

Раздел 1. ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Глава 1

ГЕНЕЗИС ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

1.1. Истоки и концепция римского публичного права

Право, в силу своего исторически подтвержденного общественно значимого предназначения в качестве важного регулятора и стабилизатора политической, экономической и социальной жизни любого государства, нуждается в непрерывном и объективном исследовании его корней и истоков в виде предшествовавших современным правовым теорий, а также в изучении опыта их отражения и эффективности использования в современном законодательстве и правоприменительной практике.

Столь полезной стабилизирующей ролью для жизни общества и государства право во многом обязано своим в позитивном смысле этого слова консерватизмом, а также обусловленной им преемственностью собственного развития. Не является исключением в этом смысле для российского государства и публичное право.

После долгого советского периода полного отторжения и многолетнего забвения именовавшегося буржуазным и классово чуждым для социалистического государства дореволюционного публичного права реально только с начала 1990-х гг. у российских правоведов вновь появилась полноценная возможность объективного изучения всего массива архивных документов, законодательных актов и научных трудов по истории развития европейского и российского публичного права.

Концептуальным и содержательным источником формирования в правовой системе дореволюционной России публичного права является *полицейское право* — важнейшая в XIX в. комплексная отрасль юриспруденции и государственного управления, возродившая в Европе после феодального Средневековья римские традиции публично-правового регулирования.

По своему предмету и областям регулируемых отношений полицейское право объединяло тогда целый ряд современных аналогов самостоятельных отраслей и подотраслей права и законодательства:

государственного, административного, муниципального, финансового, трудового, семейного, общесудебного, уголовного, процессуального, исполнительного.

Термин «полиция» происходит от греческого *polis* или *poliz* (сначала в значении «город», позже — «государство»). По определению Аристотеля, именно полисы, как особая форма социально-экономической и политической организации общества, были колыбелью государственности и сосредоточением *государственного управления* (от греч. *politeia*). Следовательно, на протяжении большей части истории человеческой цивилизации, со времен Древней Греции и Древнего Рима, термин *politeia* и *politia* означал вовсе не милитаризованную ветвь аппарата государственного принуждения, а систему управления государственными делами в целом. Узкое значение современной полиции это понятие приобрело лишь к концу XIX в.

Первоначальной функцией городов-государств Древнего мира была защита от внешних угроз, обеспечение внешней безопасности, или «внешнего управления», то есть *политики* (от лат. *politia*). По мере развития государственности и централизации власти гораздо активнее стали развиваться уже функции по обеспечению внутренней безопасности городов-государств, или «внутреннего управления», то есть *полиции* (от лат. *policia*).

Разграничение римского права на частное и публичное

Впервые в истории европейской цивилизации практическое обособление норм права и правовых знаний от религиозных норм, то есть секуляризация права (от лат. *saecularis* — мирской, светский), произошло в период Римской империи в связи с ослаблением влияния политеистической государственной религии и распространением христианства по всем римским провинциям.

Предположительно в I—II вв. н.э. естественное античное римское право было постепенно разграничено на частное (лат. — изначально *jus privatum*, позже *jus civile*) и публичное (от лат. *jus publicum*). В условиях отсутствия тогда какой-либо теории права (в современном понимании) привилегией занимавших, как правило, высокие государственные должности римских юристов (преторов, префектов, магистратов) было делегированное императорами право интерпретировать, толковать и комментировать нормы права. Главными толкователями законов, обосновывавших в своих трактатах, речах, комментариях и судебных решениях необходимость новой системы права, традиционно считаются римские юристы Юлий Гай (II в.), Папиниан (II—III вв.), Юлий Павел (II—III вв.), Ульпиан (II—III вв.) и его ученик Модестин (II—III вв.).

Наиболее известными и цитируемыми из них в частном и публичном праве соответственно стали префект претория Эмилий Папиниан (от лат. *Aemilius Papinianus*, 150—212 гг.), казненный императором

Каракаллой за отказ обосновать с точки зрения права и оправдать его братоубийство, и помощник и ученик Папиниана Гней Домитий Ульпиан (от лат. *Domitius Ulpianus*, 170—223 гг.), позже также занимавший высокие должности в Римской империи.

В 426 г. сочинениям Гая, Папиниана, Павела, Ульпиана и Модестина как основоположников новой системы римского права Законом о цитировании императоров Феодосия II и Валентиниана III была придана обязательная юридическая сила законов.

Частное право регулировало имущественные отношения по вещным правам и обязательствам между частными лицами. Его положения могли быть изменены соглашением сторон. Защита прав и интересов сторон имущественных отношений перестала тогда осуществляться в форме легисакционного процесса, а перешла к исключительно судебному порядку на основе формулярной процедуры и преторской юстиции.

