

УДК 34
DOI 10.36511/2078-5356-2021-1-344-353

Баранов Владимир Михайлович
Vladimir M. Baranov

доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, помощник начальника по инновационному развитию научной деятельности

Нижегородская академия МВД России (603950, Нижний Новгород, Анкудиновское шоссе, 3)

doctor of sciences (law), professor, honored scientist of the Russian Federation, honorary worker of higher professional education of the Russian Federation, assistant to head for innovative research development
Nizhny Novgorod academy of the Ministry of internal affairs of Russia (3 Ankudinovskoye shosse, Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603950)

E-mail: baranov_prof@bk.ru

Мареев Юрий Леонидович
Yuri L. Mareev

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса
Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского (603022, Нижний Новгород, просп. Гагарина, 23)

candidate of sciences (law), associate professor, associate professor of the department of civil law and procedure

Lobachevsky National Research Nizhny Novgorod State University (23 Gagarin av., Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603022)

E-mail: mareyew@mail.ru

«Запоздалые» размышления о конвергенции в праве.

Рецензия на монографию Н.М. Коршунова «Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики» (М.: «НОРМА», 2011. 240 с.)

“Belated” reflections on convergence in law. Review of the monograph by N.M. Korshunov “Convergence of private and public law: problems of theory and practice» (Moscow: “NORM” Publ., 2011. 240 p.)

Не существует, однако, общего согласия по вопросу о том, где именно следует проводить линию раздела между частным и публичным правом. Тенденция современного развития заключается в размывании этого различия, поскольку, с одной стороны, правительственные ведомства освобождаются от соблюдения правил справедливого поведения, а с другой – частные лица и организаций принуждаются к соблюдению целесообразных правил или даже особых запретов и разрешений административных органов.

Ф.А. Хайек

Запад есть Запад. Восток есть Восток, и вместе им не сойтись.

Д.Р. Киплинг

Слово «запоздалые» в названии рецензии дано в кавычках не потому, что ее авторы решили поразмышлять о монографии, вышедшей более 10 лет назад. Как раз все наоборот – мы стремимся сразу подчеркнуть: проблематика, поставленная и проанализированная Н.М. Коршуновым,

© Баранов В.М., Мареев Ю.Л., 2021

ныне особенно актуализировалась и предельно (в силу как внутренних, так и внешних факторов) обострилась. Прилагательное «запоздалые» означает еще одно обстоятельство. Направленность новаторской работы Н.М. Коршунова такова, что проблеме технико-юридического обеспечения конвергенции частного и публичного права специального внимания не только в российской, но и в зарубежной юридической науке уделено не было. Хотя, разумеется, рассматривая содержательные процессы правовой конвергенции, он был «вынужден» касаться техники их оформления. Именно труд Н.М. Коршунова позволил организаторам Международного форума «Юртехнетика»¹ по инициативе авторов настоящей рецензии включить в повестку дня, в портфель будущих встреч (пусть и с некоторым опозданием) тему «Конвергенция в технике правотворчества гуманитарных, естественных наук и практик». Мы надеемся, что читатели обратят внимание на этот фрагмент рецензии и вышлют нам свои соображения относительно целесообразности и перспективности междисциплинарного обсуждения обозначенной темы. Думается, сам факт масштабного обсуждения проблематики технико-юридического обеспечения конвергенции в праве и его объективированные результаты в очередном ежегоднике «Юридическая техника» выступят своеобразным памятником всего творчества Н.М. Коршунова.

Мы совершенно искренне и, насколько нам позволяют знания и способности, добросовестно постараемся донести до читающей юридической публики как свое восхищение трудом профессора Н.М. Коршунова, так и неприятие (в деликатной форме) отдельных положений его книги по причинам глубоких теоретических расхождений с ним по вопросу о механизме правового регулирования имущественных отношений, роли и параметров «флуктуации» в нем частноправовых и публично-правовых элементов. Но, как бы там ни было, а тема эта, набив оскомину представителям юридической науки, переполнив чашу терпения издателей и использовав все воистину безграничные сегодня публикационные возможности, тихо сошла на нет. Но не исчезла совсем. Она скрытно возродилась в новом облике бесконечно дебатлируемых сегодня юридических, а больше всего квазюридических проблем цифровой экономики, искусственного интеллекта, контролирующих лиц и прочих явлений, обоснованно воспринимаемых юридической наукой как вызов ее творческому потенциалу и угроза основам ее традиционной методологии и ценностям. Стоит только повнимательнее присмотреться к каждой из этих проблем, как за ее спиной покажется старый призрак соотношения публичного и частного в праве. И как бы ни старались иные авторы заретушировать этого преобразованного сфинкса, как бы ни старались свести вопрос к чисто технической или гносеологической стороне, без учета его роли в механизме распределения и защиты охраняемых правом благ решение проблемы будет только предметом юридической техники, своего рода юридическим уравнением, формулой. Это дает право надеяться, что напоминание об опыте, поставленном в этой области покойным Н.М. Коршуновым, не будет гласом вопиющего в пустыне.

