

КЛАССИКА
РОССИЙСКОЙ
ЦИВИЛИСТИКИ

Б.Б. Черепухин

К вопросу о частном
и публичном праве
Избранное

Вступительное слово П.В. Крашенинникова

Москва • 2024



КУЧЕР
КУЛЕШОВ
МАКСИМЕНКО
& ПАРТНЕРЫ

УДК 340
ББК 67.0
Ч46

Председатель редакционной коллегии серии

д-р юрид. наук, проф. **Е.А. Суханов**

Редакционная коллегия серии:

д-р юрид. наук, проф. **В.В. Витрянский**
д-р юрид. наук, проф. **П.В. Крашенинников**
А.Г. Долгов
канд. юрид. наук **А.В. Ем**

Составитель

д-р юрид. наук., проф. **П.В. Крашенинников**

Научные редакторы тома:

д-р юрид. наук., проф. **П.В. Крашенинников**
д-р юрид. наук., проф. **Б.М. Гонгало**

Черепяхин, Борис Борисович.

Ч46 К вопросу о частном и публичном праве : избранное / Б. Б. Черепяхин ; вступ. слово П. В. Крашенинникова. — Москва : Статут, 2024. — 372 с. — (Классика российской цивилистики.)

ISBN 978-5-8354-2003-2 (в пер.)

Вниманию читателей предлагаются труды одного из известнейших отечественных правоведов Бориса Борисовича Черепяхина (1894—1969).

В книгу вошли работы, посвященные вопросам соотношения частного и публичного права, исковой давности, договорному праву и правопреемству в гражданском праве.

Книга предназначена для юристов — ученых и практиков, а также для всех, кто интересуется развитием гражданского права.

УДК 340
ББК 67.0

ISBN 978-5-8354-2003-2

© П.В. Крашенинников, составление, вступит. слово, 2024
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2024

Проповедник частного права. Борис Борисович Черепяхин

Сейте разумное, доброе, вечное,
Сейте! Спасибо вам скажет сердечное
Русский народ...

Н.А. Некрасов

Период жизни и творчества Бориса Борисовича Черепяхина пришелся на самое тяжелое время для России, когда дело шло к уничтожению государства, права, культуры и прочих выстраиваемых веками основ. Казалось, что последние ростки правовой науки погибли в иссушающей атмосфере «победившего социализма». Частная собственность была полностью запрещена, память о достижениях дореволюционной цивилистики последовательно искоренялась. Однако получившему классическое юридическое образование Черепяхину наряду с другими «дооктябрьскими» юристами удалось не только сохранить семена частного права, но и передать эстафету служения праву молодым правоведам, которым было суждено начать строительство правового государства в нашей стране.

Энергия Бориса Борисовича положительно влияла на тех, с кем он работал и общался. Коллеги Черепяхина отмечали, что стоило ему появиться в том или ином коллективе правоведов и поучаствовать в обсуждении актуальных вопросов, как тут же начиналось активное движение, возникали новые идеи, появлялось большое количество качественных исследований. Юрий Кириллович Толстой рассказывал мне, что «он выполнял своего рода функцию дрожжей в ленинградской науке гражданского права: все росло на глазах». Образно говоря, Борис Борисович был как бы именно такой частицей, которая и проливает дождь на высушенную землю. А результатом этого «дождя» стала советская цивилистическая наука и целая плеяда выдающихся специалистов в области гражданского права. В конце XX в. ученики

и последователи Черепихина стали активно восстанавливать частное право в нашей стране.

Поражает не только временной интервал творчества Черепихина, но и география его деятельности: Казань, Томск, Иркутск, Пермь, Саратов, Свердловск и Ленинград.

I

Рождение. Учеба

Борис Борисович Черепихин родился 17 ноября 1894 г. в селе Белокрыница Кременецкого уезда Волынской губернии (сегодня территория Украины) в дворянской семье, по разным причинам он с детства передвигался из одного населенного пункта в другой. После смерти отца — Бориса Петровича семья переехала в Москву, где Борис окончил гимназию и поступил в Императорский Московский университет, а затем переехал в Казань и поступил на знаменитый своими профессорами и выпускниками юридический факультет Императорского Казанского университета. Казанская правовая школа вообще, и гражданско-правовая в частности, в то время была одной из лучших в Российской империи, достаточно назвать такие имена, как Дмитрий Иванович Мейер, Габриэль Феликсович Шершеневич, Евгений Владимирович Васьковский, **Григорий Федорович Дормидонтов.**

Проявляя интерес в первую очередь к частному праву, Борис Борисович впитывал в себя не только знания, но и дух университета.