Публичное право регулировало отношения между государством и частными лицами. Его нормы, освобожденные от влияния религиозных догм и правил, содержали юридические обязанности, требования должного поведения и запреты, которые были обязательны для всех римских граждан и неграждан и не могли быть изменены соглашением индивидуумов (частных лиц). Кроме того, в отличие от частноправовых деликтов, дела о публичных правонарушениях римских граждан в зависимости от степени их общественной опасности решались как единолично уполномоченными должностными лицами — магистратами (за мелкие публично-правовые нарушения), так и в судебном порядке — в рамках магистратно-комического процесса или коллегий присяжных (за преступления).

Предмет, система и метод римского публичного права

По Ульпиану, *публичное право относилось к положению римского государства и являлось юридической формой регулирования основных начал государственного устройства, правового положения государства, статуса его органов и правоотношений государства с частными лицами*. Нормы публичного права в Римской империи охраняли интересы общества в целом и имели своим *предметом* следующие сферы отношений:

- отношения по формированию правовых основ римского государства и правового положения органов государственной власти;
- отношения по функционированию структуры власти, регламентации государственной службы и назначения на государственные должности;
- отношения римского государства и его органов с частными лицами, определение дееспособности и правоспособности римских граждан, включая сам институт гражданства;

- отношения римского государства с отмирающей политеистической религией и активно развивающимся христианством (легализованным в 313 г.);
- отношения по управлению и контролю со стороны римского государства за завоеванными подконтрольными территориями;
- отношения в сфере налогообложения в виде централизованного сбора налогов с провинций Римской империи;
- отношения Римской империи с соседними государствами;
- отношения по защите государством римских граждан от наиболее общественно опасных публичных деликтов — преступлений — посредством установления их понятия и видов, ответственности за их совершение и видов наказаний;
- сферу организации судопроизводства, установления его правил, форм судебного процесса, полномочий судебных и внесудебных субъектов публично-правовой юрисдикции, положений о доказательствах и доказывании, правилах представительства и т.д.

Приведенный перечень общественных отношений, регулируемый римским публичным правом в период его нормативного оформления с I по VI в. н.э., стал «прародителем» будущей предметной классификации и группировки его новых норм в современную *систему публичного права* по мере развития отраслей государственного, административного, финансового, уголовного, процессуального и международного публичного права соответственно.

Одновременно труды римских ученых — юристов можно считать научной первоосновой для формирования спустя столетия, уже в XIX и XX вв., доктринальных положений концепции современного публичного права в рамках новых *отраслей правоведения* — теории и истории государства и права. В Российской империи первыми серьезными исследователями теории и истории публичного (полицейского, общественного) права были В. Н. Лешков, И. Е. Андреевский и М. М. Шпилевский¹.

В юридической науке существует много версий и мнений относительно критерия (критериев) деления права на публичное и частное. На заре предметного обособления и формализации римского публичного права основой их разграничения, по версии Ульпиана, был критерий пользы (или *интереса*). В соответствии с данным критерием *частное право относилось к пользе римских граждан как индивидуумов* и обеспечивало реализацию их частных интересов, а *публичное право обеспечивало общественные интересы* и пользу для государства как союза римских граждан.

Позже господствующей стала теория, согласно которой критерием разграничения частного и публичного права является *метод* правового регулирования. Для частного права основополагающим стал *диспози-*

¹ Подробнее см. п. 1.3 настоящей главы.

тивный метод регулирования (основанный на юридическом равенстве сторон частноправовых отношений), а для публичного права — *императивный* метод регулирования (основанный на власти и подчинении сторон публично-правовых отношений).

Принципы римского публичного права

В процессе обособления от частного права и первичного формирования доктринальных положений публичного права ученые юристы Римской империи заимствовали и распространили на сферу регулирования публично-правовых отношений многие принципы (от лат. *principium* — основное правило, руководящая идея) предыдущего античного права в целях сохранения преемственности с традициями юриспруденции республиканского периода истории Древнего Рима. Не затрагивая частноправовых принципов свободы, развития, гармонии и других принципов регулирования имущественных отношений между индивидуумами (частными лицами), публичное право восприняло общеправовые принципы, влияющие на регулирование отношений римского государства со своими гражданами. Важнейшими среди них стали принципы консенсуса и справедливости, консерватизма и стабильности права.