В теории права вообще, а в теории гражданского права в особенности немного можно назвать проблем, которые по сложности, масштабности, остроте и возрасту сравнимы с той, которая послужила поводом и исходным материалом для рецензируемой книги. Два начала – частное и публичное – образуют два полюса, взаимодействие которых предопределяет формы организации общественных отношений в границах правовой реальности, и в последнее время особенно активно

1 См.: Юридическая техника. 2007. № 1. 326 с.; 2008. № 2. 246 с.; 2009. № 3: Юридическая техника в системе вузовской подготовки правоведов: научно-методическое обеспечение и дидактические пути его совершенствования. Н. Новгород, 608 с.; 2010. № 4: Первые Бабаевские чтения «Правовые презумпции: теория, практика, техника». Н. Новгород, 689 с.; 2011. № 5: Вторые Бабаевские чтения «Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника». Н. Новгород, 612 с.; 2012. № 6: Техника современного правотворчества: состояние, проблемы, модернизация. 738 с.; 2013. № 7. Ч. 1: Третьи Бабаевские чтения «Юридическая аргументация: теория, практика, техника». 398 с.; 2013. № 7. Ч. 2: Юридическая конструкция в правотворчестве, реализации, доктрине. Н. Новгород, 961 с.; 2014. № 8: Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника. Н. Новгород, 614 с.; 2015. № 9: Стратегия, тактика, техника законотворчества (взаимосвязь, инновационные достижения, ошибки). Н. Новгород, 852 с.; 2016. № 10: Законотворческая, интерпретационная, правоприменительная техника в контексте культуры и межкультурной коммуникации. 747 с.; 2017. № 11: Коллизии законодательных, интерпретационных, правоприменительных актов: доктрина, практика, техника преодоления. Н. Новгород, 799 с.; 2018. № 12: Ограничения в праве: теория, практика, техника. Н. Новгород, 821 с.; 2019. № 13: Риски в законотворчестве, правореализации, юридической науке: техника формирования и функционирования системы управления. Н. Новгород, 795 с.; 2020. № 14: Система принципов российского законодательства: техника закрепления, интерпретации, реализации. Н. Новгород, 715 с.; 2021. № 15: Юридические инновации (доктрина, практика, техника). Н. Новгород, 766 с.

– в сфере гражданского оборота. Необозрим перечень публикаций, только прямо посвященных этому предмету, и не просто указать хотя бы на одну сколько-нибудь значимую в теоретическом отношении юридическую работу, где бы он не затрагивался в той или иной мере. «Основное разделение права» – именно таким образом, явно провоцирующим на ассоциацию с основным вопросом философии, данный предмет характеризуется в одном из новейших исследований по теории гражданского права¹. Сам автор совершенно справедливо констатирует: «На сегодняшний день обращение к данной проблеме настолько активизировалось и даже стало модным, что, пожалуй, можно без большого преувеличения констатировать устойчивое стремление рассматривать сквозь призму соотношения частного и публичного права практически любой вопрос, имеющий юридический характер» (с. 8).

В истории юридической науки, а в том числе и в истории цивилистики, не было примера сколько-нибудь удовлетворительного решения означенной проблемы² (по утверждению самого автора на с. 8, «несмотря на беспрецедентную активность в исследовании частного и публичного права, разработать единую научную концепцию их соотношения в механизме нормативно-правового регулирования основных сфер общественных отношений до настоящего времени так и не удалось»). В этом контексте монография Н.М. Коршунова, казалось бы, изначально обреченная судьбой на роль очередной безнадежной попытки взять высоту, превышающую человеческие силы, а в лучшем случае – новой совокупности пусть и глубоких, и оригинальных суждений, но не образующих вместе стройной теории явления, тем не менее заслуживает быть отмеченной в качестве примера совершенно нового освоения старой темы.

Если до недавних пор юридическая наука основную массу своих усилий обращала на определение критериев, границ и форм разграничения права на частное и публичное³, то в последние годы ее внимание стал привлекать феномен «размывания границ» между частным и публичным правом. У одного из современных российских юристов мы найдем по этому поводу весьма характерное высказывание: «...настало время вести речь о более широкой постановке данной проблемы, а именно о взаимной связанности норм частного и публичного права в определенных сферах экономического оборота, причем не относящихся исключительно к предпринимательской деятельности. Таким образом, создание общей теории регулирования экономического оборота посредством использования правовых средств еще ждет своего часа»⁴.

В этом направлении не единожды предпринимались попытки обосновать общую тенденцию поглощения частного права публичным (правовые доктрины тоталитарных режимов – Ю. Гедеманн, П.И. Стучка, Е.Б. Пашуканис) и, напротив, публичного частным (доктрины либерализма и особенно анархо-либертаризма – С. Кинселла, М. Ротбарт, Ф. Хайек), единства публичного и частного права (О. Гирке, Г. Еллинек, Г. Кельзен, Г. Радбрух) вплоть до их взаимопроникновения (Ю.А. Тихомиров, М.К. Сулейменов), идею противоположности и даже несовместимости частного и публичного в праве (Г.В. Мальцев). Работа Н.М. Коршунова обещает читателю поиск закономерностей взаимодействия и взаимозамены (взаимопроникновения) частнопровых и публично-правовых форм воздействия на общественные отношения (проникновение частного права в публичную сферу

1 См.: Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: «Юрайт», 2008.

