

СТАНОВЛЕНИЕ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА В СТРАНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

В. М. Малиновская

*Московский государственный институт международных отношений
(Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации*

THE FORMATION OF PUBLIC LAW IN THE COUNTRIES OF THE CONTINENTAL LEGAL FAMILY

V. M. Malinovskaya

*Moscow State Institute of International Relations (University)
of the Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation*

Аннотация: рассматриваются дискуссионные вопросы о понятии и природе публичного права, исследуется процесс зарождения системы публичного права в странах континентальной правовой семьи. Одновременно с анализом истории публичного права автор затрагивает исторические особенности становления и развития континентального права как одной из основных правовых систем современности. В статье выделены три основных периода формирования и развития континентального права. Становление публичного права, выявление природы и сущности публичного права, понятие и предмет публичного права рассматриваются традиционно в западной юридической науке в связи с учением о делении права на частное и публичное. Поднимаются дискуссионные вопросы идеи дихотомии континентального права. Автор формулирует понятие и предмет публичного права согласно континентальной правовой доктрине.

Ключевые слова: континентальная правовая семья, романо-германское право, *ius commune*, *ius publicum*, *ius privatum*, европейская кодификация, идея дихотомии континентального права, публичное право, публичный интерес.

Abstract: within the framework of this article, debatable issues about the concept and nature of public law are considered. The author explores the process of the origin of the system of public law in the countries of the continental legal family. Simultaneously with the analysis of the history of public law, the author touches on the historical features of the formation and development of continental law as one of the main legal systems of our time. The article highlights three main periods of formation and development of the continental law. The formation of public law, the identification of the nature and essence of public law, the concept and subject of public law are traditionally considered in Western jurisprudence in connection with the doctrine of the division of law into private and public. The article raises controversial issues of the idea of the dichotomy of continental law. The author formulates the concept and subject of public law according to the continental legal doctrine. In conclusion, the author concludes about the increasing role of modern states in stabilizing social processes.

Key words: continental legal family, Romano-Germanic law, *ius commune*, *ius publicum*, *ius privatum*, European codification, idea of the dichotomy of continental law, public law, public interest.

Исторический путь континентального права

Семья континентального права, или романо-германская правовая семья, является одной из основных правовых систем в современном мире. Романо-германскую правовую семью

большинство компаративистов в начале XX в. называли семьей западноевропейского права. На сегодняшний день эта правовая семья вышла за пределы государств континентальной Западной Европы (Франции, Италии, Германии и соседних государств, где она изначально сформировалась). Романо-германское право, как «ма-

теринская» правовая система, оказало значительное влияние на развитие правовых систем стран Латинской Америки, стран Скандинавии и Балтии, большинства постколониальных стран тропической Африки, а также стран Магриба (Алжира, Ливии, Марокко, Туниса и др.), некоторых стран Ближнего и Среднего Востока (Египта, Иордании, Ирака, Сирии, Турции и др.).

Кроме перечисленных регионов мира хотелось бы отметить, что к романо-германской правовой семье следует относить современные правовые системы стран Восточной Европы и многих постсоциалистических стран (России и других бывших социалистических стран). Романо-германское право оказало заметное влияние на трансформацию правовых систем стран Дальнего Востока (Индонезии, Китая, Монголии, Северной Кореи, Японии). Право Шотландии в Великобритании, правовые системы американского штата Луизиана и канадской провинции Квебек принято считать смешанными правовыми системами, образовавшимися на основе слияния романо-германского и англосаксонского права.

Семья континентального права имеет длительную историю становления и развития, своими корнями уходящую в эпоху расцвета римского права. Вопрос начала формирования романо-германского права, как и вопрос его периодизации в западной юридической науке, является дискуссионным.

Американский ученый Гарольд Джон Берман (1918–2007) считает, что формирование западноевропейского права связано с Папской революцией, которая началась с Григорианской реформы 1075 г. и достигла кульминации в 1122 г. Вормским конкордатом. В своей книге «Западная традиция права: эпоха формирования» профессор Г. Дж. Берман так описывает процесс становления западноевропейского права: «Это история создания первой правовой системы нового времени, в роли которой выступило каноническое право церкви, и возникновения первых светских правовых систем, возникших вслед за каноническим правом, – феодального права, манориального, торгового, городского и разных систем королевского или княжеского права. Эти новые системы права развились в XII и XIII вв. в Сицилийском королевстве норманнов, в Англии, Франции, германской империи и германских землях. Это была революция против подчинения духовенства императорам, ко-

ролям и феодальным баронам, за утверждение римской церкви как независимого, корпоративного политического и юридического образования под эгидой папства»¹.