Римскому праву Черепихин учился у В.Ф. Глушкова (в то время молодой приват-доцент юридического факультета Казанского университета). Отношения с Василием Федоровичем были скорее товарищескими. Забегая вперед, скажем, что эти отношения впоследствии не были забыты, они сохранились на всю жизнь, и в тяжелые для всех цивилистов времена Глушков, будучи профессором в Пермском университете, рекомендует Черепихина преподавать гражданское право в Перми, спасая его от ареста. Впоследствии, будучи в Свердловске, Борис Борисович тоже вытаскивал из репрессивной западни своих товарищей. Но вернемся к нашему предыдущему изложению.

Казанский университет Черепихин окончил в 1917 г. и был оставлен на кафедре гражданского права и судопроизводства для подготовки к профессорскому званию. Через год он переводится в Томск, где с 1898 г. в Императорском университете готовит правоведов юридический факультет.

II Война. Искания

В 1919 г. в Томске Черепяхина настигает Гражданская война. Его мобилизуют в армию Колчака. С учетом его образования Бориса направляют в учебно-инструкторскую школу, затем на фронт рядовым. В начале января 1920 г. Черепяхин переходит в ряды Красной Армии.

Перебежчиком заинтересовалась Особая комиссия по распределению военнопленных при Реввоенсовете 5-й армии. Сохранился препроводительный документ № 321 от 24 января 1920 г. Согласно этому документу Б.Б. Черепяхин направлен в губернский отдел народного образования для использования по специальности¹.

Ю.К. Толстой – один из учеников Бориса Борисовича, затем работавший вместе с ним на кафедре гражданского права Ленинградского государственного университета, пишет о службе Черепяхина в армии адмирала Колчака: «По мобилизации он служил в армии Колчака. Об этом периоде он, по понятным причинам, не очень распространялся, хотя никогда не утаивал этот факт и добросовестно писал о нем в анкетах. Лишь незадолго до кончины в больничной палате, куда он попал в связи с инфарктом, он приоткрыл мне эту сторону своей жизни. В частности, он рассказал, что, предвидя конец, Колчак распустил свою охрану, состоявшую преимущественно из интеллигентной молодежи, чем дал возможность некоторым из них спастись.

Имея такое «пятно» в своей биографии, Борис Борисович уцелел чудом, хотя не раз был на волоске от расправы. Как-то на кафедре он поведал нам, что был вызван на допрос к следователю. Думал, что не вернется. Ксения Францевна, верная спутница жизни, снабдила его запасной парой носков и носовых платков. Спасло Бориса Борисовича то, что вскоре был арестован следователь, который вел его дело»². Во времена «Большого террора» немалую роль играл случай. Можно было быть «чуждым элементом» и остаться в живых, в то время как многие «пламенные революционеры» попадали в жернова репрессивной машины исключительно по конъюнктурным причинам. Например, было репрессировано большинство «красных профессоров».

¹ См.: История и современность: 75 лет Уральской государственной юридической академии. Екатеринбург: УрГЮА, 2006. С. 316–319.

² Толстой Ю. Уроки Черепяхина (1894–1969) // Толстой Ю. Портреты заговорили... М.: Проспект, 2014. С. 131–132.

После занятия в апреле 1920 г. Иркутска Красной Армией Б.Б. Черепахин был зачислен младшим ассистентом в Иркутский государственный университет. Вряд ли он после постоянных передвижений ожидал, что его деятельность в Иркутске будет продолжительной. Действительно, **иркутский период прерывается преподаванием в Перми и Саратове.** 26 июня 1925 г. Борис Борисович был утвержден профессором кафедры гражданского права Иркутского государственного университета.

В 1926 г. в сборнике трудов Иркутского государственного университета выходит очерк с «контрреволюционным» названием «К вопросу о частном и публичном праве». К тому времени такого вопроса уже не было. Его закрыл сам В.И. Ленин: «Мы ничего частного не признаем»¹, — учил он наркома юстиции Д.И. Курского и заодно всю страну. Черепахин отстаивает необходимость деления права на частное и публичное, пытается спорить с пока еще мощным, но уходящим с правового небосвода А.Г. Гойхбаргом и соглашается с набирающим все большую популярность Е.Б. Пашуканисом (оба были репрессированы). Далее Черепахин анализирует взгляды дореволюционных и буржуазных исследователей деления права. Все бы ничего, но на дворе середина 20-х годов. С.С. Алексеев, рассуждая об этом парадоксальном явлении, писал: «Здесь «сработала» не сама по себе счастливо сохранившаяся связь времен, ниточка, протянувшаяся от дореволюционного правоведения, находившегося в начале нынешнего века»². Речь, конечно же, идет о веке XX.