2 «...Вопрос, поставленный римскими юристами, волновавший лучшие европейские юридические умы, но так и оставшийся камнем преткновения в преисполненном парадоксами XX в.». Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: «Юрайт», 2008. С. 45.

3 В начале XX века швейцарский юрист Я. Холлигер приложил немало усилий к тому, чтобы доказать тщетность попыток сформулировать общезначимый материальный критерий для разграничения права на частное и публичное (Holliger J. Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzip und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes. Affoltern a.A., 1904). Но это почти никак не повлияло на желание последующих поколений юристов во что бы то ни стало найти решение этой задачи, в лучшем случае лишь увеличивая общее число бесполезных дефиниций частного и публичного права. Тщетность усилий в этой области Г. Радбрух объяснял тем, что «понятия частного и публичного права априорны. Ценностные и субординационные отношения между публичным и частным правом зависят от исторических изменений и мировоззренческих оценок». «...Понятия «частное» и «публичное» не являются понятиями позитивного права, которых могло и не быть в каком-либо позитивном порядке». А для либерализма «частное право – «сердце» всего права, а публичное право – лишь небольшое защитное ограждение, которое устанавливается перед частным правом и в первую очередь перед частной собственностью» (Радбрух Г. Философия права. М.: «Международные отношения», 2004. С. 143).

4 См.: Степанов Д.И. Услуги как объект гражданских прав. М.: «Статут», 2005. С. 202.

и публичного права – в частную – с. 7) и преисполнена стремлением предложить свою концепцию такого взаимодействия, способную если не описать предпосылки, пропорции, интенсивность, масштабы и последствия этого процесса, именуемого автором конвергенцией частного и публичного в праве, то, как минимум, примирить до сего непримиримые и подчас просто враждебные по отношению к друг другу частные точки зрения («существующее в научной среде противостояние по наиболее принципиальному вопросу проблемы частного и публичного права может быть не только смягчено, но и даже обращено во благо», «консолидация и повышение продуктивности усилий правоведов по созданию научно обоснованной концепции сочетания публично-правового и частноправового регулирования общественных отношений» – с. 7–8).

Поставив такую задачу, автор, по его собственным словам, менее всего рассчитывал получить в результате надежные критерии, позволяющие в каждый данный момент разграничивать сферы действия частного и публичного права. Со времен Я. Холлигера никому не удалось опровергнуть тезис о нерешаемости этой задачи. Поэтому, хотя он и признает частное и публичное право объективно сложившимися и существующими отраслями системы права с присущими им специфическими методами нормативного регулирования общественных отношений, однако путь, который он для себя избрал, оставляет ему роль наблюдателя и ставит перед ним задачу сбора фактов, обобщения и прогнозирования, подобно тому, как это имеет место сегодня в исследовании атмосферных и тектонических явлений¹. Отсюда свою сверхзадачу автор скромно характеризует как «внесение посильного вклада в разработку основ теории конвергенции частного и публичного права и путей нормативного обеспечения оптимизации происходящих в ее рамках процессов, в том числе в условиях глобализации» (с. 15).

Само собой разумеется, однако, что начало такой работы потребовало как минимум наличия инструментария, позволяющего решить поставленную задачу. Самым уязвимым в этом отношении местом оказывается отсутствие в юридической науке не только точного, но даже и примерного знания о том, что же собой представляет конвергенция публичного и частного в праве и не противоречит ли введение этого термина в научный оборот правилу Бритвы Оккама. Пока что этим термином могут обозначаться практически любые мутации частного и публичного как в механизме правового регулирования, так и в правовой действительности вне зависимости от замещения одних элементов другими и вне зависимости от синхронности и взаимообусловленности (границах применения метода регулирования). При таких обстоятельствах под данное понятие может быть подведено абсолютно любое колебание политической конъюнктуры, в том числе и обреченные на провал попытки поставить под контроль частный интерес там, где средств для этого не существует вообще либо они совершенно недостаточны – от ограничений в выборе стороны по договору до уголовной ответственности за непогашение кредита².

На фоне сказанного уже не требуется объяснять, почему одну половину своего труда Н.М. Коршунов посвятил исследованию сущности и эволюции конвергенции частного и публичного права, а вторую – ее содержанию и формам.

В первой главе уже с самых первых ее строк обнаруживается, что в современной юридической науке, находящейся под сильнейшим воздействием догматического направления, именуемого иногда юриспруденцией понятий, а чаще позитивизмом, немного найдется попыток открыть

1 Это, впрочем, отнюдь не означает перехода автора на позиции сайентистского подхода к юридической науке, основу которой составляет, конечно, не наблюдение, а понимание исследуемого явления (подробнее о различиях в методологии юриспруденции и естествознания см.: Kaufmann A. Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft: Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit // ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1986, vol. 72, no. 4 (1986), pp. 425-442; Stephanitz D. Exakte Wissenschaft und Recht. der Einfluss v. Naturwiss. u. Mathematik auf Rechtsdenken u. Rechtswiss. in Zweieinhalb Jahrtausenden. ein Hist. Grundriss (Münsterische Beiträge Zur Rechts- und Staatswissenschaft Ser. v. 15). Berlin/Boston, 2016.

