. 8
24. Новицкий И.Б. Римское право. М., 1997.
25. Подшибякин Д.Н. Правосубъектность хозяйствующих объединений (на примере финансово-промышленных групп): Дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.
26. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. 2003. С.42-46.
27. Попондопуло В.Ф. Частное и публичное право как отрасли права // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 2. М., 2002. С. 17 - 36.
28. Попондопуло В.Ф. Энергетическое право и энергетическое законодательство: общая характеристика, тенденции развития // Правоведение. 2007. № 3. С. 3 - 12.
29. Разуваев Н.В. Специфика государственной власти как основа типологической характеристики античного государства // История государства и права. - 2007, № 23.
30. Селиверстов С.С. К вопросу о понятии энергетического права // Энергетическое право. 2008. № 1. С. 52 - 58.
31. Стенограмма парламентских слушаний Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству на тему: «Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации» 02 июля 2012 года // <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/site.xp/052051124054052056.html>.
32. Суханов Е.А. О проблемах становления и развития российского частного права // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С. Алексеева. М., 2004. С. 33.
33. Суханов Е.А. Система частного права // Вестн. Моск. ун-та. 1994. № 4. Сер. «Право». С. 26 - 30.
34. Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 138.
35. Ульпиан. Дигесты, 1,1,1,2.
36. Чельшев М.Ю. Развитие гражданского права в системе правовых отраслей: некоторые тенденции // Современное состояние и тенденции российского законодательства в условиях преемственности государственно-правового развития России: Сб. науч. тр. / Под ред. Е.В. Вавилина, Д.Е. Петрова. Саратов, 2008. С. 31 - 35.
37. Чеховская С.А. Корпоративное право России: предмет и проблемы преподавания // Предпринимательское право. 2011. № 1. С. 8 - 10.
38. Чиркин В.С. Современное государство. М., 2001. – С. 112-114.
39. Шебанов А.Ф. Нормативные акты Советского государства. М., 1956. С. 37.