По мнению французского компаративиста Рене Давида (1906–1990), период непосредственного формирования романо-германского права начался в XII в. и продолжился в эпоху Возрождения, ознаменовавшуюся возрождением интереса, в том числе к римскому частному праву. Лишь в эпоху Возрождения появились условия для общеевропейской рецепции классического римского права. Этот период, по мнению Р. Давида, продолжался до кодификации европейского права, составленной во Франции в начале XIX в.

Можно согласиться с мнением современных антропологов права, что само становление общеевропейского права в странах средневековой Европы связано с началом профессионального преподавания юридических наук в европейских университетах. В конце X – начале XI в. ряд кафедральных и монастырских школ Европы превращаются в крупные учебные центры, которые затем стали называться университетами². В XI в. первые европейские университеты были открыты в Павии, Равенне, Болонье, Тулузе, Париже и других городах. В большинстве исторических источников указано, что одним из первых в Европе университетов был Болонский университет, основанный в 1088 г.³ Однако юридическая школа в Болонье сложилась и существовала еще до указанного года. Первое упоминание о частном преподавании юридических наук докторами права (*doctores juris*) в Италии датируется 964 г. Следовательно, уже в конце X в. в Западной Европе начинает складываться система юридического образования, получившая в дальнейшем название «университетской» системы.

Значительное влияние на общеевропейскую рецепцию римского права оказало открытие в конце XI в. старых рукописей римских юристов эпохи императора Юстиниана, в последу-

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права : эпоха формирования : пер. с англ. М., 1998. С. 9.

² Университетами (*universitas*) называли ассоциации студентов, объединявшихся в отдельные землячества.

³ Предположительно с 1088 г. связывают тот факт, что в этом году известный итальянский юрист Ирнерий начал читать лекции по римскому праву в Болонье и этим положил начало знаменитому Болонскому университету.

ющем опубликованных как «Corpus Iuris Civilis» (Свода гражданского права, называемого юристами Сводом законов Юстиниана)⁴. В связи с этими событиями Гарольд Дж. Берман назвал XII в. «юридическим веком». Американский профессор Г. Дж. Берман писал: «Эти три элемента: открытие юридических документов, составленных при римском императоре Юстиниане, схоластический метод их анализа и синтеза, преподавание права в университетах Европы – и есть то, что лежит в основе западной традиции права»⁵.

При непосредственном участии Наполеона Бонапарта было подготовлено и издано пять кодексов – Гражданский кодекс (1804), Гражданско-процессуальный кодекс (1806), Торговый кодекс (1807), Уголовный кодекс (1810) и Уголовно-процессуальный кодекс (1810), охвативших все основные для того времени отрасли права и вошедших в историю под названием «Кодификация Наполеона».

Как писал Рене Давид, французская кодификация символизировала собой окончательное завершение процесса формирования романо-германского права как целостного явления. Р. Давид не без оснований подчеркивал, что именно французская кодификация явилась великолепным орудием для распространения как в Европе, так и вне ее системы романо-германского права. Кодификация содержала в себе идею о юридической общности между европейскими нациями (тем более неевропейскими) и романо-германской правовой семьей⁶.

Итак, в своем развитии романо-германское право прошло длительный исторический путь. Условно можно выделить три основных периода в его формировании и развитии.

Первый период (XI–XIII вв.) можно назвать периодом доктринальной разработки и философского обоснования западноевропейского права. Период, предшествующий непосредственному формированию романо-германского права, охватывает отрезок времени, на протяжении которого шел процесс накопления соответствующего материала и создания предпосылок для формирования единой правовой системы. До XIII в.

⁴ Как пишет Норбер Рулан, римские рукописи были открыты между 1050 и 1070 гг. при достаточно таинственных обстоятельствах. См.: Рулан Н. Историческое введение в право. М., 2005. С. 225.

⁵ Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 127.

⁶ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 31.

существовали элементы этой системы, не связанные между собой, ставшие затем его фундаментом. Основными составляющими в будущем основы романо-германского права считаются, прежде всего, римское право, а также обычное право и законы варваров.

Второй период (XIV–XVII вв.) называют периодом формирования нового для стран континентальной Западной Европы общего права (*ius commune*). *Ius commune* представляло собой особый культурный феномен и включало реципированное римское частное право, каноническое, феодальное и торговое право⁷. Источники римского права и методы университетской науки сыграли значительную роль в унификации местного обычного права в отдельных европейских королевствах, стали основой доктринальной обработки королевского законодательства и создания частных кодификаций местного права учеными-легистами (знатоками Свода законов Юстиниана).