2 О случаях лингвистической эквилибристики, когда пытаются подменить исследование сущности данного правового явления применением к нему в порядке плоской аналогии терминов, используемых для описания физических, химических или иных естественных процессов, в данном случае незачем и говорить, хотя встречаются и такие примеры, когда процессы гармонизации, унификации и глобализации предлагают описывать в терминах термодинамики. Другой крайностью являются попытки перенести этот анализ в область трансцендентного, умозрительных спекуляций, в результате которых юридическая специфика явления подменяется слегка подретушированными общеправовыми терминами (попытки описания данного процесса, например, категориями синергетики или общей теории систем).

в самом явлении качества, ограничивающие возможности выбора обозначающего его термина. Гораздо чаще, напротив, можно встретиться с опытом подыскания в юридической реальности явления, свойства которого более всего подходили бы этимологии имеющего латинское происхождение и импортированного в Россию иностранного слова конвергенция¹ или, на худой конец, расхожим представлениям о ней (с. 17–21, 36–37). Путаница, вызванная этим, все же вынудила автора вначале прибегнуть к помощи этимологии, которая сама по себе, конечно же, не играет роли единственного решающего фактора², но оказывается необходимой и довольно часто единственно полезной технически³, позволяя сделать правильный выбор в пользу уже имеющейся лексической единицы, не изобретая в существующей лексике ничего нового, но изменяя ее смысловые границы.

Сущностное же познание всякого, а в том числе и правового явления предполагает выявление тех внутренних и необходимых, общих и основных, главных и устойчивых свойств, признаков, черт правовых явлений и процессов, единство и взаимообусловленность которых определяют их специфику и закономерности развития. Такие параметры предмета исследования привели автора к мысли о необходимости еще (в очередной раз!) обратиться к понятиям частного и публичного права. На этот раз для того, чтобы установить, какие именно устойчивые факторы могут быть взяты в качестве сущностных признаков такого явления, как конвергенция частного и публичного права (с. 21–22).

Изложение, пусть даже самое конспективное, основных мнений по этому вопросу сегодня едва ли может быть интересно кому бы то ни было, кроме узкого круга специалистов, интересующихся историей юридической науки в данной области. Отсюда можно понять, почему автор ограничивается рассмотрением основных критериев разграничения частного и публичного права, каковыми он считает материальный и формально-юридический (с. 23–27). Как и следовало ожидать, ни тот, ни другой критерии не оказываются достаточно надежными, но позволяют, по мысли автора, сделать вывод о том, что причина этого кроется в органической взаимосвязи частного и публичного права, которые позволительно рассматривать в качестве «двух сторон одного отношения»: «экономические и культурные отношения, регулируемые правом, не принадлежат односторонне ни одной из его областей и составляют общий предмет как публичного, так и частного права». Фундамент этой связи образует, с одной стороны, общность предмета воздействия, а с другой – взаимное отношение между индивидом и обществом (с. 25). Отсюда, частное право оперирует принадлежащими публичному праву понятиями нормы, власти, господства, компетенции, использует такие публично-правовые институты, как ипотечные учреждения, экспроприация и т. п. В свою очередь, публичное право пользуется и даже злоупотребляет в своих конструкциях понятиями субъективного права, договора и т. п. (с. 26). Основная причина этого, по мнению автора, заключается в том, что выбор метода правового регулирования хотя и предопределяется сущностными свойствами предмета, но оставляет значительную степень свободы в рамках социально-экономической политики государственной власти⁴. «Эластичность» предмета, по мысли автора, совсем не отрицает, однако, как это утверждает, например, Г.В. Мальцев, возможностей юридической науки влиять на границы применения публичного и частного методов и тем более не исключает из ее предмета задачу поиска этой границы, и здесь его позиция ближе тем, кто, защищая идею функционального единства частного и публичного права и осознавая обуславливаемую этим потребность в постоянном мониторинге сфер их действия, видят главную задачу юридической науки если не в

1 Едва ли не решающим оказалось при этом влияние экономических учений П. Сорокина, Д. Гэлбрейта, У. Ростоу, Ф. Перру, Я. Тинбергена и других.

2 В противном случае, как остроумно заметил некогда О.С. Иоффе, тогда бы никаких других наук, кроме лингвистики, просто не существовало. В те времена, впрочем, было не принято подчеркивать роль юридической лингвистики в формировании права и юридической науки.

3 На что еще прикажете опираться в случаях вторжения в область правового регулирования таких явлений, которых там прежде не было совсем (цифровые права, цифровой актив, искусственный интеллект, контролирующее лицо и т. д.) или которые традиционно имели совершенно иную форму представления (бездокументарные ценные бумаги, электронный документ, электронная сделка и т. п.). См., напр.: Корнев В.Н. Право как языковой феномен // Государство и право. 2018. № 6. С. 5–12.

4 Оба метода (хотя бы только теоретически) применимы к любой области общественных отношений и уже поэтому во многих случаях не позволяют определить практические последствия недопустимого использования иначе как опытным путем, создавая преувеличенные представления и о могуществе разума, и о возможности его бледного отражения в текущем законодательстве.

