Г.В.Мальцев,
доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент РАН

ПРОБЛЕМА ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Деление и дуализм частного и публичного права

Некоторая часть российских юристов считает, что деление права на частное и публичное есть фундаментальная проблема современной юриспруденции, решения которой давно требует наша правовая действительность. При этом они исходят из того, что названная проблема является вечной, уходит своими корнями в эпоху Древнего Рима, а споры вокруг нее непрерывной линией проходят через всю историю права, и каждое новое поколение юристов пытается вдохнуть жизнь в конструкцию разделения права на частное и публичное. В последней усматривают своего рода цивилизационную схему, от которой Россия была отлучена в течение нескольких десятилетий господства советского правопорядка, придерживавшегося принципа «мы ничего частного не признаем, для нас все в области права является публичным». Высказывают надежду на то, что возвращение к старой, но неувядающей схеме должно существенно переустроить сферу социальных мотиваций, действий и стремлений с тем, чтобы резко ускорить развитие частноправовых начал, которыми в нашей стране так долго пренебрегали. Одновременно призывают покончить с засилием публичности и публично-правового регулирования, особенно в сфере экономических отношений и свободного рынка. Во всех случаях теоретические задачи сводятся к тому, чтобы найти критерии разграничения сфер частного и публичного права, определить принадлежность тех или иных отраслей, подотраслей и институтов права к той или иной сфере, выявить реальное соотношение частно- и публично-правового регулирования применительно к отдельным отраслям и правовой системе в целом. Речь идет, следовательно, о размежеваниях внутри права, которые могли бы лечь в основу его структурирования. Но, как известно, любые разделения и разграничения могут быть успешными, если есть надежный методологический инструментарий и критерии, применимые ко всей совокупности классифицируемых явлений. Трудности и разочарования для тех, кто в проблеме частного и публичного права видит универсальный ключ к раскрытию «тайн» правового регу-

лирования, коренятся именно в относительности и условности методов и объективных критериев, необходимых для решения данной проблемы. Поэтому в давних и бесконечных спорах исследователи постоянно сбиваются с вопроса, где лежит граница между частным и публичным правом, на вопрос, где эту границу следует провести.

Проблема соотношения частного и публичного права как юридическая, поставленная в плоскости построения правовой системы, возникла в период, когда «чистое» римское право уже потеряло свое практическое значение, а ссылки на него приобрели торжественно-ритуальный характер и использовались в случаях, если что-то нужно было освятить традицией. Произошло это накануне Нового времени, когда Западная Европа пережила эпохи Возрождения, Просвещения, периоды Реформации и крестьянских войн, вступала в полосу антифеодальных революций и иных событий, предшествовавших вступлению Запада в промышленную стадию своей истории. На политической арене складывались предпосылки для формирования европейских национальных государств, усиления роли публичной власти в обществе. Все эти факторы возродили интерес к конструкции разделения частного и публичного права, наполнили ее, может быть, впервые за всю историю, реальным смыслом. Он выражал новые задачи и необходимость приведения методов правового регулирования общественных отношений в соответствие с усиливающейся динамикой социальных интересов. За публичным интересом стоит теперь национальное, бюрократически централизованное государство, за частным интересом – хорошо организованные промышленные объединения, предпринимательские и торговые союзы. Правопорядок должен охватывать, по возможности непротиворечивым образом, силовые центры государства и гражданского общества, создавать из них некую целостность и единство. Теперь для законодателя в особенности важно овладеть спецификой методов гражданско-правового и административно-правового регулирования, связывая первый с такими чертами, как независимость и свобода воли субъекта, свобода договоров, равенство сторон, децентрализация правовой связи, правоотношение, отражающее «горизонтальное» расположение субъектов, носителей субъективных прав и юридических обязанностей, а второй – с элементами власти и подчинения, централизацией правовой связи, построением правоотношения «по вертикали»: сверху управомоченный, внизу – обязанный субъект. К этим весьма условным признакам обоих методов можно добавить некоторые, еще более условные, например, диспозитивный характер гражданско-правового и императивность административно-правового регулирования. Эти методы универсализируются как способы создания норм частного и публичного права, обеспечения оптимального соотношения между ними.

Конструктивный замысел разделения права на частное и публичное в том и состоит, чтобы в обществах с высокой степенью социального риска, внутренне неустойчивых и раздираемых противоречиями на уровне общественных, групповых и индивидуальных интересов, создать примиряющий всех правопорядок, элементы которого уравновешены, регулируемы и управляемы, не выходят из-под политического контроля.

Юриспруденция докапиталистических времен не делала из идеи разделения частного и публичного права особую проблему, ибо в этом не было нужды. Но с появлением сильных экономических и политических структур в обществе эта идея поднялась на принципиальную высоту. К частному и публичному праву начинают относиться как к двум самостоятельным и независимым сферам правовых отношений, каждая из которых стремится к превосходству над другой и временами его достигает. Если под предлогом осуществления неких высочайших публичных целей государство игнорирует частные интересы, подавляет частные структуры и частную жизнь в обществе, то публичное право берет верх над частным, и в обществе водворяется авторитарный правопорядок. Но, приняв за исходное положение, что у государства нет и не может быть таких публичных целей, ради которых стоило бы притеснять или подавлять частные интересы в гражданском обществе, но есть причины (например, экономическая эффективность) уступить пальму первенства частноправовому началу, можно прийти к господству частного права и либеральному правопорядку. К этому в общем и сводится *современная проблема дуализма частного и публичного права,* предполагающая, что право, которое раньше юристы представляли единым, раздваивается, существует как две самостоятельные и независимые сферы или две ветви, каждая из которых растет по своему жизненному плану.

Дуалистический подход к праву, развитый на основе старой конструкции деления права на частное и публичное, придал новое значение проблеме, привнес в нее нечто такое, что ни Ульпиан, ни глоссаторы с комментаторами не имели в виду, прежде всего – элемент противопоставления частного права публичному. Основания говорить о том, что «частное право противопоставляется праву публичному»[1] появляются довольно поздно. К сожалению, они усиливаются в современных культурах.

Ранние государства в Европе оказались неспособными подавить или инкорпорировать традиционные правовые системы в свой правопорядок, еще слабый и нестабильный. Как правило, самодостаточные и независимые от публичной власти, эти правовые системы,

[1] *Новицкий И.Б.* Римское право. М., 1995. С. 7.

среди которых со времени раннего Средневековья оказалось и римское цивильное право, создали престиж «частному праву» задолго до того, когда в европейских странах появилась возможность всерьез говорить о праве публичном. Длительное, спокойное сосуществование государственного правопорядка, пытающегося регулировать имущественные отношения в своих интересах, и децентрализованного «частного» права, в котором по инерции или в силу других причин удерживались элементы свободы, равенства, инициативы, привычка к безначалию, должно было так или иначе завершиться. И оно закончилось тем, что сильное национальное государство, утвердившееся в Европе к началу Нового времени, через многочисленные систематизации и кодификации попросту ассимилировало так называемое старое частное право, выбросив из него все догосударственные вольности, все понятия и трактовки, намекающие на социальные истоки юридических норм, заменив последние обезличенными, условными абстракциями, сухими логическими категориями, которые, тем не менее, признаются первичными по отношению к юридической жизни.