Третий период (XVIII–XIX вв.) стал периодом окончательного завершения формирования романо-германского права. В этот период проходила работа по кодификации основных отраслей европейского права. Традиция называть сборники законов или отдельные законы (книги) кодексами появилась еще в XVI в. и получила широкое распространение в XVIII в. Известный французский цивилист Реми Кабрьяк назвал XIX в. «золотым веком кодификации», который был открыт французской кодификацией и завершился кодификацией немецкой. Он писал, что «если XVIII век – это время зарождения кодификаций, то XIX век, бесспорно, становится временем их расцвета, когда появляются уже те кодификации, которые характерны для современной эпохи»⁸.

Становление публичного права в Западной Европе

Процесс формирования правовых систем в странах континентальной Западной Европы, начавшийся в конце X в. и продолжавшийся до начала XVIII в., связан с постепенным становлением в этих странах частного (гражданского) права, регулировавшего преимущественно торговые, хозяйственные, семейные и наследственные отношения. Публичное право на территориях го-

⁷ См.: Полдников Д. Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. М., 2013. С. 20.

⁸ Кабрьяк Р. Кодификации. М., 2007. С. 63.

сударств континентальной Европы начало формироваться позднее, в XVIII–XIX вв.

Совсем иначе шел процесс формирования общего права (*common law*) в Англии. Английское общее право, которое складывалось в XII–XIV вв. на основе сближения местных обычаев и практики королевских судов⁹, по своей природе представляло собой «публичное право» в понимании романо-германского юриста. Общее право в Англии формировалось как единая правовая система, предназначенная для регулирования спорных отношений в публичных интересах.

Однако английские и американские юристы отрицают деление общего права на публичное и частное, признавая при этом существование различий между правилами судебного рассмотрения дел в уголовном и гражданском процессах. Известный британский юрист, специалист по конституционному праву, профессор А. В. Дайси в своей книге «Введение в изучение английской Конституции» (1885) высказывал свое отношение к проблеме дуализма английской судебной системы в свете доктрины господства права (*Rule of Law*)¹⁰. Позднее, в 1983 г., лорд Деннинг одним из первых заявил о том, что в Англии формируется сфера публичного права в связи с образованием административного права – расширение средств судебной защиты, предоставляемых судами гражданам и организациям в процессах против публичных властей¹¹.

За время формирования и развития в континентальной Европе национальных правовых систем постепенно происходило отделение публичного права от частного. Этот процесс связан со становлением камеральных наук и полицейского права в странах Западной Европы в начале XVIII в. На основе французского полицейского законодательства известный политик, писатель и юрист Николая Деламар в 1707 г. выпустил первый том своего «*Traité de la police*» («Трактат

о полиции»). Последний, четвертый, том вышел уже после смерти Н. Деламара, в 1738 г. В своем трактате Н. Деламар подробно описал все, что касается управления государством и полицейской деятельности. Французский юрист Н. Деламар заложил первый камень в основание полицейской науки, позднее получившей название «полицейское право».

На основе учения Н. Деламара значительный вклад в становление полицейского права внесли немецкие ученые И. фон Юсти, Й. фон Зонненфельс, К. Ф. Мозер, И. С. Пюттер, Ф. Пфейффер, К. Г. Рессинг, И. Г. Юнг, К. Лампрехт, Г. Берг, Р. фон Моль и др. Профессор Иоганн Генрих Готтлиб фон Юсти переработал и систематизировал результаты сочинений Н. Деламара, придал им вид самостоятельной отрасли знания в своей работе «Основные начала полицейской науки» (1756). В 1765 г. профессор Венского университета Йозеф фон Зонненфельс выпустил учебник по камеральным наукам «Основы учения о полиции, торговле и финансах». Эта книга выдержала восемь изданий и была переведена на русский язык в 1787 г. под названием «Начальные основания полиции, или благочиния». В частности, по этому учебнику в ряде российских университетов преподавали курс полицейского права. Заметный вклад в становление полицейского права внес Генрих Берг, издавший в 1799 г. шеститомное «Руководство к немецкому полицейскому праву».

Эпоху в истории полицейского права составило сочинение Роберта фон Моля «*Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaat*» («Наука о полиции как учение о правовом государстве»), вышедшее в 1832 г. В своем сочинении профессор Р. фон Моль объяснил необходимость пересмотра термина «полицейское право» и замену его термином «административное право» в связи с переходом от «полицейского государства» к «правовому государству».