Принцип консенсуса сформировался в начальный период Римской республики как выражение и результат неписаного социально-политического договора на основе общего согласия (от лат. *consensus*) граждан Рима о признании необходимости существования и легитимации государства и права как общепризнанной юридической формы устройства жизни римского общества и решения всех правовых вопросов его существования.

Понятие «справедливость» в Древнем Риме имело два значения: нравственное (от лат. *aequitas*) и правовое (от лат. *justitia*). Ульпиан называл *принцип справедливости* высшим принципом права и определял его следующей формулой: «Существо права — честно жить, не вредить другому, воздавать каждому свое». Понимание принципа справедливости как добросовестности транспонировалось в период принципата из частного права в публичное и прижилось там применительно к оценке поведения римских граждан в их отношениях с государством. По мере движения к преобразованию Римской империи в абсолютную монархию (доминат) и постепенного отказа от республиканских традиций законотворчества римские юристы стали руководствоваться также *принципом целесообразности* в оценке норм права и их применения.

Взаимосвязанные друг с другом *принципы консерватизма и стабильности* сохраняли в разной мере свое значение для римского права вплоть до полного упадка Великой, позже Западной, а потом и Восточной Римской империи. На практике *принцип консерватизма* находил свое воплощение в традиционном уважении римлян (и особенно рим-

ских юристов) к принятым ранее нормам, в признании незыблемости важнейших институтов государства и права и важности сохранения их общественной и социальной роли.

Принцип стабильности предусматривал неприемлемость каких-либо серьезных законодательных нововведений, изменяющих или тем более разрушающих существующие институты римского государства и нормы права. На практике, однако, этот принцип не имел значения абсолютного запрета на коррективы законов. В силу объективной необходимости в периодическом обновлении устаревших норм или восполнении по мере изменения общественных отношений пробелов (правовых лагун) в римских законах ведущим юристам Римской империи было предоставлено право толкования и разъяснения действующих норм и практических казусов, а также возможность разработки новых норм без отмены старых путем внесения дополнений в законы (эдикты). Такие в определенной мере искусственные приемы юридической техники античных юристов обеспечивали стабильность римского права. Возродилась эта юридическая практика в XIX в. в ходе становления и активного формирования нового законодательства европейских государств и Российской империи. Используются эти приемы и в современной российской практике нормотворчества.

В отличие от римского частного права, римское публичное право в Средние века не имело такого большого значения для правовых систем европейских государств. С развалом и дроблением на множество самостоятельных субъектов огромной территории Римской и затем Византийской империй уже в раннефеодальной средневековой Европе публичное право забывается, в то время как римское частное право заимствуется многими другими более поздними государствами¹.

1.2. Забвение публичного права в средневековой Европе и его возрождение

В условиях средневекового феодализма рассматриваемая нами «западная» цивилизация уже не разграничивала право на частное и публичное. В отличие от сформировавшегося еще в античный период истории Древнего Рима и продолжавшего использоваться частного права, публичное право вплоть до XVIII в. если и существовало, то, скорее, как отдельные разрозненные течения политико-философской теории.

Рескрипты, указы и регламенты в Средние века были не столько актами публичного права, сколько актами власти (правления, управления) суверенов в пределах соответствующих подконтрольных

¹ Этот процесс заимствования правовых принципов, положений, институтов и норм принято называть рецепцией. Рецепция римского частного права сыграла ключевую роль в развитии романо-германской и производных правовых семей и легла в основу развития европейской гражданско-правовой науки.

им территорий. В период феодальной раздробленности проблема соотношения и взаимосвязи интересов власти и личности вновь (как и в греческом античном мире) локализовалась на уровне внутренней организации жизни городов.

Первые признаки возрождения в Европе правовых форм регулирования публичных «постфеодальных» отношений появились в классическом Средневековье XII—XIII вв. В условиях перманентных междоусобных войн и насилия решением проблемы обеспечения общественного (публичного) порядка и безопасности людей стали пришедшие на смену архаичным обычаям и феодальным договорам *жалованные грамоты* суверенов (королей, герцогов, князей) и *городские хартии* с «привилегиями» на право самоуправления в городах для обеспечения публичного порядка, развития торговли и ремесел, взаимной помощи и защиты мирных горожан от набегов и грабежей соседей-феодалов и банд их наемников.

Эта забытая в Европе за тысячу лет древнеримская практика наделения монархами своих подконтрольных территорий публично-правовыми полномочиями способствовала активизации борьбы с произволом поместных феодалов и постепенному государственному-объединительному процессу. В Российской империи эта практика, но уже скорее в целях увеличения малочисленного городского сословия и его покровительства, была применена спустя столетия Екатериной II, издавшей *Грамоту на права и выгоды городам 1785 г.*

По мере формирования новых городских правил управления и их регламентации, упорядочения и развития организации городской жизни на романо-германских землях грамоты вольных городов постепенно превращались в подобие городских конституций. Каждая из существовавших крупных городских общин средневековой Европы имела свое вече, собственные войско и ополчение, свои герб и казну, из которой делались отчисления за «покровительство» городам со стороны центральной власти, а также на содержание полиции как основного субъекта муниципального управления.