установлении точных границ этих сфер, то в поиске компромисса между частным и публичным в праве (В.А. Белов)¹.

Автор присоединяется к защитникам идеи единства частного и публичного в праве, считая ее не шагом назад, а инструментом, который может позволить на качественно новой основе преодолеть недостатки традиционного взгляда на отраслевое построение системы права, не отрицая его в принципе, но в основу деления закладывая форму закрепления средств частноправового и публично-правового регулирования (с. 32). Идея эта также не нова², но она оказывается абсолютно необходимой автору для обоснования своего понимания конструкции конвергенции: «его (этого дуалистического подхода к пониманию системы права. – В.Б., Ю.М.) главное достоинство состоит в том, что он открывает возможность предметного исследования механизма взаимодействия частного и публичного права, раскрытия сущности, содержания и форм их конвергенции» (с. 33). Отсюда закономерно следует вывод о том, что «сближение, или конвергенция частного и публичного права осуществляется именно на основе методов правового регулирования, структурные элементы которых как раз и получают свое нормативное отражение в комплексных отраслях законодательства, регулирующих различные сферы общественных отношений» (с. 34–35).

Однако, сделав такой выбор, автор делает шаг, возможно ведущий в пропасть, поскольку до настоящего времени совершенно неизвестно, что представляют собой публично-правовой и частноправовой методы правового регулирования. Идею существования двух мегаметодов в литературе по гражданскому праву обосновывает, например, Д.В. Ломакин, считающий, что «при всем многообразии методов все они могут быть сведены к двум основным способам воздействия на общественные отношения, которые регулируются либо путем координации деятельности юридически равных субъектов права, либо путем субординации, когда налицо административно-властное подчинение воли одного лица воле другого лица»³. Но ни у него, ни где бы то ни было еще не удастся найти сколько-нибудь полного анализа характерных особенностей этих двух методов и их соотношения с методами конкретных отраслей права⁴. И понимание автором рецензируемой книги особенностей указанных методов не идет дальше констатации уже известного: «частноправовой метод состоит в построении правовой связи субъектов этих отношений на принципах координации и децентрализации, а публично-правовой на принципах субординации и централизации» (с. 35).

Тем не менее этот шаг еще нельзя считать падением, ибо путь к неизведанному нередко вынуждает исследователя полагаться на интуицию, гипотезы, презумпции и отказываться от исследования отдельных явлений, которые встречаются на пути движения к конечной цели во имя достижения этой цели.

Обращаясь к содержательной характеристике конвергенции частного и публичного права, Н.М. Коршунов не может обойтись без опоры на эту, пока еще представляющуюся шаткой, конструкцию двух мегаметодов правового регулирования, предопределяющую построение системы права. При этом он выступает против сведения конвергенции к нивелированию, слиянию,

1 «Юриспруденция не может решить описанных глобальных проблем с их содержательной стороны. Юрист не может производить расчеты вместо экономиста или подсказывать оратору, что тому следует говорить. Но юрист в состоянии указать специалистам тот принцип, в соответствии с которым решение глобальных экономических, социальных и политических проблем должно осуществляться. Принцип сей – компромисс между частным и общественным интересом. Общество при всяких условиях должно сохранять свою сплоченность (если угодно – системность), личность – свободу (самостоятельность). Задача юриспруденции – облечь в адекватную правовую форму отношения в сплоченном обществе, состоящем в то же время из свободных личностей». (Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики / под общей ред. В.А. Белова. М.: «Юрайт», 2008. С. 61.)

2Г. Радбрух, в частности, указывает на неприемлемость тех представлений, согласно которым «каждая отрасль права должна исключительно подлежать или только частному, или только публичному; в трудовом и хозяйственном (экономическом) праве частное и публичное неразделимы». (Радбрух Г. Философия права. М.: «Международные отношения», 2004. С. 143.)

3Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: «Статут», 2008. С. 9.

4 Ни у С.С. Алексеева, ни у Н.В. Витрука, ни у Б.Б. Черепихина, ни у В.Ф. Яковлева мы его не обнаружим. Проблема поиска особенностей этих методов была впервые поставлена в российской юридической науке по-видимому еще И.А. Покровским, но ни им, ни последующими авторами отнюдь не решена (см.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.) (Классика российской цивилистики). М.: «Статут», 1998. С. 44).

отождествлению, «опубличиванию» частного права и, наоборот, перерождению (трансформации) публично-правовых норм в частноправовые. Для него ближе оказываются идеи тех, кто полагает, что частное и публичное право – самостоятельные, не проникающие друг в друга элементы системы права (В.В. Болгова, С.Ф. Кечежян, Е.А. Суханов, В.В. Витрянский, В.Ф. Яковлев и другие). Видимо, по этой причине он ведет речь не о проникновении публичного в частное право. Наоборот, он, что в принципе ему кажется все же возможным, пишет о формах сочетания публично-правового и частноправового регулирования общественных отношений, о конкретных границах публичного и частного права: «как частное, так и публичное право в полной мере сохраняют свою юридическую сущность, системные признаки и специфические особенности» (с. 36–37).