Правовые понятия, утверждал, например, Г.Еллинек, не имеют никакой сущности в объекте, юридический мир есть мир чистой мысли. Задача юриста заключается не в том, чтобы выявить и объяснить, что собой представляет юридический институт собственности; юрист должен ответить только на вопрос, как нужно понимать собственность, чтобы все относящиеся к ней нормы охватывались непротиворечивым единством. Важно не то, что такое собственность, а как ее следует мыслить[1]. Пройдя тщательный институциональный отбор и обработку на основе формально-догматической методологии, очищенное от множества исторических, этнических, социальных и психологических элементов «частное право» приобрело тот усредненный, эталонный вид, в котором мы сегодня его знаем. При незначительной корректировке или без нее, полностью или частично его можно переносить из гражданского кодекса одной страны в гражданский кодекс другой. Именно так сегодня и «создаются» новые кодексы и законы стран, желающих быть допущенными в «западную цивилизацию». Поскольку интеграционные процессы в Европе, как и во всем мире, захватившие области экономики и политики, широко распространились в последние десятилетия на право, можно ожидать, что дальнейшая «шлифовка» и универсализация частноправовых институтов продолжится, так что можно будет смело пересаживать и размножать их на почве правовых культур, которые раньше казались несовместимыми. Сегодня нельзя уверенно

[1] *Jellinek G.* System der subjektiven offentlichen Rechte. Tübingen, 1919. S. 16–17.

сказать, является ли этот путь правильным или нет, приведет ли он людей к добру или злу, а общество – к расцвету или упадку; здесь возможны разные оценки и мнения, но очевидно, что частное право, выступающее ныне как эталон и образец для подражания, есть феномен Нового времени, индустриального «массового» общества, продукт рационализации и технологизма, в котором растворяется юридический опыт прошлых эпох, приглушаются многозвучие и разноцветье отдельных правовых культур, все приводится к однообразию, стандарту. Вот почему было бы неосторожным доверять попыткам некоторых современных юристов, продвигающих и поднимающих авторитет эталонного частного права, представить его как высшее достижение («акме»), как итог непрерывного развития цивилистической мысли со времен Древнего Рима до наших дней. Мы видели, что это далеко не так.

Итак, по мере вступления западноевропейского общества в новые условия экономического и политического развития, означавшие прежде всего появление капиталистических черт экономики и образование централизованных национальных государств в Европе, изменяется отношение юристов к проблеме частного и публичного права. На смену методологическому принципу деления права на частное и публичное часто (но, к счастью, не всегда) приходит дуалистическая трактовка проблемы. В чем суть такого поворота? Классическая конструкция представляет собой указание на один из методологических приемов (один из нескольких или многих) *систематизации единого права* в процесе его изучения. Надо полагать, что Ульпиан не случайно говорил о том, что «изучение права распадается на две части». Когда и кто из его позднейших комментаторов, подменив понятия, стал первым утверждать, что само право распадается на две части, сегодня трудно сказать. Как бы то ни было, но юристу, познающему право с точки зрения его воздействия на общество, бывает полезным знать, как право содействует или мешает продвижению интересов, целей, пользы, потребностей людей, объединенных в группы или действующих в отдельности. Однако метод, ориентированный только на человеческие интересы и пользу, имеющий в виду социологизированную правовую систему, не мог стать универсальным или главным для римских или средневековых, теологически подготовленных юристов, для которых Божья воля, добро и справедливость, беспристрастность были куда более высокими критериями оценки и изучения права, чем человеческие интересы. Они представляли себе, по крайней мере теоретически, что право, глубоко погрязшее в земных интересах, все равно – частных или публичных, неизменно становится прибежищем пристрастий и предпочтений, соперничества и борьбы за установление правопорядка, «выгодного» для той или иной час-

ти общества, но никак не для всего общества. Отсюда проистекало известное недоверие к термину «частное право», стремление держать его в известных узких границах.

Но подобные трудности и ограничения отпадали сами собой в Новое время, когда юрист наконец освободился от религиозного мировоззрения и теологических предрассудков, что могло произойти только благодаря эпохе Просвещения; от естественно-правовой метафизики и идеализма – в результате распространения и успехов философского и юридического позитивизма; от сдержанного отношения к богатству и собственности и самому частному праву, которое предоставляет индивиду необходимые средства для их достижения.

Дуалистическая трактовка проблемы частного и публичного права начинается с того, что прежний методологический принцип систематизации единого права превращен в *теоретический принцип, относящийся к построению (структуре) самого права.* Дело представляется таким образом, что деление права на частное и публичное существует реально и объективно, дано как предмет юридического познания. Полностью переосмысливается философско-правовой статус категорий частного и публичного права: теперь это уже не ограниченные в своем применении методологические понятия, а онтологические, структурные категории, отражающие бытие права. Следующее, что обычно делают для утверждения дуалистического подхода, – заменяют идеи единства права (правовой системы, правопорядка) положением о *двуединстве права.* Бытие права представлено в двух исчерпывающих и параллельных формах существования – либо частное право, либо право публичное. Третьего, как говорится, не дано.

Большинство дуалистических концепций ставят акцент скорее на различии, чем на единстве двух правовых сфер, однако теории, провозглашающие полную самостоятельность частного и публичного права, независимость их друг от друга, крайне редки. Тем более примечательно, что российские цивилисты, которые, похоже, переживают сегодня радость нового открытия дуализма частного и публичного права, выражают соответствующие мысли в излишне радикальных, неосторожных формулировках, таких, например, как «частное и публичное право во всех развитых правопорядках продолжают существовать как две самостоятельные, независимые ветви правового регулирования, как два различных типа правового воздействия на общественные отношения»[1]. Тех, кто делает подобного рода утверждения, можно спросить: где они видели столь «развитые правопорядки», в которых частное и публичное право существуют са-

[1] Гражданское право в двух томах. Т. I. М., 2000. С. 2.

мостоятельно и независимо друг от друга? Хорошо известно, что правопорядок Великобритании, США, как и других стран общего права, не признает деления права на частное и публичное, а юристы Западной Европы, где такое деление существует, давно и без видимого успеха «бьются» над теми же вопросами, которые сегодня встали перед российской юриспруденцией: как провести разграничительную линию между частным и публичным правом, как эффективно использовать соответствующие методы правового регулирования, чем объяснить тенденции к взаимодействию и взаимопроникновению двух сфер. В течение последних лет на русском языке издан ряд книг французских авторов по общей теории права: одни из них (например, Пьер Сандевуар) большое внимание уделяют проблеме частного и публичного права в трактовке, далекой от дуализма, другие, например, Жан-Луи Бержель, о существовании этой проблемы даже не упоминают. Поэтому необходимо еще раз подчеркнуть, что деление права на частное и публичное, включая дуалистическую интерпретацию, есть теоретическая конструкция, более или менее обоснованное учение о праве, но отнюдь не фактическое состояние правопорядка. Последнее есть результат применения не одного и не двух, а множества методов регулирования, классифицируемых по различным основаниям.