Борис Борисович один из первых обращает внимание на опасность появления хозяйственно-правовых подходов в регулировании имущественных отношений: «За единым названием «хозяйственного» права скрываются совершенно самостоятельные и различные понятия»³. Гойхбарг в этой связи критикуется за отсутствие «понимания строго формальной природы разделения частного и публичного права»⁴.

В 1931 г. юридический факультет Иркутского университета выделяется в отдельный вуз — Сибирский институт советского права.

¹ Письмо В.И. Ленина наркому юстиции Д.И. Курскому от 20 февраля 1922 г. «О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики» // *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 44. С. 401.

² *Алексеев С.С.* Спасибо, Учителю! 100 лет со дня рождения Бориса Борисовича Черепахина // *Черепахин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве / Вступ. ст. С.С. Алексеева. М.: ДЕ-ЮРЕ, 1994. С. 4.

³ *Черепахин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве / Вступ. ст. С.С. Алексеева. С. 28.

⁴ Там же. С. 32.

Черепяхин переходит на работу в этот институт, однако трудится там недолго: ему «вспоминают» прошлое, помимо прочего публикации в частном журнале либеральной направленности «Право и жизнь». Этот журнал выходил с 1922 по 1927 г. Несмотря на столь недолгое существование, для цивилистов журнал «Право и жизнь» и поныне является своего рода кладезем вечных ценностей гражданского права. Как следствие – отстранение от научной и преподавательской деятельности до второй половины 1934 г. Борис Борисович в этот период занимается юридической практикой и пишет, как говорится, «в стол».

В конце 1934 г. Бориса Борисовича приглашают преподавать в Сибирском университете советской торговли, а затем (1937 г.) в Иркутский финансово-экономическом институт.

III Свердловский юридический институт

1 августа 1934 г. Сибирский институт советского права, в котором Борис Борисович работал с 1931 по 1934 г., переведен из Иркутска в Свердловск. В 1935 г. институт получает новое название, соответствующее географическому и территориальному расположению – Свердловский юридический институт (СЮИ). По ходу заметим, что последнее название продержалось дольше всего (с 1937 по 1992 г.). Сегодня это Уральский государственный юридический университет имени В.Ф. Яковлева.

В 1939 г. Борис Борисович Черепяхин переезжает в Свердловск, возглавляет кафедру гражданского права и процесса СЮИ и «становится заместителем директора по научной работе. Борис Борисович не только руководитель кафедры, он ее собирает, и с его именем связана творческая школа правоведов-цивилистов, сложившаяся в 1940–1960 гг. в Свердловском юридическом институте»¹.

«В конце 1944 года он пригласил А.М. Винавера преподавать «романистическую дисциплину». Можно сказать, вернул последнего к активной жизни»², – пишет Б.М. Гонгало, ученик О.А. Красавчикова, который, в свою очередь, был учеником Бориса Борисовича.

¹ *Алексеев С.С.* Борис Борисович Черепяхин // *Черепяхин Б.Б.* Труды по гражданскому праву / Науч. ред. С.С. Алексеев. М.: Статут, 2001. С. 9.

² *Гонгало Б.М.* Есть только одна отрасль права... // Юрист (Астана). 2009. Февраль.

Александр Маркович Винавер был на десять лет старше Бориса Борисовича. Он учился и впоследствии работал в Московском университете под руководством и Сергея Андреевича Муромцева¹, Габриэля Феликсовича Шершеневича² и депутатов Первой Государственной думы и членов партии конституционных демократов. Партии, нелюбимой властью ни до, ни после 1917 г. Более того, с Сергеем Андреевичем он работал как в университете, так и по политической линии, что, конечно же, не могло ему не припомниться в годы советской власти. Винавер был одним из редакторов упомянутого выше журнала «Право и жизнь», преподавал римское и гражданское право в разных вузах Москвы, Ленинграда, Казани, Ташкента. В 1938 г. А. М. Винавер был арестован, освобожден в 1944 г.³

И вот, человека с такой биографией Борис Борисович, не испугавшись последствий, зовет на кафедру гражданского права. Дмитрий Витальевич Мурзин предполагает: «Вряд ли Б. Б. Черепяхин без подсказки Наркомата смог бы узнать, что во Владимирской области проживает недавно освобожденный выдающийся профессор, который так необходим вузу в связи с восстановлением романистической дисциплины. В любом случае, скорость, с какой Б. Б. Черепяхин связался с А. М. Винавером, удивительна. Совершенно очевидно, что Б. Б. Черепяхиным двигало не только желание заполнить вакансию на кафедре, но и мотивы сугубо личного свойства»⁴. Винавер и Черепяхин не были знакомы лично, но хорошо знали друг друга как редактор и автор статей в журнале «Право и жизнь».