Тогда же появляются первые примеры заключения «международных» публичных договоров между крупными европейскими купеческими городами, которые заключали союзы для взаимной защиты торговли, обеспечения общего коммерческого интереса и безопасности торговых путей. Например, Ганзейский союз (от *Hanse* — в древнем. «группа, отряд»; в среднем. — «общество купцов, торговая гильдия»), образованный из нескольких северогерманских городов в конце XII в., который в XV в. расширился до почти 200 участников этой публично-правовой договорной конфедерации торговых городов-государств на территории восьми современных стран Северной и Центральной Европы — от Эстляндии на востоке до Нидерландов на западе.

Город давал жителям относительную личную свободу и безопасность, но подчинял их поведение строжайшей полицейской регла-

ментации, в том числе посредством подробной формализации правил должного поведения, системы норм-запретов и контроля за их соблюдением.

В позднем Средневековье наиболее отчетливо тенденции «профессионализации» органов публичного управления в городах проявились в германских землях, в том числе благодаря более широкому, чем на других европейских территориях, регламентированию полицией различных сфер жизни людей и функционирования местной власти. Все публичные функции, включая меры безопасности, обеспечения порядка и благоустройства — то есть «полиция» в ее широком значении — были развиты и формализованы в германских городах до крайности.

По мере централизации власти монархов в качестве нового способа внутреннего управления делами государства в Западной Европе XVI—XVII вв. постепенно формируется правовой и организационный механизм полицейской деятельности в виде системы профессиональных учреждений публичной власти преимущественно надзорного, правоохранительного и юрисдикционно-карательного предназначения.

В процессе движения к *абсолютизму* в Европе — и в России в частности — монаршая власть, помимо изначальной функции обеспечения общественной безопасности и порядка, пресечения преступлений, а также надзора, постепенно наделяла полицию все новыми функциями, распространяя ее деятельность на большинство сфер общественной и даже частной жизни.

Так, регулирующая и контрольная деятельность полиции стала распространяться на казенное имущество, муниципальную и коммунальную сферу, кредитные учреждения, торговлю, транспорт и почтовую связь, сельское хозяйство, ремесленное и промышленное производство, народное образование и регулирование семейных отношений и даже на соблюдение церковных правил и пристойное поведение в храмах.

В России полиция как самостоятельное государственное учреждение с заимствованным из западноевропейской практики названием возникла в 1718 г., когда в Санкт-Петербурге Петр I ввел должность генерал-полицмейстера, а полицмейстерской канцелярии был придан статус присутственного места по делам полиции (то есть органа публичного управления). Уже через год наряду с городской полицией в России образуется земская полиция. Первоначально в обязанности полиции были вменены прежде всего задачи охраны безопасности и общественного порядка.

Достаточно быстро по западноевропейскому примеру сфера деятельности полиции была существенно расширена. Так, в Регламенте Главному магистрату 1721 г., определившем задачи полиции в Российской империи, сфера ее деятельности была установлена столь широко, что охватывала практически и все внутреннее управление, и «благоусмотрение», и судебные функции.

По мнению авторитетного дореволюционного ученого-полициста Ивана Трофимовича Тарасова, в период с 1721 по 1775 г. в силу постоянного изменения «воззрений законодательства на полицию как на учреждение и задачу... в отношении к подчиненности, формам сношений, кругу органов, сфере деятельности и характеру власти, полиция... успела присвоить себе одно время даже законодательную власть, издавая общеобязательные уставы».

Начиная с конца XVII и весь XVIII в. полицейская деятельность как обширная сфера публичного управления всеми внутренними делами государства долгое время рассматривалась европейскими учеными не с точки зрения юриспруденции и задач определения для нее правовых границ, а в целях философско-исторического осмысления реализации в государственном управлении патерналистской «идеи об общем благе».

В Европе эта идея уже в виде сформулированной теории получила распространение в рамках философской и естественно-правовой школы Христиана фон Вольфа (1679—1754) — сторонника просвещенной монархии.