Что же в таком случае остается в содержании конвергенции? От немедленного прямого ответа на этот вопрос автор уклоняется и ведет читателя окольным путем, обращаясь вначале к ее взаимосвязям со смежными правовыми категориями – нормой права, правоотношением, системой права, реализацией права механизмом правового регулирования. Они, по утверждению автора, интересны как система универсальных юридических средств, являющихся элементами как частноправового, так и публично-правового регулирования, а конвергенция решающим образом влияет на их структуру, порядок возникновения, функционирования и реализации (с. 39).

Обращение к идее конвергенции социально-экономических систем приводит автора к выводу о конвергенции правовых систем, сущность которой предопределяется «фундаментальным характером деления права на частное и публичное» (с. 42). Однако при таком понимании конвергенция оказывается, по мнению автора, аналогом интеграции, основу которой образует выравнивание (гармонизация), интернационализация правовых систем, включающая имплементацию и унификацию, и их универсализация (с. 44–46).

Конвергенцию же частного и публичного в праве автор предлагает рассматривать с двух сторон: юридической и социальной. Ответы на эти вопросы он полагает возможным дать только после размежевания с вышеназванными понятиями, смежными с понятием конвергенции.

Юридическая сторона, по его мнению, заключается в проникновении частного права в публичную сферу общественных отношений, а публичного в частную. В процессе конвергенции как частное, так и публичное право не растворяются друг в друге, не образуют никакого нового правового феномена, а сохраняют свою юридическую сущность, отраслевые специфические особенности и системные признаки, которые находят отражение в структурных элементах соответствующих методов правового регулирования, получающих нормативное закрепление в принципах, нормах и институтах комплексных нормативных правовых актов. Эту мысль, однако, автор формулирует почему-то, уже только завершая работу (с. 232), отчего после прочтения первого параграфа у читателя остается досадное ощущение недосказанности, неразгаданной загадки, вопроса, оставленного без ответа.

Социальная сущность конвергенции частного и публичного права (§ 2 рецензируемой работы) характеризует ее как фактор социально-правового развития общества, которое может идти как по пути прогресса, так и регресса (с. 73). Социальное содержание конвергенции автор видит поэтому в необходимости предотвращения и разрешения конфликтов различных исторически меняющихся интересов, в гармонизации этих интересов. В достижении данной цели как частноправовой, так и публично-правовой методы регулирования выполняют двуединую социальную функцию права, состоящую в обеспечении равновесия двух нравственных интересов, отражающих требования личной свободы (частного интереса) и общего блага (публичного интереса) (с. 48, 59–63, 234–235). Более конкретно в сфере имущественных отношений правовое регулирование, полагает автор, призвано обеспечивать максимально возможное сближение публичных и частных интересов путем закрепления приоритета воли большинства, сфокусированной в воле представителей среднего класса, и защиты экономически слабых субъектов (с. 71).

Значительный интерес у читателя вызовет здесь, несомненно, материал о социологическом методе исследования правовой реальности и основных этапах его развития в трудах наиболее видных представителей российской и зарубежной юридической науки (Ю.С. Гамбаров, Р. Иеринг, В.С. Нерсесянц, В.И. Синайский, Г.Ф. Шершеневич, Е. Эрлих и др.) (с. 49–54), а также, возможно, о динамическом равновесии публичных и частных интересов как условии устойчивости правопорядка в целом (с. 55–61), о равной значимости (двуединной функции) частноправового и публично-правового методов в деле обеспечения как частных, так и публичных интересов (с. 61–63), о пределах (границах) конвергенции (с. 64–67), о правовом прогрессе (с. 74–76) и роли в нем

юридической науки, правотворчества и правосудия (с. 77–78), общем культурном фоне этого процесса (с. 79–82).

Эволюцию конвергенции частного и публичного права автор относит к категории всемирных процессов, одинаково затрагивающих как континентальную Европу, так и страны общего права (с. 85–86) на самых различных, а не только на строго определенных этапах развития (с. 87). Но особое его внимание оказывается посвящено ее драматическому развитию в двадцатом столетии. Естественно, что при этом оказалась не оставленной без внимания и концепция хозяйственного, а ныне предпринимательского права, возрождение (в лексике автора «реанимирование») которой автор связывает с усилением государственного регулирования экономики (с. 88).

Дихотомия частного и публичного, считает автор, присоединяющийся здесь к мнению таких авторитетов, как С.С. Алексеев, И.А. Покровский, Г.Ф. Шершеневич и другие, свойственна праву с самого начала зарождения правопорядка (с. 90–91). Возникнув в глубокой древности, она с тех пор неизменно присутствует в правопорядке в самых различных пропорциях и формах (с. 91–96). Автор иллюстрирует это экскурсами в историю римского права (с. 97–99), феодальной Европы и Китая, Древней и средневековой Руси (с. 99–104), периода зарождения, становления и развития капиталистической организации общественного устройства в России и за ее пределами (с. 105–112), наконец, периоду невиданных социальных экспериментов тотального государственного контроля над частной сферой (с. 112–114) и современному этапу, который, по мнению автора, более всего характеризуется развитием конвергенции публичного и частного права в условиях глобализации, представляющей собой новую ступень дальнейшей универсализации всемирной истории человечества и земной цивилизации (с. 115–117).