Процесс отделения публичного права от частного права, который длился несколько веков, описал известный французский ученый, политолог и историк права, специалист по административному праву, профессор Морис Ориу (1856–1929) в своей книге «Основы публичного права», опубликованной в 1910 г. Французский профессор Морис Ориу писал, что «публичное право постепенно отделилось от частного права: если оно отделилось от него, то, несомненно, потому что отличается от него, и так как процесс отде-

⁹ См. подробнее: Рулан Н. Историческое формирование англосаксонского общего права в Англии // Указ. соч. С. 269–288.

¹⁰ А. В. Дайси утверждал, что дуализм судебной системы нарушает фундаментальный принцип равенства всех субъектов перед правосудием. См. подробнее: Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской Конституции. М., 1907. С. 220–221.

¹¹ См.: Михайлов А. М. Проблема деления права на частное и публичное: мифы и реальность // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 1. С. 82.

ления происходит уже в течение веков и выявляется все более и более, то надо думать, что оно основывается не только на различиях в деталях или оттенках, но в радикальных различиях»¹².

Публичное право сформировалось как право публичной власти или право, имеющее своей целью регулировать прежде всего политику государства. Становление публичного права, выявление его природы и сущности, понятие и предмет публичного права рассматриваются традиционно в западной юридической науке в связи с учением о разграничении права на частное и публичное. Это учение строится на *идее дихотомии права*, т. е. на идее разделения права на две противоположные части – на частное и публичное.

Еще задолго до появления римского права в Древней Греции философами, в частности Аристотелем и Демосфеном, были отмечены существенные различия между законами, защищающими публичные интересы, и законами, принятыми в защиту частных лиц. Так, Аристотель (384–322 до н. э.) различал общее и частное право. Он считал, что общее (естественное) право защищает от причинения вреда – то, что необходимо обществу, а частное право – то, что необходимо отдельным лицам.

Идея древнегреческих философов о делении права на естественное и волеустановленное получила свое дальнейшее развитие в трудах римских юристов. Известный римский юрист классического периода Домиций Ульпиан (170–228) теоретически обосновал деление римского права на публичное (*ius publicum*) и частное (*ius privatum*). Он писал: «Публичное право есть то, которое относится к положению Римского государства, тогда как частное право относится к пользе отдельных лиц»¹³. Затем деление права на частное и публичное было воспринято многими правовыми системами, сформировавшимися в странах континентальной Европы.

Западноевропейские юристы по-разному относились к проблеме дихотомии права и проблеме определения оснований деления права на частное и публичное. На протяжении нескольких веков европейские ученые (И. Кант, Ф. фон Савиньи, Г. Пухта, Ф. фон Шталь, Г. Аренс, Р. фон Иеринг, А. Тон, Л. Эннексерус, Э. Рогэн, Г. Еллинек, Ж. Шовен, Р. Штаммлер, О. Гирке,

П. Вуарен, М. Гунель и многие другие) спорили об основных критериях разграничения частного и публичного права. В итоге родились всевозможные научные теории и различные подходы, признающие совершенно разные критерии (основания), по которым можно отличить право публичное от права частного.

Описанные в юридической литературе основные критерии деления права на частное и публичное можно представить следующим образом:

– *защищаемый правом интерес или материальный критерий* (данной теории придерживались римские юристы, среди российских цивилистов – Г. Ф. Шершеневич);

– *способ и характер защиты нарушенного права или формальный критерий* (сторонники данного подхода: немецкие юристы Р. фон Иеринг и А. Тон, российский правовед С. А. Муромцев);

– *цель права или телеологический критерий* (сторонники данного подхода: немецкие юристы Ф. К. фон Савиньи и Ф. Ю. Шталь);

– *способ использования объекта права* (данной теории придерживался российский теоретик права Н. М. Коркунов);

– *предмет правового регулирования* (данной теории придерживался российский государствовед К. Д. Кавелин);

– *метод правового регулирования отношений* (сторонники данного подхода: немецкий юрист Р. Штаммлер, российские цивилисты И. А. Покровский и Б. Б. Черепахин);

– *статус субъектов права* (сторонники данного подхода: европейские юристы Г. Пухта, Э. Рогэн, Л. Эннексерус, Г. Еллинек, Ж. Шовен);

– *субъектный состав отношений* (данной теории придерживался французский юрист П. Вуарен);

– *самостоятельность субъекта правоотношения* (данной теории придерживался российский теоретик права Е. Н. Трубецкой).

В современной юридической литературе приводятся и другие критерии, посредством которых происходит выявление характерных различий между правом публичным и правом частным. Более того, для правильного разграничения публичного и частного права следует применять указанные критерии в их совокупности.