Мурзин пишет, как Борис Борисович обустроивает жизнь Винавера: «Архивные документы подробно освещают вопрос о прописке, — быть может, через несколько поколений эти материалы и будут восприниматься как колоритная черта давней эпохи. Если с самим Наркомом юстиции вопрос о переезде Александра Марковича был решен незамедлительно на уровне зам. директора, то ходатайство к начальнику районной милиции, составленное, как очевидно, также Б. Б. Черепяхиным, было подписано уже не им, а самим директором СЮИ.

¹ О Сергее Андреевиче Муромцеве см.: *Крашенинников П. В.* Сумерки империи. Российское государство и право на рубеже веков. М.: Эксмо, 2023. С. 294–308.

² О Габриэле Феликсовиче Шершеневиче см. там же. С. 309–329.

³ Об Александре Марковиче Винавере см.: *Гонгало Б. М.* Право и жизнь Александра Винавера // *Винавер А. М.* Избранное. М.: Статут, 2024. С. (готовится к изданию).

⁴ *Мурзин Д. В.* Об Александре Марковиче Винавере (1883–1947) // *Гражданско-правовые записки: Межвузовский сборник научных трудов.* М.: Статут, 2001. С. 372.

В письме подробно объясняется, что вузу крайне необходим высококвалифицированный преподаватель римского права, поскольку партия и правительство требуют преподавания этой дисциплины. Ссылка на согласие Наркома юстиции, конечно, присутствует. Районный милицейский чин дал согласие на прописку А.М. Винавера в общежитии преподавателей СЮИ»¹.

Мария Яковлевна Кириллова рассказывала, как студенты и аспиранты, затаив дыхание, слушали негромкие лекции Черепяхина, шепотом называя его «дворянином».

В январе 1945 г. Борис Борисович защитил докторскую диссертацию на тему «Добросовестное приобретение права собственности от лица, не имеющего права на его предоставление».

Ю.К. Толстой вспоминает, что на свердловский период приходится расцвет научной и организаторской деятельности Черепяхина. Он по праву считается родоначальником свердловской цивилистической школы, представленной такими именами, как О.А. Красавчиков, С.С. Алексеев, В.С. Якушев, В.П. Шахматов, В.Ф. Яковлев и др.² С.С. Алексеев вспоминал: «Для творчества Б.Б. Черепяхина характерны не только высокая юридическая культура, отточенность и ясность его выводов и теоретических конструкций, но и научное благородство, уважительное отношение к мнению своих коллег, спокойное и терпимое отношение к взглядам тех авторов, с позицией которых он не был согласен»³.

По свидетельству его студентов и аспирантов, Борис Борисович жил в учебном корпусе СЮИ на улице Малышева, д. 2б, который являлся и общежитием. Их комната находилась на третьем этаже рядом с комнатой профессора Винавера и комнатами студентов. Борис Борисович и его супруга Ксения Францевна часто приглашал преподавателей и аспирантов заглянуть на чай. «И там я воочию увидел кусочек домашней дооктябрьской жизни не очень богатой дворянской, профессорской семьи — с ее хлебосольством, долгими неспешными разговорами, предупредительно-вежливым отношением друг к другу»⁴ — вспоминает Василий Степанович Якушев.

¹ Мурзин Д.В. Указ. соч. С. 373.

² Толстой Ю. Уроки Черепяхина (1894—1969) // Толстой Ю. Портреты заговорили... С. 133.

³ Алексеев С.С. Уроки. Тяжкий путь к праву. М.: Юристъ, 1977. С. 15.

⁴ Якушев В.С. Что было, то было... // Воспоминания выпускников и ветеранов. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2001. С. 17.

После войны знания опытных цивилистов понадобились государству. Как утверждает Мурзин, Черепахин активно занимался «законопроектной деятельностью: в связи с планировавшимся принятием Гражданского кодекса СССР была создана «свердловская группа», которой было поручено составить заключение и внести свои предложения по вопросам о защите права собственности, многим договорам, обязательствам из причинения вреда и неосновательного обогащения. Б.Б. Черепахин лично разрабатывал проекты глав о договорах перевозки, хранения, поручения, экспедиции, комиссии, активно полемизировал с самим А.В. Венедиктовым по вопросам приобретательной давности». Примерно в это же время выходят его работы «Виндикационные иски в советском праве» и «Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя».