Современное состояние проникновения частного права в публичную сферу характеризуется автором следующим образом. Содержание конвергенции частного и публичного права состоит, по его мнению, в сочетании управомочивающего, запрещающего и обязывающего способов правового регулирования, направленном на стимулирование или ограничение индивидуально-волевой обусловленности возникновения, содержания и реализации прав и обязанностей участников частных и публичных сфер общественных отношений. Отсюда главной особенностью содержания проникновения частного права в публичную сферу общественных отношений автор считает стимулирование при помощи частноправовых средств индивидуально-правового начала возникновения, содержания и реализации правоотношений (с. 121).

При этом много внимания автор вынужден уделять понятию и содержанию метода правового регулирования (с. 118–121), роли договора, проникающего практически во все традиционно публичные сферы общественных отношений, регулируемые конституционной, административной и процессуальными отраслями законодательства (с. 122–130), саморегулированию (с. 130–132), контрактной экономике (с. 132–133), государственным договорам, включая договоры о разграничении полномочий (с. 133–135), договорным формам в процессуальных правоотношениях, включая примирительные процедуры в гражданском и уголовном процессах (с. 135–147). Несомненно, остро полемический характер носят рассуждения автора о границах частноправового проникновения в публичную сферу, которые в современных условиях ему представляются нарушенными (социальное обеспечение, здравоохранение, образование, искусство, культура и даже розничная торговля) (с. 148–149).

Параллельный процесс проникновения публичного права в частную сферу характеризуется как одна из наиболее горячих и особенно болезненных проблем нормативно-правового регулирования, напрямую связанная с вмешательством государства в сферу прав, свобод и законных интересов граждан в демократическом обществе (с. 153). Позиция автора оказывается при этом в ряду тех (В.Ф. Яковлев, В.С. Якушев и др.), кто считает такое «проникновение» не только допустимым, но и необходимым, и полагает, что содержательно оно представляет собой современную правовую форму государственного вмешательства в процессы экономического оборота, направленного на достижение общих целей государства, предпринимателей, граждан, и способного обеспечить успех каждого из этих субъектов (с. 154).

В этой связи автор останавливается на отдельных формах такого «проникновения», к числу которых им относятся: злоупотребление правом (с. 158–159), иные публично-правовые ограничения прав участников частной сферы (с. 161–163), лицензирование, государственная регистрация (с. 165–169).

При этом он отказывается относить к процессу проникновения публичного права в частную сферу «придание публичной значимости частным интересам», «общие правозащитные процедуры

частных прав», участие в частных правоотношениях публичных образований (а равно иных, по терминологии автора, публичных субъектов), публичные договоры, параллельные публичные формы (например, гражданское, процессуальное, административное и уголовное законодательство) и даже лицензирование предпринимательской деятельности. В последнем случае автор полагает, что речь идет только об установлении особого порядка возникновения и осуществления субъективных прав, что накладывает на участников частноправовых отношений обязанность совершения определенных законом действий, в то время как публично-правовые ограничения связаны с возложением на субъектов обязанности воздерживаться от запрещенного законом поведения (с. 165). Ограничение же отдельных видов деятельности осуществляется не при помощи их лицензирования, а путем установления законодательного запрета на ее осуществление частными лицами (с. 166).

Наиболее распространенными направлениями «проникновения» публичного права в частную сферу автор считает «установление особой юридической процедуры возникновения и осуществления субъективных прав» и «публично-правовое ограничение частных прав» (с. 166).

Публичной процедуре возникновения и осуществления субъективных частных прав, по мнению автора, присущи (1) публичная обязанность субъекта вступить для приобретения частного права и его осуществления в публичные правоотношения с субъектом, «санкционирующим возникновение и осуществление таких субъективных прав»; (2) «проникновение» в частную сферу содержательно характеризуется каждый раз правилами соответствующей процедуры (с. 167).

Публично-правовое ограничение субъективных частных прав, по мнению автора, состоит в законодательном установлении запретов, сужающих возможность их приобретения, объем и варианты реализации, не требующих от участников частноправовых отношений вступления в публично-правовые отношения с компетентными государственными органами и направленных на охрану публичных интересов и частных интересов других лиц (с. 176). К целям публично-правового ограничения автор относит также противодействие реализации противозаконного поведения, обеспечение реализации субъективных прав, формирование позитивных интересов и достижение их сбалансированности (с. 181).

Основной проблемой в этой области, как полагает автор, является отсутствие «единой методологически обоснованной конструкции ограничения прав, пригодной для практического применения в различных отраслях нормативно-правового регулирования» (с. 177).

Автором исследуются отличие ограничений субъективных прав от способов установления их объема и пределов осуществления, а также от обременений субъективных прав (с. 177–181). В последнем случае он полагает, что для раскрытия содержания публично-правовых ограничений прав участников частноправовых отношений первостепенное значение имеет тот неоспоримый факт, что ограничения прав устанавливаются только законом, а значит всегда носят публично-правовой характер, в то время как обременения прав могут устанавливаться и договором, то есть носить частноправовой характер (с. 181).

Публично-правовые ограничения классифицируются в работе на общие и институциональные (с. 182). Первые распространяют свое действие на все сферы частных отношений, а институциональные – на их отдельные сегменты (с. 183). Автор останавливается на характеристике содержания тех и других (с. 183–186).