Нежелательным последствием, а может быть, логически завершающим этапом дуалистического подхода к рассматриваемой проблеме является внесение определенных приоритетов в их взаимоотношения, обычно в пользу частного права. В отечественной юридической литературе сегодня можно встретить заявления следующего типа: вообще-то право выступает главным образом как частное, а то, что выходит за его пределы, можно (по остаточному принципу) называть публичным правом; в России, мол, есть две конституции: Конституция Российской Федерации и Гражданский кодекс, »конституция частного права». Российская правовая мысль, по-видимому, готова вновь пройти тот путь, который известен многим европейским юристам Нового времени: первые шаги ведут к провозглашению схемы разделения права на частное и публичное в качестве основополагающего структурного принципа объективного права, последующие усилия направляются на то, чтобы представить частное и публичное право как две самостоятельные и независимые сферы, и наконец, данные сферы изображаются как противоборствующие. Вопрос только в том, нужно ли повторять опыт, результат которого – дуалистическая структура права – более или менее известен и не привлекателен и приемлем для всех юристов. Поскольку дуализм в праве определенно принимает форму противопоставления двух начал, открывается простор для поиска различных оснований и объяс-

нений современного «юридического раскола»: одни находят, что частное право относится к публичному как централизованное к децентрализованному, другие – как индивидуалистическое к коллективистскому, третьи – как «сфера инициативы и свободы» к «сфере власти и подчинения». Но, разумеется, ни одно из этих оснований не является достаточным, ни одно из объяснений – удовлетворительным, многочисленные критерии разграничения сфер права неизменно оказываются ненадежными. Право, грандиозное создание человеческой культуры, предназначенное упорядочивать общественные отношения и делать совместную жизнь людей по возможности более организованной, противится механическим расчленениям, отторгает любую отвлеченную схему, ставящую под сомнение единство и целостность правопорядка.

Гражданское и торговое право

Все, что доказывает единство гражданского и торгового права, чаще всего является очевидным и, по мере развертывания и укрупнения масштабов коммерческой деятельности, становится все более важным. Чем мощнее корпорации и фирмы, специализирующиеся на отдельных видах торговли, тем в большей степени они испытывают необходимость в использовании институтов вещного и обязательственного права, в более совершенных нормах, регулирующих сделки и представительство, заключение и исполнение договоров, имущественную ответственность контрагентов и т. д. Крупные торговые организации в современном мире являются сложно организованными юридическими лицами с многочисленными филиалами и представительствами, поэтому гражданское законодательство во многих странах так или иначе вынуждено подтягиваться до уровня организационной сложности торговых и торгово-промышленных корпораций, многие из которых успешно действуют на международной арене. Поэтому повышаются требования к гражданско-правовым институтам, регулирующим сделки, связанные с торговой деятельностью, а сегодня – органически и непосредственно в нее включаемым – кредитованием, хранением, перевозкой, страхованием и т. д. О единстве гражданского и торгового права говорят многие обстоятельства; оно настолько убедительно выражено, что, согласно давно сложившемуся мнению, торговое право считают обособившейся частью и подотраслью права гражданского. К такому мнению склонялись в прошлом юристы многих стран, в том числе и русские дореволюционные юристы.

В России первые попытки ввести в университетское преподавание курс торгового права относятся к 70–80 гг. XIX столетия. Им

предшествовали работы русских цивилистов по обобщению судебной практики в части торговых дел, собиранию торговых обычаев, анализу иностранных кодексов гражданского и торгового права с точки зрения применимости соответствующих норм к русской действительности. Уже тогда четко определилось общее мнение ученых (П.П.Цитович, Г.Ф.Шершеневич, С.В. Пахман, Л.И.Петражицкий и др.), утверждающее особенности норм и институтов торгового права в системе гражданского права, укрепилось понимание необходимости дальнейшего дифференцирования цивилистики. В то время понятия частного и гражданского права отождествлялись, поэтому вопрос о включении норм торгового права в гражданское законодательство не вызывал сомнений, а само включение рассматривалось как гарантия единства частноправового регулирования. Примечательно, что хотя формирование в России торгового права было прервано историческими обстоятельствами, оно показывает пример плодотворного, единственно нормального, на наш взгляд, способа становления отрасли права, при котором нормы не являются результатом «творчества законодателя», отвечающего его уровню понимания реальных проблем и процессов, а создаются в ходе многоэтапной кропотливой работы по выявлению зарождающихся или фактически действующих, но не получивших еще законодательного признания норм, путем глубокого изучения юридической практики, правовых обычаев, различного рода правил и обыкновений, спонтанно складывающихся в сфере судопроизводства.

Сказанное выше об общности и единстве гражданского и торгового права может привести нас к мысли о тщетности попыток выделить торговое право из гражданского как исторически сформировавшейся отрасли. Создается впечатление, что сегодня торговая деятельность сильнее, чем раньше, втягивается в гражданско-правовую сферу. Во всем мире лидерство в среде крупных коммерческих организаций удерживают корпорации разнопрофильного и многопрофильного типа. Будущее принадлежит не чисто торговым товариществам и обществам, времена купечества и сословных купеческих привилегий безвозвратно ушли. Сегодня на первый план выдвигаются корпорации-комплексы, в практике которых торговля как особый вид коммерческой деятельности дополняется и переплетается с функционированием ряда внутренних структур корпорации, занимающихся перевозочными, складскими, комиссионными, страховыми и иными сделками, банковскими и биржевыми операциями. Будущее окончательно решит, хорошо это или плохо, но в наше время возникает форма сильной и самодостаточной хозяйственной организации, которая способна быть активной вне экономики, претендует на некоторые социальные функции, удерживаемые до сих пор

в руках государства, на самостоятельную политическую роль. Если принять во внимание эту тенденцию и признать, что в юридической практике происходит сближение и объединение групп общественных отношений, регулируемых различными частями и разделами гражданского кодекса, то, спрашивается, зачем выделять нормы торгового права в отдельную подотрасль (или отрасль), какой смысл в дроблении единого гражданского права как раз тогда, когда, казалось бы, сама юридическая практика требует этого единства. Понятна позиция тех юристов, которые отстаивают целостность и единство современной цивилистики перед попытками разделить ее на части, дифференцировать, исходя из чисто практических критериев.

Но в то же время сохранить целостность и прежнее величественное единство классического гражданского права, идущего от Дигест и рецепции, – задача для нашего времени, по-видимому, невыполнимая. Следует отметить, что у юристов, которые в начале индустриальной эпохи и капитализации общественных связей поставили вопрос об обособлении норм торгового права в рамках права гражданского, имелись для этого весьма серьезные основания. После того как в результате революционных событий конца XVIII в. были уничтожены сословные привилегии, в том числе монополии торгового (купеческого) сословия, с тех пор как во французском законе 1791 г. торжественно заявили, что «отныне всякий свободен заниматься торговлей или промыслом, какие найдет для себя подходящими», структура и функции рыночной экономики быстро менялись. Экономическое пространство между потребителем и производителем стало интенсивно заполняться массой активных экономических агентов, извлекающих прибыли из самого гражданско-правового оборота, то есть всякого рода умельцами «делать деньги из денег». Теперь уже трудно говорить о прямых закономерных связях между спросом и предложением, отвечающим временам, когда часто, хотя и не всегда, товаропроизводители в качестве продавца лицом к лицу встречались на рынке с покупателем, свободно договаривались о ценах, действовали как равноправные партнеры, определяли условия сделок, соглашались об уступках и т. д.