IV Ленинград

Весной 1952 г., после смерти заведующего кафедрой гражданского права Ленинградского юридического института С.И. Аскназия, Черепахина приглашают в Ленинград. Борис Борисович **переезжает в Ленинград и становится заведующим кафедрой Ленинградского юридического института, а затем деканом юридического факультета и заведующим кафедрой гражданского права Ленинградского государственного университета.** Переезд в северную столицу и административная деятельность обязывали много работать, впрочем, ему было не привыкать. При этом он не прерывал общение со своими свердловскими коллегами. Например, Сергей Сергеевич Алексеев часто приезжал к своему учителю, который ввел его в круг «старорежимных» профессоров.

«Первым заведующим кафедрой гражданского права и первым деканом восстановленного Юридического факультета Ленинградского государственного университета, — вспоминает Ю.К. Толстой, — был А.В. Венедиктов, в 1949 г. удостоенный Сталинской премии за книгу «Государственная социалистическая собственность». Пост декана Черепахин занимает в течение трех лет, а пост заведующего кафедрой — свыше десяти. Как видите, «колчаковское прошлое» не мешало Черепахину занимать довольно крупные административные посты. Поистине, пути Господни неисповедимы»¹.

¹ Толстой Ю. Уроки Черепахина (1894–1969) // Толстой Ю. Портреты заговорили... С. 133.

В ленинградский период жизни Черепяхин наряду с административной работой в сфере права занимался редактированием журналов и разного рода научных сборников статей; и та, и другая деятельность — не очень заметные, но отнимающие много времени и сил. На собственные (авторские) труды практически не оставалось энергии. Зато научное консультирование, советы, руководство по диссертациям осуществлялись в постоянном режиме.

В то время учениками-аспирантами Бориса Борисовича были М.В. Самойлова (кандидатская работа о праве собственности), В.М. Болотников (исследование института исковой давности) и А.К. Кравцов, у которого первым научным руководителем был выдающийся цивилист Я.М. Магазинер.

Умер Борис Борисович 27 августа 1969 г. в Ленинграде.

Будучи выпускником Казанского университета, Черепяхин не только стал продолжателем цивилистической традиции, крупнейшими представителями которой были Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершеневич и другие выдающиеся правоведы. Он сумел пронести сквозь Гражданскую войну, «диктатуру пролетариата» и чудовищные репрессии дух и букву цивилистики. Будучи незаурядным преподавателем, он заронил семена частного права в умы своих студентов, а как выдающийся организатор способствовал возникновению мощнейшей школы правоведов-цивилистов в Свердловске, дальнейшему развитию гражданского права в Ленинграде. Именно о таких людях и писал Некрасов в своем стихотворении «Сеятель»: «Сейте разумное, доброе, вечное...»

П.В. Крашенинников,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ

Б.Б. Черепахин

**К ВОПРОСУ О ЧАСТНОМ
И ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ**

ИЗБРАННОЕ

К ВОПРОСУ О ЧАСТНОМ И ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

I

Старый вопрос о делении права на частное и публичное, а равно и о наиболее удачной критерии их разграничения, приобретает в настоящее время снова большой интерес для нашей русской науки права. Возрождение интереса к этому делению объясняется попыткой к его устранению, которая делается проф. Гойхбаргом¹ и рядом других советских юристов.

Нагиск на традиционное деление приобретает особое значение еще благодаря тому, что вопрос о его бытии или небытии ставится в настоящее время не только в плоскости советского права, но также и применительно к современному буржуазному праву. Критика деления права на частное и публичное исходит главным образом от так называемого хозяйственно-правового направления в новейшей германской цивилистике².

С другой стороны, для защиты интересующего нас разделения дает богатый материал действующее советское право, о чем будет подробно сказано ниже.

Основной тезис настоящей статьи содержит в себе следующие положения.

Деление права на частное и публичное сохраняет свое значение и интерес и в настоящее время, в частности и для нашего советского права. Однако для приведения этого деления в соответствие с действительными фактами правовой жизни, безусловно, необхо-

¹ Хозяйственное право, т. I, изд. 2, стр. 8 и след.; Основы частного имущественного права, стр. 45–53; Очерки преобразования земельного и гражданского права в буржуазных государствах. М., 1925, стр. 15 и др. и в других своих работах.

² См. статьи проф. Агаркова (Право и Жизнь, кн. 5–6 за 1924 г.) и проф. Таля (там же, кн. 9 за 1924 г.).