Согласно вольфианскому социально-философскому учению, «благоденствие государства состоит в наслаждении имеющимися в достатке средствами существования, в спокойствии и безопасности». Задача государства в этой связи сводилась к содействию достижения общего блага народа (прежде всего Вольф имел в виду «преуспевание» бюргерского среднего класса как социальной основы государства). В свою очередь, основной и естественный закон поведения людей в целях обеспечения «общественного счастья» Вольф определял как необходимость ограничения прав индивидов и наделения их лишь такой мерой свободы, которая нужна для исполнения ими своих социальных обязанностей перед государством во имя обеспечения общего блага.

Тогда же в европейских странах получила развитие и так называемая *камеральная наука* (*Cameralistik*). В начале XVIII в. во Франции и в германских землях (прежде всего в Пруссии) камеральные науки именовались также *учением о полиции*. В дословном переводе с латинского *camera* означает «комната, покой». В русском языке Владимир Даль выделял следующие значения этого корневого слова: применительно к государственной службе — «придворный, состоящий при покоях (при дворе) государя»; применительно к деятельности (камералистика) — «сбор сведений о государственной службе, о государственных финансах и так далее»; применительно к наукам (камеральная наука) — «наука внутреннего управления».

Камералистика явилась прообразом науки о государственном управлении и отражала характерные для того времени представления о закономерностях, правилах, формах и методах публичной власти и управления в условиях не ограниченного правом монархического государственного устройства.

В абсолютных монархиях постфеодальной Европы полиция по воле государей имела всеобъемлющие полномочия по обеспечению порядка и безопасности, а также по регулированию и контролю экономической жизни, выполняя и нормотворческие, и фискальные, и судебные функции. Такое государственное устройство, получившее наибольшее распространение в германских землях, позже в науке начала XIX в. стало определяться термином «полицейское государство» (Polizeistaat).

Кстати, по мнению известного дореволюционного историка и государствоведа Михаила Флегонтовича Владимирского-Буданова, Петр Великий еще в первой четверти XVIII в. во имя «общего блага» создал в России «полицейское государство в самом строгом смысле слова: оно приняло на себя заботы даже в маловажных потребностях подданных, особенно в сфере экономической и бытовой, регламентируя их».

Первоначально камеральное *учение о полиции* появилось во Франции (в которой раньше других европейских стран теория «полицейского управления» государственными и общественными делами получила наибольшее развитие и нашла себе наилучшую в тот период почву), а уже затем в Германии. Общеизвестными отцами — основателями камеральной науки о полиции считаются Никола Деламар (1639—1723) во Франции, Иоганн Генрих Готтлиб фон Юсти (1700—1771) и Иоганн-Стефан Пюттер (1725—1807) в Германии и Йозеф фон Зонненфельс (1732—1817) в Австрии.

Так, в «Трактате о полиции» (1722) комиссар парижского замка-тюрьмы Большой Шатле Никола Деламар впервые сформулировал теоретические основы полицейской науки, призванной изучать систему управления всеми внутренними делами государства, структуру и задачи государственных органов и административных служб, а также пути и средства улучшения их работы.

Важным «катализатором» поступательного развития камеральной науки об управлении государством в континентальной Европе, а позже и выделения на ее основе политологии и публичного права, послужили в эпоху Просвещения сначала теория общественного договора и идея разделения властей англичанина Джона Локка (1632—1704), а позже и заимствованные у Локка либеральные идеи французского философа, правоведа и писателя Шарля Луи де Монтескье (1689—1755). Их схожее понимание будущей европейской модели «правового государства» в форме конституционных монархий в условиях начавшего активно развиваться на континенте по примеру Англии буржуазного общества нашло наиболее полное отражение в главном труде Монтескье «О духе законов» 1748 г. в виде идей:

- о свободе индивида как залого общественного развития;
- о разделении властей на законодательную, исполнительную (во главе с монархом) и судебную;

- о верховенстве права в государстве, где соблюдение законов служит прежде всего гарантией прав и свобод человека и гражданина;
- о свободе и конкуренции предпринимательской деятельности и невмешательстве государства в экономику и т.д.

Творчески развитая и конкретизированная Монтескье теория разделения властей Локка оказалась более востребованной применительно к континентальным европейским реалиям и со временем стала ассоциироваться с именем прежде всего французского философа.

Закат эпохи камеральной науки в Европе связан с работами ее наиболее известного последнего авторитета — государствоведа, историка и экономиста Лоренца фон Штейна (1815—1890), опубликовавшего в Штутгарте в 1866—1884 гг. свой знаменитый восьмитомный труд «Теория государственного управления». В отличие от большинства «ранних» камералистов Штейн отказался от признания абсолютных монархий идеальной формой организации государства и под влиянием Гегеля стал различать понятия «государство» и «гражданское общество» (закономерным результатом развития которого и является государство).