С середины 60-х гг. XX в. идея дихотомии права получает серьезную критику со стороны юристов – представителей континентальной правовой доктрины. Немецкие ученые подчер-

¹² Орцу М. Основы публичного права : монография. М., 2019. С. 20.

¹³ Новицкий И. Б. Римское право. М., 1995. С. 7.

кивали «идеологический характер деления права на публичное и частное, указывая, что оно представляет собой отражение идеи отделения государства от гражданского общества и даже отделения государства от права. Такое деление порой признается не только незначимым, но и опасным, поскольку влечет оценочное понимание права, невольное сравнение двух областей права в пользу одной из них»¹⁴.

Полагаем, что нельзя сводить идею дихотомии права к противопоставлению публичного и частного права, выделяя приоритет того или другого. Согласно континентальной правовой доктрине публичное право по своей природе, предмету регулирования и другим правовым характеристикам существенно отличается от частного права. Публичное право использует своеобразный механизм публично-правового регулирования общественных отношений, принципиально отличающийся от механизма правового регулирования общественных отношений частного правового характера.

Публичное право позволяет уравновесить существующую в рамках социума извечную противоположность между интересами отдельных индивидов и интересами общества в целом, охватываемыми категорией «общее благо» или «общая польза». По меткому замечанию французского ученого Мориса Ориу, эта проблема была названа проблемой социального антагонизма. С помощью норм публичного права государство устанавливает права и обязанности государственных органов и их должностных лиц для реализации не только государственных интересов, но и интересов гражданского общества. «Возникший таким образом правопорядок, – писал М. Ориу, – уравнивает в каждом обществе не только противостояние индивида и общества, но также многие другие системы общественного быта – быта гражданского, публичного, коммерческого, военного и др. Все эти формы быта находятся в состоянии равновесия, причем гражданский быт образует как бы центр всей системы, ядро притяжения, вокруг которого вращаются остальные. Система правового равновесия имеет одну характерную особенность – она в своем воздействии универсальна. Она не

только стремится уравновесить власть, как это имеет место в системе политического равновесия, или только интересы, как это имеет место в экономических отношениях, она охватывает и власть, и интересы, и все другие области социальной жизни»¹⁵.

Понятие и предмет публичного права

В западноевропейской юриспруденции не имеется единого взгляда относительно понимания публичного права. Исследователи данной научной проблемы предлагают свести все имеющиеся научные концепции к двум основным подходам. Согласно первому подходу публичное право представляет собой весьма эффективный инструмент воздействия на общественные отношения. В радикальных вариантах такого подхода публичное право рассматривается и как средство конституционализации общественных отношений, и как инструмент разрешения социальных конфликтов, и как способ преодоления социальных проблем рыночной экономики. Согласно второму подходу публичное право – это системная единица строения права, выделяемая при определенном подходе к классификации правовых норм, сформировавшаяся в результате особенностей национальной правовой системы. Во всех этих подходах публичное право рассматривается как объективное право¹⁶.

Морис Ориу давал следующее определение публичного права: «Публичное право – это право, которое путем создания институтов и путем корпоративной персонификации политической организации упорядочивает область публичных отношений в целях свободы и справедливости»¹⁷. В этом определении на первый план профессор М. Ориу ставит не «юридическую личность государства», а известный публично-правовой порядок вещей, известное положение публично-правовых институтов и цели публично-правового регулирования.

По мнению профессора М. Ориу, предметом публичного права является «государственный режим, который олицетворяет собой государство»¹⁸. Французский ученый считает, что «государственный режим представляет собой режим одновременно политический, экономический и

¹⁴ Нестерова Э. Э. Историко-теоретические основы учения о разделении права на публичное и частное в западноевропейской и российской правовой науке : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 18–19.

¹⁵ Ориу М. Указ. соч. С. 5–6.

¹⁶ См.: Болгова В. В. Основы публичного права. Самара, 2009. С. 6.

¹⁷ Ориу М. Указ. соч. С. 10.

¹⁸ Там же.

юридический, режим, который овладевает нацией, видоизменяет ее, налагает на нее определенную форму и становится средой, в которой существуют индивиды»¹⁹.

Согласно теории М. Ориу «гражданская жизнь, составляющая объект государственного режима, характеризуется разделением между политической властью и частной собственностью, которые в изначальных организациях нации, предшествующих государственному режиму, всегда бываю слиты вместе»²⁰. Это разделение является на стадии функционирования государственного режима основой одновременно и политической власти, и свободы. Такое разделение происходит путем двух параллельных процессов – централизации права и централизации политической власти.