димо правильное определение критерия разграничения этих двух основных типов правового регулирования. Только при этом условии интересующее нас разделение будет полезным в целях правильного понимания того живого права, которое, непрестанно изменяя свое конкретное содержание, в зависимости от поступательного развития экономики, выливает это свое содержание в более или менее тождественные формы.

Устойчивость формальной стороны в праве при изменяемости его содержания заставляет проводить основные разделения всего правового материала с точки зрения формы, самого способа регулирования правоотношений, а не с точки зрения их содержания, в частности, не с точки зрения тех конкретных интересов, которые затронуты или преобладают в каждом отдельном отношении. Как мы увидим ниже, это в особенности следует сказать о делении права на частное и публичное.

По изложенным соображениям рассмотрению вопроса о ценности деления права на частное и публичное применительно к современному советскому праву будет предпослан краткий схематический разбор теорий разграничения вместе с установлением наиболее правильного и целесообразного критерия этого разграничения.

Не претендуя на полноту изложения истории вопроса и по возможности отвлекаясь от отдельных теорий в их индивидуальном очертании, этот очерк должен обрисовать лишь основные течения научной мысли по вопросу о делении права на частное и публичное.

Только по установлении определенной точки зрения на самое разделение и его критерий будут подвергнуты критической оценке вышеупомянутые попытки к его устранению на основе добытых результатов исследования вопроса о критерии для разграничения, а также анализа некоторых постановлений действующего советского права.

Заканчивая настоящие вступительные замечания, необходимо отметить, что за сохранение традиционного деления в советской правовой литературе высказался ряд авторов, уделивших этому вопросу более или менее серьезное внимание. Особенно интересны в этом отношении рассуждения Пашуканиса¹ в его книге «Общая теория права и марксизм».

¹ *Берман*. Марксизм и Гражд. Кодекс. — Советское право. 1922. № 3; *Александровский*. Очерки гражданского права РСФСР, стр. 1 и 2; *Стучка*. Классовое государство и гражд. право, стр. 34; *Пашуканис*. Общая теория права и марксизм, стр. 67 и сл.

II

Уже с очень давних времен частное право противопоставляется праву публичному. Со времени римских юристов классического периода это деление становится прочным достоянием юридической мысли. Однако и по настоящее время не достигнуто единогласия в решении основного вопроса: где же именно следует искать критерий этого разграничения.

Несмотря на многообразие и пестроту различных теорий, попытки отыскания подобного критерия допускают сведение их к нескольким основным направлениям, допускают построение определенной схемы теорий.

* * *

Представители одной группы теорий при отыскании критерия разграничения частного и публичного права исходят из самого *содержания* регулируемых отношений, обращая внимание на то, *что* регулирует та или иная норма права или их совокупность, что из себя представляет содержание того или иного правоотношения. Выставляется, таким образом, *материальный критерий* разграничения.

Другие смотрят на самый способ, прием регулирования или построения тех или иных правоотношений, на то, как регулируют те или иные нормы, как строится то или иное правоотношение. В основу разделения кладется формальный критерий.

Нет необходимости указывать, что некоторые теории укладываются в названные две основные группировки лишь с некоторой натяжкой, иногда, на первый взгляд, довольно значительной. Эта схема, как и всякая другая, представляет собою прокрустово ложе, которое заставляет отсекал индивидуальные черты и видовые отличия, останавливаясь лишь на основных чертах каждой группы теорий.

Однако при внимательном уяснении сущности и основного содержания некоторых таких отклоняющихся теорий их отнесение к той или другой группе удастся сделать без сколько-нибудь значительных затруднений. Отклонение этих теорий от одного из двух указанных выше основных направлений оказывается по большей части лишь чисто внешним, поверхностным.

Забегая вперед, необходимо отметить, что таково, например, отношение теории Петражицкого (деление права на социально-служебное и лично-свободное) к прочим материальным теориям и большинства субъектных теорий к формальным.

* * *

Материальные теории. Представителей материального критерия разграничения частного и публичного права можно, в свою очередь, разбить на две основные группы.

При постановке вопроса, *что* именно регулируют нормы частного и нормы публичного права, одни ученые понимают этот вопрос в смысле: *чьи* интересы, блага, чью пользу имеют в виду те или иные нормы.

Эта точка зрения является древнейшей попыткой разрешения вопроса, она имеет на протяжении истории развития правовой мысли весьма многочисленных сторонников. Ее придерживались еще Аристотель и Демосфен. Из римских юристов классического периода ее развил и отчетливо формулировал Ульпиан:

«*Omne jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*»¹.