Классическая модель гражданско-правовой сделки сформировалась под воздействием достаточно простых отношений на рынке. По сути из того же источника возникли наши нынешние представления о методах частно-правового регулирования общественных отношений. Для него характерно то, что мы видим в простой сделке или в обычном договоре – добровольность и непринужденность участия, свободу договора, эквивалентность взаимных предоставлений, равенство сторон, равные возможности судебной защиты и самозащиты нарушенных или оспариваемых гражданских прав и т. п. Но все

эти прекрасные принципы, за которыми стоят свобода, справедливость и равенство, предполагают личное взаимодействие сторон, четкую направленность воли одного субъекта на волю другого, конкретно определенную связь между лицами, в которой каждый из них выступает как агент и контрагент. Такое непосредственное юридическое партнерство часто складывалось в ситуациях совпадения в одном лице производителя и продавца, возможно, покупателя и потребителя. Подобные ситуации, по-видимому, не были превалирующими в сфере рыночных отношений, за исключением, может быть, отдельных докапиталистических эпох, но именно они могли дать человеку наиболее широкие возможности заявить о себе как об экономически независимом субъекте, самовыразиться в сделке, то есть воплотить в ней свою волю, реализовать предпочтения и свободный выбор. В полной мере здесь могла проявиться волевая власть человека, перенесенная затем юристами на понятия правоотношения, субъективного права и другие. Диапазон проявлений свободной воли субъекта позволял ему посредством сделки достичь нечто большее, чем имущественный эффект, скрепить деловой союз с контрагентом, произвести хорошее впечатление на партнеров, мудро и тактично учесть возможные последствия сделки для третьих лиц. Если кто-то сочтет, что все это имеет косвенное отношение к юридической природе сделки, то он наверняка плохо представляет себе общее назначение права в человеческом обществе, которое, помимо всего прочего, заключается в том, чтобы снижать уровень конфликтности в социальных группах и укреплять солидарность между людьми. Классический образец юридической сделки с большим количеством индивидуальных элементов, прошедших через субъективное восприятие, с акцентом на свободу и равенство сторон превратился в устойчивую парадигму современного цивилистического мышления. Но сегодня эта парадигма сохраняется не благодаря, а вопреки действующим тенденциям, возобладавшим в индустриальной экономике, имеющим, судя по всему, реальные шансы к углублению в условиях рынка будущего постиндустриального общества.

История показывает, как с расширением торговли и ближайших к ней видов экономической деятельности меняется характер рыночных отношений; рынок, некогда вольный и неорганизованный, направляемый «невидимой рукой фортуны», для многих поколений людей Новейшего времени представляется свободным скорее по привычке и традициям, чем по существу. Массовая коммерция, доминация торговых связей привела экономику к смешению традиционных хозяйственных функций и ролей, а цивилистику – к необходимости приспосабливаться к новым усложняющимся условиям. Обособление норм торгового права в системе права гражданского явилось

одной из первых мер в этом направлении. Если раньше в договорных отношениях контрагенты без преувеличения выступали господами и властителями, гражданско-правовая сделка была единичной, несла на себе отпечаток индивидуальности партнеров, их свободной воли и предпочтений, то в сфере торговой индустрии контрагент – это носитель функции, а сделка почти полностью лишена индивидуальности. Она совершается на основе типового договора, разработанного для бесконечного множества однообразных сделок. Достаточно договориться по телефону по некоторым принципиальным положениям, впечатать согласованные данные в заранее заготовленный бланк, подписать его и «договор заключен», «бумага» пошла в дело. Все совершается быстро и просто, при минимуме формальностей и максимуме стандарта. Жесткие условия оборота и беспощадный конъюнктурный «детерминизм», привычка работников фирм вечно спешить, чтобы другие не опередили, оставляют мало места для проявлений свободной воли партнеров. Сделка обезличивается, из нее постепенно уходит живое и непосредственное содержание.

Многие великолепные презумпции, на которых продолжает настаивать современная цивилистика, стали в значительной мере проблематичными, например, рациональное и добросовестное отношение контрагентов к своим обязательствам. Оценивая практику «типовых контрактов», английский юрист Д.Ллойд пишет: «Контракты подобного рода в значительной степени обнажили пустоту устаревшей концепции свободы договора, которая неоднократно и самым явным образом ограничивалась во множестве отдельных видов контрактов… Далекие от выражения потребностей общества в целом и сложившейся в нем деловой практики, эти контракты наделяют односторонними преимуществами лиц, обладающих властью и ресурсами для навязывания своей воли потребителям, и тем самым порождают множество новых и сложных проблем, которые далеки еще от своего должного разрешения»[1].

Сегодня, сталкиваясь с юридическим лицом, за которым стоит крупная организация, мы не всегда имеем возможность отличить реального контрагента от номинального, потому что соответствующие права и функции «рассеяны» по отделениям и службам фирмы: одни инициируют договоры, другие их заключают, третьи исполняют, четвертые отвечают в суде. Чей разум и чья совесть обеспечивают в таких условиях четкое исполнение обязательств – это уже не вопрос, а загадка. Руководители крупных торговых или торгово-промышленных корпораций, от имени которых заключаются сделки, подписав

[1] *Ллойд Д.* Идея права. Репрессивное зло или социальная необходимость? М., 2002. С. 285.

договор и, выражаясь юридическим языком, взяв на себя определенные обязательства, тут же об этом забывают, поручив соответствующие заботы юридическим отделам или службам, отслеживающим по обязанности потоки массовидных договорных отношений. Профессиональные юристы, обслуживающие корпорацию, ведут договорную практику подобно тому, как опытные менеджеры, а не сами юридические собственники, часто управляют предприятиями. И там, и здесь мы видим действие технологических процессов, а всякая технология по природе своей стремится быть эффективной скорее, чем справедливой, удовлетворяющей требованиям свободы и равенства. Юриспруденция, которая всегда признавала институты юридического представительства и поручительства на случай, когда объем реализуемых лицом субъективных прав может выходить далеко за пределы физических возможностей нормального человека, пожалуй, впервые в своей истории сталкивается с такой обезличенной и, в сущности, технологической системой договорных отношений.

Подводя некоторые итоги сказанному, отметим, что в истории западноевропейской юриспруденции, в русле которой на протяжении последних трех столетий развивается российская правовая наука, проблема частного и публичного права не была сквозной и постоянной. Вопреки высказываемым ныне мнениям, она не представляет собой непрерывную линию развития правовой мысли. Наивными и преувеличенными являются утверждения некоторых российских авторов, что деление права на частное и публичное есть не что иное, как признак «цивилизованного права». На самом деле интерес к обсуждаемой проблеме то вспыхивал, то потухал в зависимости от исторических этапов и условий, форм экономической деятельности, значения государства и других политических факторов в обществе. Более часто и развернуто эта проблема обсуждается юристами во времена, ознаменовавшиеся такими крупными общественными сдвигами, как вступление западного общества в индустриальную стадию развития, капитализация экономических отношений, появление национальных государств. Такое время изобилует огромным количеством многочисленных, разнообразных и противоречивых тенденций, одни из которых поднимали проблему частного и публичного права на принципиальную высоту, а другие игнорировали ее. Так что и здесь говорить о какой-то плавной эволюции идей не приходится. Вот и сегодня российские юристы заново открывают данную тему с обсуждения тех же самых вопросов, идут по тому же кругу проблем, повторяют те же аргументы и высказывают те же соображения, которые традиционно используются при проведении подобного рода дискуссий. Поневоле возникает сомнение, можно ли вообще в этих спорах, буксующих на одном месте, сказать что-то новое.