Централизация национального права сводится к тому, что установление правовых норм и санкций становится делом центральной политической власти и осуществляется отделенной от частной собственности правительственной властью, т. е. судебной и полицейской. В отношении норм права юридическая централизация происходит следующим образом. Она возникает из замены обычая писанным законом. Публичная власть участвует в формальной процедуре установления закона и не участвует в установлении обычая. Писанный закон приносит с собой устойчивость положения, сильно отличающуюся от устойчивости обычного права, поскольку она «совместима с большей долей подвижности, а следовательно, и с большей суммой общих свобод, так как свобода не обходится без некоторой возможности изменений»²¹.

С учетом понимания публичного права в западной традиции права предлагаем сформулировать следующее определение публичного права.

Публичное право – сложное социально-политическое явление, представляющее собой целостную систему, состоящую из совокупности правовых норм, регулирующих общественные отношения в публичных интересах.

Понятие «публичные интересы» не сводится к идеологическому аспекту, а рассматривается с позиций этатизма. Под публичными интересами понимается то, что все действия публичной администрации должны быть подчинены инте-

ресам всего общества или значительной его части. Это должно быть признано государством и закреплено на уровне законодательства.

В западноевропейской правовой науке критерии отнесения тех или иных интересов и потребностей общества к публичным интересам, как и само понятие публичного интереса, четко не обозначены²². Категорию «публичный интерес» рассматривали философы, политологи и юристы разных эпох: Демокрит, Платон, Аристотель, Ульпиан, Цицерон, И. Бентам, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ш.-Л. Монтескье, Ж.-Ж. Руссо, Г. Гегель и др. С принятием писаных конституций и кодификацией законодательства в странах Западной Европы термин «публичный интерес» был включен законодателем в систему средств юридической техники. Термин «публичный интерес» использовался в законодательных и регламентарных актах, но его содержание не раскрывалось. При применении законодательных и регламентарных актов судьям приходилось самостоятельно выявлять критерии публичного интереса и устанавливать их наличие в действиях публичной администрации при проверке деятельности публичной администрации на соответствие целям публичного интереса.

Несмотря на отсутствие законодательной дефиниции «публичного интереса» и единого понимания этой категории в судебной практике правовая доктрина начала XIX в. выработала научную концепцию публичного интереса (фр. *concept d'intérêt public*)²³. Публичные интересы рассматриваются на доктринальном уровне как такие общественные интересы, которые признаны государством, имеют конституционную ценность и обеспечены правом (законодательством). Концепция публичного интереса имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Например, в случае определения Конституционным советом во Франции законности ограничения конституционных прав (права на эффективные средства судебной защиты) или принципов (разделения властей, запрета обратной силы налоговых законов и др.) допустимым основанием для их ограничения слу-

²² Понятие публичного интереса и определение его критериев в западноевропейской теории публичного права представляет собой самостоятельную тему отдельного правового исследования.

²³ См.: Гунель М. Введение в публичное право : Институты. Основы. Источники : пер. с фр. М., 1995. С. 18.

¹⁹ Ориу М. Указ. соч. С. 10.

²⁰ Там же.

²¹ Там же. С. 11.

жит «достаточный публичный интерес» (*intérêt général suffisant*)²⁴.

Публичное право выделилось в связи с особенностями и природой общественных отношений, входящих в предмет его регулирования. Предмет публично-правового регулирования составляют общественные отношения, возникающие в сфере организации и функционирования публичной власти (публично-правовые отношения). Современные ученые-юристы признают, что публичное право должно регулировать такие общественно значимые вопросы, как устройство и функционирование государства, его институтов; институты гражданского общества; механизм и уровни самоуправления; основы правовой системы, правотворчества и правоприменения; принципы, нормы и институты межгосударственных отношений и международных организаций. Определение особенностей публично-правовых отношений для современной юридической науки является актуальной проблемой.

В целях публично-правового регулирования отношений используется императивный метод. Под императивным методом правового регулирования понимают метод прямых властных предписаний, основанный на обяызывании, ограничениях и запретах. Императивный метод правового регулирования применяется при закреплении юридических обязанностей (например, граждане обязаны платить законно установленные налоги и сборы), составов преступлений и проступков (например, в уголовном, административном и налоговом законодательстве).

Структурные элементы системы публичного права совсем иные, чем в системе частного права. Отнесение той или иной отрасли права к публичному праву зависит от особенностей национальной правовой системы, природы регулируемых данной отраслью права общественных отношений и от того, что государство относит к публичным интересам.