Следуя избранной схеме, автор завершает характеристику публично-правового проникновения в частную сферу анализом особенностей, обусловленных процессом глобализации (защита прав человека, участие иностранного элемента в частных правоотношениях, иностранные инвестиции и др.) (с. 186–189).

Завершает книгу материал о формах взаимопроникновения частного и публичного права, название которого звучит на первый взгляд довольно неожиданно, если учесть, что читатель уже был информирован автором о том, что никакого смешения частного права с публичным и тем более растворения одного с другим автор не допускает. Кажется, что автор все же напрасно отказался от использования здесь термина «конвергенция» (с. 191).

В этой завершающей части значительное место уделяется сопоставлению позиций сторонников предпринимательской и цивилистической концепций правового регулирования экономических отношений (с. 193–196). Автор полагает, что истинным предметом спора между ними является проблема формы конвергенции частного и публичного права. «Хозяйственники», полагая, что деление права на частное и публичное уже утратило всякое значение, предлагают тем не менее идти

по пути принятия комплексных законодательных актов, включающих в себя как публично-правовой, так и частноправовой методы нормативного регулирования, называя это сочетание дуализмом частного права. Вторые, отрицая существование почвы для дуализма частного права в России, выступают против комплексного законодательного регулирования экономического оборота, допуская, в принципе, принятие отдельных нормативных актов, содержащих нормы публичного и частного права. В действительности речь здесь должна идти не о дуализме частного права, а о реформировании специфических форм конвергенции частного и публичного права, востребованных практикой и обеспечивающих наиболее благоприятное для развития соответствующих сегментов экономического оборота сочетание частноправового и публично-правового методов его регулирования (с. 196–198).

Основной формой конвергенции (но не взаимопроникновения одного в другое) частного и публичного права автор считает нормативный правовой акт (с. 199), вследствие чего все дальнейшее повествование посвящено закреплению содержания этого процесса в Конституции (с. 199–201), в федеральных законодательных актах (с. 201–206), возможным направлениям и формам их дальнейшего совершенствования (с. 206–209). При этом определенная часть материала, небезынотересная, впрочем, сама по себе, покажется читателю не связанной столь уж непосредственно с общей темой книги (понятие законодательства, понятие и содержание систематизации и кодификации, соотношение Гражданского кодекса и специальных законов).

Разумеется, в рецензируемой работе отыщется немало мест, которые способны вызвать самые различные реакции – от резкого неприятия до горячего одобрения. Авторам этой рецензии, например, представляется недостаточно доказанным само явление конвергенции как таковое. Его вполне адекватно описывают процессы изменения правового режима регулируемых правом общественных отношений: то, что раньше безраздельно принадлежало области частноправового регулирования, начинает подвергаться частично либо даже исключительно действию публично-правовых норм, и наоборот. Фактические отношения (выбор предмета предпринимательской деятельности) становятся предметом публично-правового регулирования либо утрачивают статус таковых и т. д. Несправедливыми кажутся нам и замечания в адрес цивилистической науки в том, что ее представители значительные усилия направляют на исследование ограничений гражданских прав в контексте так называемого «права участия», и недооценивают роль иных правовых ограничений (с. 178).

Но вот на что эта работа, кажется, не способна совершенно, так это дать повод для снисходительных поучений и упреков в некомпетентности и поверхностности¹. Книга написана настолько добротнo и квалифицированно и затрагивает материал настолько разносторонний, что местами даже напоминает собой краткую юридическую энциклопедию.

И в завершение хочется сказать еще об одном. Рецензии, как известно, пишутся сегодня в основном для того, чтобы составить рекламу рецензируемой работе, повлиять на ее научный и, если удастся, читательский рейтинг, а соответственно и на позиции автора в научной и литературной среде. Содержание самой рецензии при этом оказывается не столь существенно – важна ее общая тональность. Положительный или отрицательный характер рецензии предопределяют и ее значение, и общее отношение к ней, а детали обычно уже мало кого интересуют. Оттого большинство рецензий – краткие, декларативные, звучащие либо как панегирик, либо как приговор. Ни одной из этих целей у рецензентов не было и в помине, поскольку автору рецензируемой работы уже глубоко безразлично, какую оценку его работе, несомненно, имеющей статус этапной в его творческой судьбе, кто-то и когда-то будет давать. Он ушел, оставив нам вопросы, ответы на которые мы должны искать сами, не дав нам ни малейшего шанса потребовать разъяснений у него самого. И все это стало только делом нашей совести и нашей памяти по безвременно ушедшему автору (кстати, немало лет проработавшему в ГВШ МВД СССР сразу после окончания юридического факультета Московского государственного университета), заслуживающему нашей признательности хотя бы потому, что он осмелился поставить и рассмотреть вопрос, который немногие способны были даже сформулировать.

¹ Мелкие огрехи в счет не идут. Их вполне можно было бы исправить в последующих редакциях, если бы нашелся хоть кто-нибудь, кто осмелился бы взять на себя этот труд после кончины автора, как это принято делать, например, в той же Германии, опыт которой так часто и местами, на мой взгляд, не совсем удачно приводил сам автор.