Тем не менее в лучших традициях камералистики, но уже с учетом итогов Великой французской революции, Штейн переориентировался на конституционную («надклассовую») монархию (в качестве образцового государства), идеализируя ее и утверждая, что именно при такой форме правления «государство есть союз людей как единое, свободное, самоопределяющееся целое» и единственный гарант социальной справедливости.

По утверждению Штейна, в условиях конституционной монархии «начала власти» органически сочетаются с «началами свободы». Достигается это с помощью разделения властей на монархическую, законодательную и правительственную (исполнительную). Все основные задачи по управлению государством реализуются в деятельности правительственной власти (органов управления): и правосудие, и государственное хозяйство (финансы), и внутреннее управление.

К принудительной деятельности правительственная власть прибегает для устранения «опасностей», которые возникают во всех трех сферах (судебной, финансовой, внутреннего управления), поэтому каждая из них имеет свою полицию. Таким образом, теория Лоренца фон Штейна, по сути, отождествляла государственное управление с государственным устройством и стала отражением камеральных идей на последней стадии существования этой универсальной науки, аккумулировавшей европейский опыт формирования буржуазного государственного строительства в политической, экономической, управленческой и правовой сферах.

По мере трансформации общественного устройства европейских государств от абсолютизации власти как охранителя и попечителя

«общего блага» к идеям *конституционализма*, правового государства и разделения властей, к признанию буржуазных ценностей и прав личности, ограничению власти законами и формированию профессиональной судебной системы новое теоретическое осмысление этих процессов привело к окончательному упадку камеральной теории.

Ей на смену в политической сфере пришла также забытая в Средние века (не считая разве что Макиавелли) и быстро стала модной *политология*, то есть наука о политической власти, о закономерностях и особенностях развития политических отношений и процессов, функционирования политических институтов и систем, политического поведения и деятельности людей и их лидеров в различных цивилизационно-культурных и временных измерениях.

В юридической сфере место общего камерального учения об управлении государством заняло *полицейское право* как комплексная отрасль возродившейся в Европе конца XVIII в. и начавшей формироваться тогда европейской (континентальной) публично-правовой науки новейшего времени. В отличие от политологии (как науки о политической власти) публичное право стало исследовать исключительно юридические (правовые, законодательные) основы системы и процедур организации и функционирования механизма государственной власти и всего внутреннего управления.

Что же касается публично-правовых основ регулирования межгосударственных отношений в Европе, то о «возрождении» в этой сфере традиций римского права речи идти не могло. В силу многовекового экономического и военного доминирования Римской республики и затем империи на европейском континенте в отношениях с пограничными соседями и иностранцами на своей обширной территории римляне традиционно ограничивались «правом народов» (от лат. *jus gentium*, или «Право peregrinov»), представлявшим собой симбиоз норм частного и публичного права.

По мере роста влияния и авторитета в средневековой Европе католической церкви религиозные правила вновь (как и в классическом античном мире) стали превалировать над правовыми нормами в механизме урегулирования международных отношений, споров и войн между многочисленными мелкими европейскими государствами. В эпоху расцвета католицизма (не считая периодов двух церковных расколов между Западом и Востоком Европы в IX и XI вв. и Великого западного раскола 1378—1414 гг.) Римский престол пытался даже создать мировое христианское государство, а его первосвященники (папы) во время войн и конфликтов вплоть до Реформации XVI — начала XVII в. активно выступали в роли посредников и арбитров в европейских межгосударственных отношениях.

Первый юридический труд по правилам ведения войн и заключения мира появился в начале XVII в. Это был трактат голландского

философа, правоведа и поэта Гуго Гроция 1625 г. «Три книги о праве войны и мира» (лат. *De jure belli ac pacis libri tres*).

Первым общепризнанным примером акта международного публичного права считается Вестфальский мирный договор от 24.10.1648. По итогам Тридцатилетней войны Вестфальский договор оформил основы нового миропорядка в Европе и впервые установил систему принципов международного права, основанную на признании суверенитета за всеми государствами, независимо от государственного строя и веры, и их равном положении по отношению друг к другу.