В немецком праве наблюдается устойчивое признание идеи дихотомии права. В систему публичного права немецкие правоведы включают «государственное (конституционное) право, международное право, административное (управленческое) право, уголовное право, фи-

нансовое право и право налогов, судоустройственное право, социальное право, уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право. Выделяются и комплексы правовых норм, регулирующих те или иные сферы отношений. В любом случае такие институты, как государство, парламент, федеральный канцлер, правительство, публичные органы в землях и др., всегда присутствуют (прямо или косвенно) в регулировании общественных отношений. Это право публичной власти»²⁵.

Публичное право имеет строго определенную систему. Оно состоит из двух частей: Общей и Особенной. Как отмечает профессор Ю. А. Тихомиров, публичное право, выполняющее общесистемную, интегративную роль, состоит из системы собственных и общих институтов, которые проникают в любой правовой массив и служат его опорной конструкцией. К такому можно отнести: а) правовое обеспечение публичного интереса; б) интегративные функции публичного права; в) публично-правовое поведение; г) структурно оформленные властные институты; д) императивные методы публично-правового регулирования; е) правонаставляющие институты; ж) процессуальные и регламентные институты²⁶. К этому утверждению можно добавить, что для публичного права характерны собственная система принципов права и особая система источников публичного права. В целом вышеуказанные институты составляют Общую часть публичного права.

В Особенную часть публичного права входят отдельные отрасли и подотрасли права, имеющие публичную природу, направленность и содержание. Это конституционное право, административное право, финансовое право (включающее подотрасли бюджетного и налогового права), уголовное право, право социального обеспечения, уголовный, гражданский, арбитражный и административный процессы, международное публичное право.

Подводя итоги в рамках настоящего исследования, сформулируем вывод о роли государства в регулировании общественных отношений. Существование публичного и частного права как двух частей позитивного права является отражением извечной социальной пробле-

²⁴ См.: Калиш Д. Б. Соответствие публичному интересу как критерий конституционности законов : французская доктрина и практика // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия : Юридические науки. 2016. № 3. С. 37.

²⁵ Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 18–19.

²⁶ См.: Тихомиров Ю. А. Научная школа публичного права // Журнал российского права. 2015. № 9. С. 6.

мы противостояния государства и гражданского общества. Для современного общества очень важно, как государственная власть определяет рамки действия публичного права. От этого зависит правильность ограничения и установления пределов вторжения государства в сферу частных интересов субъектов права, установления надежных способов защиты прав и законных интересов граждан и организаций, недопущение подмены гражданско-правовых способов защиты субъективных прав указанных лиц административно-правовыми способами защиты.

Предпринимаемые в разные эпохи попытки превратить государство во всеобъемлющую политическую организацию, полностью контролирующую жизнь гражданского общества, приводят к установлению тоталитарных режимов, порабощению личности тоталитарным государством. Поэтому в современном обществе среди основных полномочий государства (публичной власти) должно остаться осуществление деятельности по охране основ конституционного строя, обеспечению обороны государства и безопасности общества, борьбе с преступностью, защите прав и свобод своих граждан. Государство должно уступить осуществление многих своих функций гражданскому обществу, ограничить свою регулируемую деятельность в сфере экономики и социальной сфере, передав выполнение идеологической и воспитательной функций гражданскому обществу. Но в кризисные моменты развития страны (например, в годы войны или экономического спада, во время общественных беспорядков и волнений, в период пандемии и др.) государство должно прийти на помощь, оказав необходимое политическое воздействие на стабилизацию положения в обществе. Государство должно оказать помощь гражданскому обществу, поддержать своих граждан, оказавшихся в трудной жизненной ситуации, принять правильные меры по улучшению сложившейся социально-политической, экономической, эпидемиологической ситуации в обществе.

С начала 90-х гг. XX в. российские правоведы стали проявлять значительный интерес к проблемам публичного права. О публичном праве и его целостном характере писали Ю. А. Тихомиров, В. М. Сырых, В. В. Болгова и другие российские ученые-юристы. Как справедливо отметил известный теоретик права профессор Ю. А. Тихомиров, в последние годы в на-

шей стране широко развернулось исследование проблем публичного права. Он писал, что «распад Союза ССР привел к коренным изменениям в нашем обществе. В правовой сфере вновь были признаны принципы верховенства права, разделения властей, независимого суда и приоритета прав и свобод человека и гражданина»²⁷.

В современных условиях, когда повышается роль государства в интеграции институтов гражданского общества в России, весьма актуальной является дальнейшая разработка теории публичного права, которая берет свое начало еще со времен Античности (эпохи философского осмысления категории «общего блага») и получает свое дальнейшее развитие в эпоху Средневековья (эпоху институционализации «государства» в современном понимании). Окончательно теория публичного права формируется в странах Западной Европы в XIX в. – в эпоху утверждения доктрины правового государства.