Правовая мысль долгое время довольствовалась тем определением различия между публичным и частным правом, которое содержится в этом знаменитом отрывке: публичное право — это то, которое имеет в виду пользу (благо, интересы) государства как целого («*ad statum rei romanae spectat*»), а частное право — то, которое имеет в виду интересы, пользу отдельных лиц, индивида как такового.

Из представителей этой группы, непосредственных последователей Ульпиана, можно отметить К.Ф. фон Савиньи, Аренса, Меркеля, отчасти Дербурга, а среди русских ученых — Шершеневича². Как мы увидим ниже, очень близко соприкасаются с этой группой проф. Петражицкий и его последователи в этом вопросе.

В настоящем кратком, схематическом обзоре отдельным особенностям во взглядах названных авторов и других, относящихся к тому же направлению, не может быть уделено специального внимания. Впрочем, это едва ли было бы целесообразно, так как задачей настоящего очерка является не пересказ отдельных теорий, но критический их разбор применительно к заложенным в них основным мыслям.

¹ L. 1 § 2 Dig. *justitia e jure*. 1. 1.

² *C. F. von Savigny*. System des heut röm. Recht», Bd. I. (1848), S. 23; *Dernburg*. Pandekten, 1, § 21; *Merkel*. Juristische Enzyklopädie, 2. Aufl. (1900); *Ahrens*. Naturrecht; *Шершеневич*. Общая теория права, III.

* * *

Против этой группы материальных теорий выдвигаются следующие возражения.

Отмечается, что и нормы частного права имеют значение в деле защиты публичных интересов. Всякое право может быть сведено к публичному интересу, если взять не изолированное отношение, а всю совокупность однородных отношений, тот или иной юридический институт. «Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого, — говорит И.А. Покровский, — и, тем не менее, все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество. И тем не менее, такой контракт бесспорно принадлежит к области права частного, а не публичного»¹.

Действительно, так называемые частноправовые отношения казны или наших государственных предприятий, имея в виду служение публичному интересу, относятся, тем не менее, к частному праву. В этом последнем случае нормы частного права имеют *непосредственное* значение для защиты публичного интереса. В первом случае — в отношении отдельных частноправовых институтов мы имеем дело с *отраженным* значением частного права для публичных интересов.

С другой стороны, и нормы публичного права служат непосредственно или отраженно интересам отдельных частных лиц. В виде примера можно взять правовую организацию таких публично-правовых институтов, как суд, милиция и т.п. Несомненно, эти учреждения служат интересам отдельных лиц, обращающихся к ним за помощью и защитой, в некоторых случаях непосредственно, в других — отраженно, путем создания устойчивого правопорядка.

* * *

Близко примыкает к разобранной теории взгляд проф. Петражицкого, изложенный им во 2-м издании его «Теории права», именно его деление права на лично-свободное и социально-служебное.

В полном соответствии со своими взглядами на право вообще решение вопроса о разграничении частного и публичного права Петражиц-

¹ Основные проблемы гражданского права, стр. 7.

кий переносит в область индивидуальных психических переживаний управомоченного лица.

Если субъект считает себя управомоченным в общем интересе, на благо подвластных или социальной группы – мы имеем дело с социально-служебным правом; если же в своем личном интересе – перед нами лично-свободное право.

Таким образом, для этой теории решающим является то или иное направление сознания субъекта. Следовательно, одно и то же правоотношение может попасть в область частного или публичного права в зависимости от настроения управомоченного лица. Отсюда, последовательно рассуждая, если предприниматель как обладатель лично-свободного права признает себя обязанным заботиться о благе своих служащих и рабочих, то и отношение его к ним будет носить социально-служебный, т.е. публично-правовой характер. Нечто подобное признает и сам Петражицкий в указанном труде¹. Также и обратно, если обладатель социально-служебного права власти осуществляет его своекорыстно, мы будем иметь лично-свободное, т.е. частноправовое, отношение. Петражицкий говорит: «...но это сознается как злоупотребление, как действие вопреки нормальной правовой совести», хотя на самом деле здесь перед нами будет злоупотребление все же не частным, а публичным правом.

Эти два примера ясно вскрывают внутреннее противоречие теории Петражицкого, обусловленное неправильностью основных исходных утверждений автора, его индивидуально-психологического построения права².

Теория лично-свободного и социально-служебного права в конечном счете приводит к той же материальной теории, разграничивая частное и публичное право в зависимости от того, *чьи* интересы имеет в виду то или иное правоотношение, рассматриваемое с точки зрения его субъекта. Здесь мы имеем, в сущности говоря, ту же теорию Ульпиана, только взятую под углом зрения психологической теории права. При этом если в формулировке Ульпиана теория интересов, благ носит объективный характер, то в формулировке Петражицкого та же теория носит характер субъективный.