А первым оригинальным русским трактатом по международному публичному праву можно считать «Рассуждения о законных причинах войны между Россией и Швецией» (Санкт-Петербург, 1717 г.), написанные петровским дипломатом и вице-канцлером Петром Павловичем Шафировым (1673—1739), который в этой работе сформулировал политико-юридические обоснования российской позиции в Северной войне. После Вестфальского мира на пути к современной системе международного публичного права в XIX — начале XX в. сменилось несколько систем международных отношений, поворотными точками которых стали крупные интернациональные войны (Венская система после «наполеоновских» войн и Версальско-Вашингтонская после Первой мировой войны). Современная система международных отношений и международного публичного права, именуемая Ялтинско-Потсдамской, сформировалась в результате Победы антигитлеровской коалиции во Второй мировой войне. За более чем 70 лет своего существования в рамках этой системы международного публичного права были разработаны развитые механизмы правового регулирования, опирающиеся не только на деятельность государств, но и на деятельность основных и консультативных органов ООН (Совета безопасности, Генеральной Ассамблеи, Международного Суда, Совета и Комитета по правам человека, Международной комиссии юристов и т.д.). Сформировалась и развитая система источников международного публичного права, ведущая роль в которой отведена международным договорам (в том числе многосторонним, общего действия) и международному обычному праву.

Несмотря на закат камералистики в большинстве стран Европы в связи с выделением на ее основе самостоятельных наук политологии и публичного права, в конце XIX в. сторонники камерального учения сохранились во Франции (Морис Ориу и др.) и особенно в США (Вудро Вильсон и др.), дав в XX в. новую жизнь этой объективно устаревшей общей науке об управлении государственными делами (на основе объединения знаний о политике, экономике, социологии и праве) уже под названием *Public administration*. Тогда же именно президентом Вудро Вильсоном была впервые публично заявлена идея об «американской исключительности» и необходимости доминирования США как образцовой демократии в международных отношениях XX в.

1.3. Генезис и развитие публичного права в Российской империи

Становление в российской правовой системе возрождавшегося в Европе с XVIII в. публичного права базировалось изначально на идеях доминирования государственных интересов во имя общественного блага, представленных прежде всего прусской юридической школой «широкого» полицейского права. Именно Пруссия (учитывая, не в последнюю очередь, и тесные связи династий Романовых и Гогенцоллернов в XVII—XIX вв.) служила образцом государственных реформ для многих российских монархов: Петра I, его дочери Елизаветы, Петра III, Павла I, Николая I и т.д.

При этом в первой трети XIX в. в дворянской элите Российской империи немало своих влиятельных сторонников имела и французская либеральная модель трех ветвей власти с разумным балансом интересов государства и прав личности.

Однако после восстания декабристов 1825 г. предложения о либеральных государственных реформах, разработанные М. М. Сперанским еще для Александра I, Николаем I были окончательно отвергнуты. Логичный выбор тогда он сделал в пользу прусской модели сильной центральной власти монарха и правительства и строгой правовой регламентации публичных отношений, государственной службы и управленческих процедур.

Этот выбор был обусловлен тем, что, декларируя целями своего восстания демократию, конституцию и освобождение крестьян, декабристы, как выявило следствие, планировали установить в России, по сути, либеральную диктатуру (революционную хунту) во главе с князем С. П. Трубецким.

Кстати, несмотря на предусмотренную еще Указом о вольных хлебопашцах 1801 г. возможность для помещиков добровольно дать волю своим крепостным крестьянам за выкуп, никто из либеральных заговорщиков-аристократов этого не сделал. В отличие от декабристов начальник Третьего отделения и убежденный консерватор Александр Христофорович Бенкендорф («душитель свободы» и «царский сатрап», по определению В. И. Ленина) в 1816—1818 гг. на основании упомянутого указа освободил всех принадлежавших ему крепостных крестьян с семьями и наделами земли, оплатив при этом их подати (налоги) за пять лет вперед.

С запаздыванием на несколько десятилетий Российская империя проводила государственные преобразования, во многом аналогичные именно прусским реформам.

Так, например, в связи со вторым разделом Польши и необходимостью «германизации» значительных новых территорий Пруссия уже в 1794 г. завершила полную систематизацию норм отраслей публичного и частного права в Общем кодексе для прусских земель (*Das*

Allgemeine Gesetzbuch für die Preussischen Staaten), а Российская империя подготовила свой первый Свод законов только в 1832 г.; крестьянскую реформу Пруссия осуществила в 1807 г., а Россия отказалась от крепостного права в 1861 г.; первую конституционную реформу будущая Германская империя (еще в статусе Прусского королевства) провела в 1849—1850 гг., а Российская империя — в 1906 г. и т.д.

В юридической науке Российской империи тему транспонирования западноевропейских патерналистских теорий «общественного блага» и «камералистики», общей науки о полиции и полицейского права в отечественную правовую теорию, а также в практику законодательного регулирования и государственного управления наиболее полно в последней трети XIX в. описал и проанализировал в своих работах один из наиболее известных специалистов по российскому полицейскому (публичному) праву, проф. Императорского Московского университета Иван Трофимович Тарасов.