И все же, обобщая накопленный опыт, относящийся к разным временам и странам, можно сказать, что проблема частного и публичного права, хотя и выступает во множестве интерпретаций, сводится к двум основным подходам, один из которых в принципе способен привести юридическую мысль к отдельным конструктивным выводам, а второй, скорее всего, ошибочен и бесперспективен. Различия между ними мы уже отмечали, но еще раз подчеркнем, что в первом случае постановка проблемы имеет методологический характер, во втором случае проблема частного и публичного права ставится как теоретическая и структурная, то есть произвольно передвигается из сферы познания права в область его бытия (существования). Сама по себе такая подмена с философско-правовой точки зрения недопустима, ведь она способна привести к неверным выводам в науке. Предполагается, что право в объективном смысле, позитивное право, действительная и действующая система юридических норм двойственны по своей природе, изначально разделены на две отдельные, самостоятельные и независимые друг от друга сферы. Чтобы вопрос о разделении права на частное и публичное превратился в тяжело осложненную проблему дуализма частного и публичного права, к этому надо добавить немногое: заявить, что данные сферы неравноценны для общества, одна из них важнее другой, относится к ней как главная к второстепенной, приоритетная, динамично развивающаяся к бесперспективной. Отсюда, с момента противопоставления частного права публичному, или публичного права частному, начинаются серьезные искажения и перекосы в правовом развитии общества, дестабилизация правопорядка, который вынужден дрейфовать к крайностям анархо-либерализма либо авторитаризма.

Постановка вопроса о делении права на частное и публичное в целом не является ошибочной, как иногда утверждают в нашей литературе[1]. Но концептуализация данной проблемы в форме дуализма частного и публичного права представляет собой не просто ошибку, она стратегически опасна в условиях, когда частный интерес, некогда скромный, нуждающийся в покровительстве и защите государства, в наше время подчас достигает такого могущества, которое поднимает его над государством. Приоритетное правовое обеспечение частных интересов, легко выдаваемое за укрепление правовой основы рыночных отношений, а также призывы к сдерживанию публичных начал в сфере частноправовых отношений обещают прекрасное будущее для крупных финансово-промышленных объединений,

[1] *Дедов Д.И.* Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. М., 2002. С. 123.

располагающих, зачастую монопольно и бесконтрольно, громадными общественными ресурсами, способных превращать экономическую власть в политическую. Когда государственным органам, наделенным полномочиями в отношении экономических структур, постоянно говорят «не вмешивайтесь в деятельность коммерческих организаций, надо меньше контролировать, лицензировать, регистрировать и т. д.», то понятно, что этот «самотек» в частной сфере нужен и выгоден крупному и крупнейшему бизнесу, но отнюдь не «пехотинцам рыночной экономики», мелким и средним предпринимателям, для которых конкуренция не пустой звук, а ограничения свободы предпринимательства в публичных интересах есть скорее благо, чем зло, ибо они дают все же некоторые публичные гарантии против нечестности, недобросовестной конкуренции, произвола и алчности сильного соперника. Массовый предприниматель, который «толчется» сегодня на рынке, вызывает раздражение у представителей крупного капитала, но это одна из главных социальных, «рыночных» фигур (есть еще потребитель, вкладчик, миноритарный акционер и др.), ради которой влияние публичных начал на частноправовую сферу должно постоянно сохраняться, а по мере выхода российской экономики из тяжелого состояния, судя по всему, возрастать. Однако основной материальный источник, определяющий соотношение частного и публичного права, лежит в конечном счете не в самой рыночной экономике и не в области ее правового регулирования, а в укреплении связей гражданского общества и государства, экономического и политического порядка, положении человека и гражданина в системе социальных отношений. Рынок и его юридическое отражение – частное право – существуют для общества, для человека, а не наоборот. Они должны занимать свое место в человеческой жизни, не покушаясь на ее разнообразие и полноту.

Конструкция частного и публичного права – явление юридического релятивизма

Усилия, прилагаемые российскими юристами для решения «возрожденной» ими проблемы частного и публичного права, вдохновлены, по всей видимости, надеждами найти с помощью соответствующих средств ответы на ряд практически и теоретически важных вопросов. В сфере практической наиболее значимым выступает вопрос о проведении юридической границы между областью государственной активности, с одной стороны, и частного бизнеса – с другой, а в теоретико-правовой сфере – о возможности использовать конструкцию разделения частного и публичного права для классификации правовых отраслей, подотраслей, институтов. Представля-

ется, однако, что подобные надежды не оправданы ни в одном из этих направлений. К какому бы аспекту правовой реальности мы ни обратились, везде наталкиваемся на относительность понятий частного и публичного права, на необходимость в случае применения их к юридической действительности делать оговорки, предупреждать легкую возможность перехода грани, отделяющей правильные выводы от неправильных. Иначе говоря, здесь мы находим специфическое проявление *релятивизма в праве,* которое связано с признанием условности и ситуативности юридических знаний, построенных на базе использования категорий частного и публичного права, а также с отрицанием универсального методологического значения данных категорий, их способности выражать некую закономерность правового развития человечества, действующую со времен Древнего Рима до наших дней.

Возьмем область отношений государства с частным бизнесом. Пределы государственного, то есть публичного, вмешательства в рыночные отношения, где царит свободное предпринимательство, устанавливаются не правом, а выступают результатом экономического и социально-политического состояния общества, зависят от экономической политики, которая, в конечном счете, вырабатывается не только государством, но и многими другими общественными силами в условиях плюрализма социальных интересов, политической борьбы. Когда же границы вмешательства в общем и целом определяются, они закрепляются в юридических нормах и институтах. Ограничения государственного вмешательства в частно-предпринимательскую деятельность содержатся скорее в конституции государства и публично-правовых актах, чем в нормах частного права в гражданских и торговых кодексах. Самые весомые юридические гарантии частному бизнесу предоставлены публичным, а не частным правом – вот о чем некоторые российские цивилисты иногда забывают.

Возможно, в эпоху классического капитализма, от которого уже почти ничего не осталось, взаимодействия государства и капитала могли принимать формы диктата политической бюрократии или «государственного дирижизма» по отношению к частному бизнесу. Но никогда слой предпринимателей не выступал страдательным элементом в экономической системе. Напротив, если государство и пыталось вмешиваться в сферу рынка, ограничивать или чем-то обусловливать частную экономическую инициативу, то к этому его вынуждала, как правило, общественно-политическая реакция на явный произвол крупных частных собственников и предпринимателей, на нетерпимые факты злоупотребления экономическими свободами. Люди еще и сегодня допускают ошибку, когда понятие «рынок» связывают только с фигурой предпринимателя, а успехи про-

движения рыночных отношений – с эффективностью предпринимательской деятельности. В этом заблуждении пребывают даже авторы многих современных экономических теорий, бьющиеся исключительно над тем, как сделать экономику эффективной.

На самом деле рыночная экономика – это «многофигурная композиция», в которой проявляется заинтересованное участие всех членов гражданского общества. Кроме предпринимателей (промышленников, торговцев, финансистов) на рынке действуют превосходящие их по численности категории работников, потребителей, покупателей. С точки зрения последних, эффективность экономики означает вовсе не доходность какого-либо предпринимательского дела, не высокие шансы производителей в конкурентной борьбе, а получение необходимых для обеспеченной жизни заработков, наличие сравнительно недорогих и доброкачественных товаров и услуг. Достаточно высокие заработки и связанный с ними высокий уровень платежеспособного спроса населения при разумном потреблении образуют комплекс факторов, без которого экономический рост невозможен. Достижение последнего является результатом усилий всего общества, члены которого ради этого *должны хорошо работать, справедливо распределять, культурно потреблять* и не быть столь наивными, чтобы верить безответственным либеральным теоретикам, которые внушают обществу: предоставьте экономику заботам предпринимательского корпуса, дайте ему полную свободу, не стесняйте его инициативу (laissez faire), уберите все преграды на его пути. А к государству либералы обращают призывы свести до минимума свое вмешательство в рыночные отношения или лучше всего уйти из экономики. И тогда, говорят они, без лишних хлопот для общества вы получите полное экономическое процветание. Но западная экономическая история предостерегает нас от того, чтобы слишком доверчиво следовать подобного рода «советам».