Библиографический список

- Берман Г. Дж.* Западная традиция права : эпоха формирования : пер. с англ. М. : Норма ; Инфра-М, 1998.
- Болгова В. В.* Основы публичного права. Самара : Самар. отд-ние Литфонда, 2009.
- Давид Р.* Основные правовые системы современности. М. : Прогресс, 1988.
- Дайси А. В.* Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской Конституции. М. : Изд-во И. Д. Сытина, 1907.
- Гунель М.* Введение в публичное право : Институты. Основы. Источники : пер. с фр. М. : Интроатэк-Р, 1995.
- Жалинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. М. : Спарк, 2001.
- Кабрияк Р.* Кодификации. М. : Статут, 2007.
- Калиш Д. Б.* Соответствие публичному интересу как критерий конституционности законов : французская доктрина и практика // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия : Юридические науки. 2016. № 3. С. 32–42.
- Михайлов А. М.* Проблема деления права на частное и публичное : мифы и реальность // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия : Право. 2015. № 1. С. 79–93.
- Нестерова Э. Э.* Историко-теоретические основы учения о разделении права на публичное и частное в западноевропейской и российской правовой науке : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002.

²⁷ Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 24.

Новицкий И. Б. Римское право. М. : ТЕИС, 1995.
Ориу М. Основы публичного права : монография. М. : Инфра-М, 2019.

Полдников Д. Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI–XVIII веков. М. : Изд. дом Высш. шк. экономики, 2013.

Рулан Н. Историческое введение в право. М. : NOTA BENE, 2005.

Тихомиров Ю. А. Научная школа публичного права // Журнал российского права. 2015. № 9. С. 16–24.

Тихомиров Ю. А. Публичное право. М. : Бек, 1995.

Сырых В. М. Объективные основы публичного права. // Lex Russica. 2016. № 5 (114). С. 37–80.

References

Berman G. J. The Western tradition of Law : the Epoch of Formation. Moscow : Norma ; Infra-M, 1998.

Bolgova V. V. Fundamentals of public law. Samara : Samar. publishing house of the Literary Fund, 2009.

David R. The main legal systems of modernity. Moscow : Progress, 1988.

Dicey A. V. Fundamentals of the state law of England. Introduction to the study of the English Constitution. Moscow : I. D. Sytina-Publ., 1907.

Gounelle M. Introduction au droit public : Institutions. Fondements. Sources. Paris : Montchrestien, 1989.

Kabriak R. Codification. Moscow : Statute, 2007.

Kalish D. B. The Public Interest as Constitutionality of Laws Criterion : French doctrine and practice. RUDN Journal of Law. 2016. No. 3. P. 32–42.

Mikhailov A. M. The problem of the division of law into private and public : myths and reality // Bulletin of the VSU. Law. 2015. No. 1. P. 79–93.

Nesterova E. E. Historical and theoretical foundations of the doctrine of the division of law into public and private in Western European and Russian legal science : diss. cand. of legal sci. N. Novgorod, 2002.

Novitsky I. B. Roman Law. Moscow : THEIS, 1995.

Oriu M. Fundamentals of public law. Moscow, Infra-M, 2019.

Poldnikov D. Yu. Institute of Contract in the legal science of Western Europe of the XI–XVIII centuries. Moscow : HSE, 2013.

Rulan N. Historical Introduction to Law. Moscow : NOTA BENE, 2005.

Syrykh V. M. Objective foundations of public law // Lex Russica. 2016. No. 5 (114). P. 37–80.

Tikhomirov Yu. A. Public Law. Moscow : Bek, 1995.

Tikhomirov Yu. A. Scientific School of Public Law // Journal of Russian Law. 2015. No. 9. P. 16–24.

Zhalinsky A., Roericht A. Introduction to German Law. Moscow : Spark, 2001.

Московский государственный институт международных отношений (Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации

Малиновская В. М., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики

E-mail: malinovskayavika@yandex.ru

Поступила в редакцию: 10.03.2023

Для цитирования:

Малиновская В. М. Становление публичного права в странах континентальной правовой семьи // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2023. № 4 (55). С. 16–25. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2023/4/16-25>.

Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation

Malinovskaya V. M., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics Department

E-mail: malinovskayavika@yandex.ru

Received: 10.03.2023

For citation:

Malinovskaya V. M. The formation of public law in the countries of the continental legal family // Proceedings of Voronezh State University. Series: Law. 2023. № 4 (55). P. 16–25. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2023/4/16-25>.