¹ Теория права, т. II, 2-е изд., стр. 727 и сл.

² *Кистяковский*. Социальные науки и право (1916), стр. 288 и сл., ранее – *Палиенко*. Учение о существе права и правовой связанности государства (1908) – указали на индивидуалистический характер как на основной недостаток психологического понятия права у Петражицкого.

Для Петражицкого важно не то, каково объективное предназначение того или иного института, а лишь то, как преломляется этот институт в сознании управомоченного субъекта.

Взгляд Петражицкого на разграничение частного и публичного права был воспринят в несколько измененном виде П.Е. Михайловым¹ и В.Н. Дурденевским². Последний говорит: «...публичные права могут осуществляться только на благо подвластных или социальной группы, частные права могут осуществляться в интересах их обладателя. Первые являются социоцентрическими, вторые – эгоцентрическими. Первые имеют общим центром интерес общества, общественное благо, вторые не имеют единого центра, так как направлены они на интерес отдельного субъекта, частного лица».

Как говорит М.М. Агарков³, это понимание теории Петражицкого является незаметной подменой Петражицкого Ульпианом, «возрождением в подновленном виде самой старой теории в этом старом вопросе, теории, разграничивающей общественный и частный интерес».

Следует признать, что у В.Н. Дурденевского теория интересов приобретает снова объективный характер, и в этом смысле можно согласиться, что В.Н. Дурденевский ближе к Ульпиану, чем Петражицкий. Но вместе с тем и у самого Петражицкого очень много общего с Ульпианом. Отсюда и проф. М.М. Агарков⁴, приняв с некоторыми исправлениями теорию лично-свободного и социально-служебного права, также оказывается причастным к этому подновлению Ульпиана.

По изложенным соображениям против теории Петражицкого и его последователей, кроме сделанных выше специальных возражений, может быть *mutatis mutandis* приведено также и то, что было выставлено против всей группы теорий, разграничивающих публичное и частное право в зависимости от того, *чьи* интересы охраняют те или иные нормы, *чьи* интересы затронуты в том или ином правоотношении.

¹ Новое учение о публичном и частном праве. – Юрид. записки. 1912, кн. IV.

² Субъективное право и его основное разделение» (статья в сборнике О-ва Исторических, Философских и Социальных наук при Пермском Университете, вып. I – 1918 г., стр. 96 и сл.

³ Ценность частного права (1920 г.), стр. 12.

⁴ Цит. соч., стр. 12 и сл.

Как мы увидим ниже, Петражицким в более раннем его труде¹ был высказан другой взгляд на разграничение частного и публичного права, было предложено разграничение по признаку централизации или децентрализации правового регулирования.

Сам автор считает эти две свои теории различными выражениями одной и той же мысли. Однако, как правильно показал проф. М.М. Агарков²: «...нельзя не усмотреть, что деление права по этому признаку (централизации и децентрализации) не совпадает с делением по признаку социального служения... И в частном, лично-свободном праве могут иметь место централизованные отношения».

* * *

Другая группа сторонников материального критерия ставит вопрос, *какие* интересы защищают те или иные нормы права — имущественные или личные.

Задавая этот вопрос, наиболее последовательны Шлосман³ и Кавелин⁴. Они предлагают, в сущности говоря, особое деление, выделяя категорию имущественного права, охватывающую как имущественные отношения частных лиц, так равно и имущественные отношения государства и других публично-правовых образований. Для этих ученых, собственно, вместо противоположения частного и публичного права встает противоположение прав имущественных и неимущественных.

С формально-методологической стороны против такого разграничения возражать не приходится, однако практическая ценность предложенного деления более чем сомнительна. Оно объединяет материально слишком разнородное (имущественные права частных лиц и, например, налоговое право) и разъединяет слишком тесно связанное между собой (очень во многих правоотношениях имеется тот и другой элемент, например в авторском праве), чтобы выдержать оценку с точки зрения целесообразности. Такая классификация отнюдь не может облегчать изучение права и его применение на практике.

¹ Die Lehre vom Einkommen, Bd. II, S. 462 ff.

² Цит. соч., стр. 11 и сл.

³ S. Schlossmann. Vertrag, S. 206 (a) u.f.; также *Sohm* в 7-м и 8-м издании своих «Institutionen».

⁴ Кавелин. Права и обязанности по имуществам и обязательствам. 1879, стр. 2—6.