В XX в. самой впечатляющей экономической политикой государства, которая успешно вывела общество из глубокого кризиса, разразившегося вследствие бесконтрольности и безответственности частного бизнеса, является «новый курс» американского президента Д.Рузвельта, в основу которого были положены идеи Д.Кейнса и других экономистов. Они полностью переоценили роль государства в экономике, возложили на него важные антикризисные функции с целью предотвратить в будущем циклические нарушения производства, преодолеть инфляцию и безработицу, упорядочить соотношение между накоплением и потреблением, выработать механизм более равномерного распределения собственности и доходов. Государству пришлось взять себя решение задач, которые частный бизнес, даже если он неплохо организован, выполнять не может или не хо-

чет. Но для этого оно должно было пройти существенную трансформацию: государство – «ночной сторож» уступило место новому типу государства, который в США получил название «государство всеобщего благосостояния» (Welfaire State), а в Западной Европе – «социальное государство» (Sozialstaat) Во всех западных странах, однако, вместе с возрастанием экономических и социальных функций государства и в рамках антикризисного правового регулирования произошло невиданное расширение вмешательства законодателя и государственных служб в рыночные отношения. Свободный капиталистический рынок трансформировался в рынок регулируемый и социально ориентированный. Государственное вмешательство имело колоссальный оздоровительный эффект. Хотя об этом сегодня вспоминают не часто, но глубоко дестабилизированная система частного предпринимательства или, говоря иначе, капиталистическая экономика, была в то время буквально спасена.

Конечно, задачи антикризисного регулирования экономики потребовали сосредоточения в руках государства огромных финансовых и иных ресурсов, увеличения налогового бремени на граждан, разрастания бюрократического аппарата со всеми вытекающими последствиями. Эти явления, сопутствовавшие антикризисному регулированию, позднее послужили основанием для либеральной критики «государства всеобщего благосостояния», его социальных программ и методов государственного вмешательства в рыночную экономику. В современных дискуссиях вновь поставлена под сомнение кейнсианская модель регулируемого, социально ориентированного рынка и, следовательно, активная роль государства в экономике. Но эта модель все еще пользуется значительной поддержкой в мире, а в практическом плане среди западных государств нет ни одного, которое зашло бы так далеко в намеренном отказе активно участвовать в экономических отношениях, как это сделало государство в современной России.

Обратимся теперь к другому, на этот раз сугубо теоретическому вопросу, который упорно пытаются решить с помощью конструкции разделения частного и публичного права. Речь идет о внутреннем строении и разграничении различных подразделений единой системы права, об отраслевой структуре последней. Обычно под правовой системой понимают внутренне разделенное, иерархически организованное единство правовых норм, в рамках которого складываются отрасли, подотрасли и институты права, на базе которого формируются правовые отношения, действуют правовые учреждения, идеи, представления и другие явления правовой жизни. *Дифференциация внутри единства* есть рационально и эмпирически оправдываемая цель всяких систематизаций и классификаций в об-

ласти права. Для них заведомо не подходит дуалистическая постановка проблемы частного и публичного права, потому что она разрушает само единство права.

Тем не менее в российской юридической литературе предпринимаются попытки вместить общепризнанную отраслевую структуру права в схему разделения частного и публичного права, распределить существующие отрасли строго по двум сферам. По мнению некоторых авторов, существуют как бы два права – частное и публичное, каждое из них может рассматриваться как система, а она, в свою очередь, подразделяется на отрасли. Таким образом, гражданское право есть отрасль системы частного права, к той же системе относятся торговое, семейное, авторское и патентное право и др. В последнее время заговорили даже о слиянии земельного, семейного и трудового права с правом гражданским и воссоздании единого частного (гражданского) права[1]. Но какие для этого имеются основания? Говорят об особом типе воздействия норм, относящихся к данным отраслям, на общественные отношения, о методе правового регулирования, который обычно называют гражданско-правовым или частноправовым в отличие от административно-правового или публично-правового. Специфике данных методов и различиям между ними юристы придают большое значение при обсуждении вопросов системы права. Выделенные в «чистом» виде эти методы включают в себя своеобразные наборы признаков. Гражданско-правовой метод характеризуется наличием самостоятельности и равенства сторон, участвующих в правоотношении, свободой при заключении договора и широким проявлением свободы воли субъекта, принципа диспозитивности и непринужденной инициативы лица в процессе развертывания правоотношения, использованием искового способа защиты нарушенных или оспариваемых субъективных прав, «горизонтальной» конфигурацией правовой связи между субъектами, при которой они находятся на одном уровне, будучи самостоятельными и независимыми. Сюда можно добавить недопустимость произвольного вмешательства извне, исключение всякого рода препятствий для свободного волеизъявления лиц, но мы видим, что все эти признаки могут быть сведены к свободе и равенству сторон и, возможно, к особым формам защиты гражданских прав.

В набор признаков административно-правового метода обычно включают установление правовой связи между субъектами как отношения власти и подчинения, наличие у одной из сторон правоприменительных полномочий, широкое действие принципа императив-

[1] См.: Проблемы современного гражданского права: Сборник статей. М., 2000. С. 75–76.

ности (повеления, приказания), господство воли управомоченного лица над волей обязанного субъекта, «вертикальное» расположение сторон в правоотношении. Почти все признаки обоих методов в ходе юридических дискуссий «пробовались» на роль критерия, по которому можно было разделить частное и публичное право, но были отвергнуты как малопригодные для этой цели. В конце концов складывается убеждение «в существовании только одного признака – характера связи участников правоотношения, который выражается в том, что публичное правоотношение построено на началах власти и подчинения, а частное – равенства»[1]. Если внимательно присмотреться к этому единственному признаку, то в нем мы тоже не найдем ничего обнадеживающего в смысле поиска критерия для разделения сфер частного и публичного права. Начала власти и подчинения, действительно, ярко характеризуют метод регулирования административно-правовых отношений, но не являются универсальными для всей сферы публичного права, потому что последняя не состоит из одних только административно-правовых отношений. Точно так же и равенство сторон распространяется в качестве индивидуализирующего признака не на всю сферу отношений в частном праве, и даже – в гражданском праве, а, строго говоря, только на договорные отношения.

Метод правового регулирования, предусматривающий равенство сторон в правоотношении, есть, в сущности, *договорный метод*; так бы и следовало его называть, не расширяя до значения гражданско- или частноправового. В гражданском праве мы находим правовые связи, стороны которой заведомо не равны, а расстановка прав и обязанностей позволяет одному субъекту навязывать волю другому или другим, примерно так, как это происходит в административно-правовых отношениях. Например, основное хозяйственное общество или товарищество вправе давать дочернему обществу обязательные для него указания, определять его решения (ст. 10 ч.1 и 2 ГК РФ) независимо от наличия или отсутствия договора между ними. В соответствии с гражданским законодательством органы юридического лица действуют от его имени, осуществляют его правоспособность и субъективные права (ст. 53 ГК РФ); управляющий имеет определенные необходимые для этого полномочия (администратора, менеджера), связанные с распоряжением имуществом, управлением работниками (персоналом) и, следовательно, принятием управленческих решений, обязательных для исполнения в рамках организации. В ходе деятельности юридического лица возникают разнообразные правовые отношения, обеспечивающие приобрете-

[1] Проблемы современного гражданского права. С. 68.

ние гражданских прав и реализацию принятых им на себя гражданских обязанностей, но многие из данных отношений сильно напоминают те, которые складываются внутри государственного органа в связи с обеспечением выполнения этим органом своих полномочий. Ощущение сходства еще более усиливается, когда мы обращаемся к организации управления и принятия решений в акционерных обществах. На этом участке частно-правового пространства мы, скорее всего, увидим не принцип равенства сторон в построении правового отношения, а множество положений, указывающих на начала власти и подчинения, – компетенции и полномочия, функции руководителей и исполнителей, принятие решений по принципу большинства, система обязательных предписаний, распоряжений, указаний, подотчетность и контроль и т. п. При всем том нет оснований сомневаться в частноправовом характере правовых отношений, складывающихся в акционерных обществах.

Как уже отмечалось, метод правового регулирования, который, согласно представлениям юристов, создает и индивидуализирует гражданско-правовые или частноправовые отношения, является в сущности договорным; все его признаки и качества выводятся из правовой связи контрагентов. Сферы частного и гражданского права не сводятся к договорным отношениям; правовые отрасли, включаемые обычно в эти сферы, не могут быть сконструированы на базе только договорного метода. Хотя равенство сторон правового отношения широко присутствует в области гражданского (и частного) права, сделать его критерием идентификации и специфики частного права практически невозможно, потому что *договор и договорный метод являются достоянием правовой системы в целом,* а не отдельных ее сфер и отраслей. Они традиционно господствуют в международном праве, активно участвуют в формировании его сфер и отраслей. Значительное число российских теоретиков права признают нормативный договор в качестве самостоятельного источника или формы права, подчеркивают, что нормы права устанавливаются не только путем принятия или издания нормативных правовых актов государственными органами, но и соглашениями, достигнутыми между двумя или более субъектами правотворчества. Реализация норм права, устанавливаемых в форме нормативного договора, происходит через договорные отношения правотворческого и правоприменительного характера, увлечение которыми, как показала недавняя российская конституционная практика, чуть не привела к перерождению в России конституционной федерации в договорную, асимметричную федерацию.

Заметным явлением нашего времени выступает широкое применение договорного метода регулирования конституционно-правовых

и других отношений, которые принято считать публично-правовыми. Действующая Конституция Российской Федерации в некоторых случаях предоставляет субъектам конституционного права самим определять свои отношения по договору либо соглашению (ст. 11 ч. 3; ст. 66 ч. 4 и 5; ст. 78 ч. 2 и 3; ст. 79 Конституции РФ). Но, может быть, публично-правовой договор есть принципиально иное явление, чем договор в частном праве? О каком равенстве сторон можно говорить, если соглашение заключают, скажем, федеральный орган исполнительной власти и орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, то есть органы, расположенные на единой «управленческой вертикали»? Конечно, различия и специфика здесь имеются, они хорошо известны, но договор всегда остается договором: он безразличен к началам субординации, силе действительных интересов, предполагает за сторонами одинаково равное право согласиться с тем, что является предметом договора, или нет. Подобно тому, как в область частного (предпринимательского, торгового, корпоративного) права сегодня потоками вливаются отношения, основанные на власти и подчинении, в публичном праве расширяются зоны отношений принципиально невластного характера, среди которых есть договорные и даже имущественные, относящиеся, например, к финансированию избирательных кампаний.

Равенство сторон предполагают трудовые правоотношения в части, касающейся заключения и действия трудового договора (контракта) между работником и работодателем, коллективных договоров и соглашений, соглашений по «социальному партнерству». Институт трудового контракта широко применяется в сфере государственной службы, всецело относящейся к публичному праву. В наше время договор и договорные начала решительно шагнули в сторону уголовного и уголовно-процессуального права, о чем свидетельствует, например, институт судебной сделки, введенный новым Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации: суд обязан прекратить уголовное дело публичного обвинения, если об этом договорились обвиняемый и потерпевший с согласия государственного обвинителя.

Все сказанное подводит к мысли, что для разделения сфер частного и публичного права, индивидуализации соответствующих правоотношений критерии, связанные с равенством сторон и началами власти и подчинения, также непригодны, как и все другие, обсуждавшиеся в юридической литературе. Ни один критерий, ни один признак метода правового регулирования не может быть сформулирован так, чтобы он надежно определял границы между частным и публичным правом. Опыты и дискуссии, поиски новых критериев и аргументов можно, конечно, продолжить, но не лучше ли признать, что

единое право на два без остатка не делится, что изучать специфику методов правового регулирования гораздо полезнее применительно к отраслям права или, может быть, даже к подотраслям и институтам.

Итак, необходимо констатировать известную нейтральность и даже бесполезность конструкции частного и публичного права для решения проблем отраслевого деления системы права. Попытки разбросать существуюшие отрасли по данным сферам, которые предпринимаются сегодня отдельными авторами, непродуктивны. Многие относительно новые отрасли права представляют собой своего рода «сплав» различных элементов – публичных, частных, публично-частных, частно-публичных. Из ряда отраслей, которые вроде бы без особых сомнений причисляются к частному праву (коммерческое, предпринимательское и др.), буквально «выпирают», демонстративно и массивно, публичные начала. Что и говорить, если публичность, как мы видели, проникает в гражданское право – «святая святых» сферы частного права. Но в то же время идет мощный обратный процесс. Частноправовое начало убедительно присутствует в правовых отраслях, которые по традиции относят к сфере публичного права, прежде всего во всех процессуальных отраслях. Основы частноправового регулирования общественных отношений устанавливаются конституцией, поэтому конституционное (государственное) право как отрасль затрагивает ту и другую сферы, составляет их общую базу, выражает не только публичные, но и частные интересы, согласовывает и приводит их в единую систему.

В последнее время отмечается возрастающее воздействие норм конституционного права, конституционной правоприменительной практики на область частноправовых отношений, а также все более активное вовлечение данных отношений в область конституционного правосудия и надзора. Эта несомненно позитивная тенденция дает основание некоторым авторам говорить о «конституционализации частного права», что сопровождается усилением публично-правовых начал в сфере, обычно регулируемой гражданским правом[1]. Само конституционное право, учитывая плюрализм гражданского общества, существующий на многочисленных уровнях (интересов, действий, идей и т. д.), исходя из принципа социального консенсуса, все чаще прибегает к методам регулирования, основанным на согласии и договоре, которые в будущем могут стать первичными по отношению к способам сугубо административного влияния на общественные дела. Со временем, может быть, это приведет к перестройке всей методо-

[1] См.: *Гаджиев Г.А.* Конституционные принципы рыночной экономики: (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционого Суда Российской Федерации). М., 2002. С. 13–25.

логии правового регулирования в духе лозунга «меньше императивности, больше диспозитивности», то есть среди юридических норм большинство будут составлять правила, допускающие значительную меру свободного усмотрения лица, а не жесткие предписания и категорические требования к субъектам. Но уже сегодня отрасли права выделяются не в соответствии с каким-либо одним методом регулирования, например, договорным или административным, а на базе набора методов, характерных для данной отрасли

Обратим внимание еще на одно обстоятельство, которое существенно понижает теоретическую и методологическую ценность конструкции разделения права на частное и публичное. Речь идет об изначальной неясности смыслов, вкладываемых в понятия «частного» и «публичного». Это легко увидеть на примере категорий частного и публичного интереса. Существуют понятия интересов общественных, государственных, коллективных, групповых, индивидуальных и иных, строго привязанные к социальным и правовым субъектам, определенные по своему смыслу и значению. Но что такое «частный интерес» и кому он принадлежит? Может быть, речь идет о «части» в отличие от «целого»? Но тогда мы имеем дело с категориями, за которыми стоят не столько субъекты, сколько предметы и связи между предметами, причем категориями, имеющими относительный характер. Всякая часть, в свою очередь, может дробиться на части и по отношению к ним выступать как целое. Одна какая-либо часть в то же самое время соотносится с различными уровнями целостности и т. п. Человек как «частное лицо», преследующее индивидуальные интересы, противостоит государству, носителю публичных интересов, но вместе с тем и гражданскому обществу с общественными интересами, социальным группам с групповыми интересами; даже небольшой коллектив, в котором действует индивид в качестве «частного лица», представляет для него некоторый элемент публичности, всеобщности, целостности. Все эти свойства и превращения, характеризующие отношения части и целого, разумеется, не учитываются в юридическом мышлении, которое работает со статичными категориями частного и публичного права, частного и публичного интереса, частно- и публично-правового субъекта.

Рост публичных начал в общественной и правовой жизни

Неопределенность содержания, вкладываемого в понятие «частный интерес», усугубляется неясностью противостоящего ему термина «публичный интерес». Это изначальная неясность, потому что в самой формулировке Ульпиана публичный элемент связывается то

с положением государства, то с общественной пользой. С лингвистической точки зрения публичный интерес может означать прежде всего общий, общественный интерес, затем социально-групповой (сословный, классовый, коллективный), государственный интерес, но по давней юридической традиции публичный интерес вследствие не совсем понятных причин сводится к интересу государственному. Отождествление публичности в праве с государством и государственностью приводит к неточностям и ошибкам в юриспруденции, ставит под вопрос даже то, что представляется несомненным, скажем, публичный характер местного самоуправления и муниципальных органов. Суть в том, что все государственные дела и интересы являются по природе своей общественными, но не все общественные дела и интересы выступают как государственные. Частноправовая сфера искусственно расширяется за счет всего общественного пространства, лежащего дальше зоны собственно государственных интересов, хотя в этом пространстве мы находим множество элементов публичности, признаваемых в некоторых случаях гражданским законодательством. Например, публичный договор (статья 426 ГК РФ) называется так не потому, что одной из сторон в нем выступает государственный орган или государство, а вследствие того, что коммерческая организация, специализирующаяся на производстве работ, товаров и услуг для населения, обязана предоставлять их всем и каждому, кто пожелает это получить. Публичность связывается здесь с удовлетворением интересов неорганизованных, но, может быть, весьма крупных групп людей, выступающих как покупатели, пассажиры, клиенты, пользователи, потребители и т. д. Тем более организованные группы и негосударственные объединения должны стать признанными носителями публичных интересов. Следует согласиться с Ю.А.Тихомировым, выступившим за расширение понятия публичности, включение в него общих интересов людей как разного рода сообществ, объединений (политических, профессиональных, территориальных и др.)[1]. В наше время появились серьезные основания говорить о публичности мощных экономических объединений (например, российских «естественных монополий»), транснациональных корпораций, которые достигли высокого уровня воздействия на экономические и политические отношения в стране, а в юридической сфере выступают в скромной роли частноправового субъекта.

Смысл существования многих достигших успеха корпораций и фирм заключается в их непрерывном стремлении к собственному укрупнению: нет средней фирмы, которая не желала бы стать большой, и нет большой фирмы, которая не хотела бы превратиться в ги-

[1] См.: *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М., 1995. С. 25.

гантское образование. Этот естественный и закономерный процесс в экономике окончательно запутывает вопрос о соотношении частного и публичного права, частного и публичного интереса. Чем крупнее экономическая структура, тем больше публичных черт она в себе содержит, а самые крупные из них, контролирующие экономическое поведение огромного множества людей и колоссальные материальные ресурсы, являются по форме и содержанию публичными, хотя и негосударственными, организациями. В их органах – правлениях и советах директоров – принимаются решения, которые по своему значению для общества вполне сопоставимы с правительственными актами. Но в отличие от последних они, будучи, согласно закону, решениями частных организаций, находятся вне институционализированного контроля и юридической ответственности, установленных государством для его органов и должностных лиц. Это очень удобно для крупных корпораций, но рискованно с общественной точки зрения. В целом же современные крупные финансово-промышленные организации, центры сосредоточения мощной экономической власти, легко превращаемой во власть политическую, давно вышли из частного сектора экономики и активно формируют публичную систему нового типа, собственный общественный порядок как возможный проект глобального мирового сообщества.

Кажущийся парадокс современной жизни заключается в том, что центр публичности постепенно смещается от государства с его слабеющим влиянием на экономику и постоянно оспариваемой со стороны либеральной идеологии функцией организатора экономического роста к крупным финансово-промышленным группам, которые раньше уверенно причислялись к частному сектору и в действительности к нему относились, но сегодня расширяют контроль над увеличивающимся количеством людей, ресурсов, обретают все больший политический вес и значение. Это началось с того времени, когда было сказано: «Что хорошо для «Дженерал моторс», то хорошо для Америки». Что бы мы сегодня ни говорили о таких российских экономических организациях как «Газпром», РАО «ЕЭС Россия» и других, как бы ни старались распространить на них характеристики частного бизнеса, к ним, независимо от степени государственного участия в них, всегда будут применимы критерии публичного интереса и общественной пользы. Их деятельность объективно затрагивает материальное положение многих людей, интересы всех, кто живет в России.

С тенденцией усиления экономических суперструктур, обретением ими дополнительных черт и качеств политико-властного типа, особенно тех, которые необходимы для проведения глобализационных процессов в мире, появляются новые источники *возвышения публичных интересов над частными,* меняются мотивация и способы

введения определенных ограничений для массы неорганизованных частных стремлений, индивидуальных интересов лиц, которые по привычке хотели бы оставаться независимыми и свободными правовыми субъектами. Вводится новый тип публичности при минимуме или даже вероятном отсутствии государственного начала. Предвестием этого являются теоретические усилия, предпринимаемые в некоторых европейских странах, а теперь и в России, выработать понятие «публичного порядка», которое снимает необходимость в будущем разделять право на частное и публичное. Это объективно существующее в обществе сбалансированное состояние социальных интересов, образующих естественным образом сложившуюся иерархию, где отдельные (частные) интересы не должны противоречить общим, а если это случается, то на законных основаниях частное дело должно быть ограничено и поставлено под контроль ради общих, но не государственных интересов. Подчеркивают, что публичный порядок связан «с понятием публичного интереса, понимаемого как общий или социальный интерес, а не в ограниченном значении государственного интереса»[1].

Хотя нормы частного и публичного права входят в публичный порядок, подчиняясь его внутренним требованиям, публичный порядок не тождествен правопорядку, создание и поддержка которого обычно признается делом государства. Собственно, сама конструкция публичного порядка, разрабатываемая в рамках и в духе либерального всеобщего наступления на идею государственности, стремится переосмыслить проблемы публичности и публичного интереса, перенести акценты с государственных начал в область социальных и культурных явлений, но при этом сохранить в обществе некую организационную систему, способную устанавливать механизмы координации и субординации социальных интересов, смягчать напряжение между эгоистическими устремлениями индивида и общей пользой, публичным интересом, обеспечивать продвижение и защиту общего интереса. Эта конструкция, как мы видим, оставляет свободное место для будущей организованной силы, которая пожелает стать выразителем и защитником общего интереса вместо будто бы устаревшего государства. Кто выступит в этой роли, покажет история.

[1] *Вербар К.* Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. С. 294.