Основоположником теории полицейского (публичного) права И. Т. Тарасов называл прусского ученого Генриха фон Берга (1765—1843), издавшего в 1799—1806 гг. семитомное «Руководство к изучению немецкого полицейского права» (в некоторых научных работах именуемое «Справочником германского полицейского права»), в котором была сделана первая в Европе попытка осмысления, структурирования и научного анализа права (законодательной власти в современном толковании), полиции (то есть исполнительной власти в современном толковании) и юстиции (то есть судебной власти в современном толковании) в их взаимосвязи при управлении делами государства.

По Бергу, задача полиции заключалась в обеспечении «благоустройства» и «безопасности». Предпринимаемые полицией меры по решению проблем «благоустройства» государства он считал *положительными* (в современном определении «позитивное» правовое регулирование и государственное управление). Меры по обеспечению «безопасности» Берг определял как *отрицательные* (в современном определении это «правоохранение» и «государственное принуждение»), которые были призваны устранять препятствия для достижения целей безопасности и обеспечения публичного порядка. При этом задача обеспечения «благополучия» возлагалась исключительно на полицию, а задача обеспечения «безопасности» функционально распределялась и возлагалась на полицию совместно с юстицией.

Такую трактовку классификации широкой полицейской деятельности заимствовали многие дореволюционные ученые-полицисты в России. К примеру, тот же И. Т. Тарасов эффективность управления государством (или «успех полиции в широком смысле») определял именно как правильное соотношение «между положительными и отрицательными мерами» со стороны власти в границах «правительственного вмешательства».

К первым он относил меры, заключающиеся в покровительстве, дозволении, содействии, поощрении, возбуждении, устранении препятствий, которым чужд принудительный характер, тогда как, наоборот, меры второго рода, заключааясь в запрещениях, понуждении, ограничении, стеснении, насквозь проникнуты именно этим характером. При этом меры второго рода, «как наиболее стеснительные, должны быть применяемы лишь в крайних случаях».

Характеризуя в целом задачи государства по применению положительных и отрицательных мер, И. Т. Тарасов утверждал, что вся внутренняя политика, имеющая целью ограждение общей и частной безопасности, должна быть направлена к возможно большему сокращению полицейской деятельности в тесном смысле, посредством постоянного улучшения мерами положительными условий благоустройства и благосостояния.

В 1832—1833 гг. в Пруссии издается трактат Роберта фон Моля (1799—1875) «Наука о полиции по принципам правового государства», в котором обобщаются и в комплексе излагаются идеи всех его предшественников по разработке концепций полицейского (публичного) управления и права. В основу этой сведенной воедино прусской теории полицейского права Р. фон Моля заложил понятие о «правовом государстве», определенном им как юридический порядок соотношения между государством, рассматриваемым в качестве юридического лица, и гражданами.

В вышедшем в 1864 г. труде «Правовое государство» Отто Бэра (1817—1895) получили дальнейшее развитие понятия и представления о правовом государстве. По мнению ученого, отношения правового государства с гражданами в рамках административной деятельности (включая применение «положительных» и «отрицательных» мер) должны быть подчинены закону, а не регламентироваться органами полицейского управления.

В тот же период другой немецкий ученый — Карл фон Гербер (1823—1891) — в работе «Основные черты системы немецкого государственного права» 1865 г. обосновывал необходимость окончательного «очищения» государственного (полицейского, публичного) права от изучения его с камеральных позиций философии и политики и наделения власти обязанностью соблюдать законы, гарантировать публичные права граждан и обеспечивать их правовую защиту.

Исследуя историю развития полицейского права в XIX в., проф. Ю. П. Соловей в 1995 г. отмечал, что его предмет долгое время формулировался российскими учеными не менее широко, чем их немецкими коллегами, — как практически вся деятельность публичной власти в виде совокупности государственных и общественных мер, направленных к споспешествованию интересам (материальным и духовным) народа.

Конкретизация и уточнение юридической наукой столь обобщенно-широкого предмета регулирования публичных отношений

осуществлялись тогда в Европе и России поступательно, по мере развития новых сфер законодательного регулирования и постепенного генерирования новых публично-правовых отраслей.

В юридических учебных заведениях Российской империи «Полицейское право» как отдельный учебный курс начал читаться в 1835 г. Тогда же в университетах по профилю законоведения были созданы *кафедры благоустройства и благочиния*. Преподаваемые на них курсы были сначала практически полной рецепцией и отражением содержания теории широкого прусского полицейского права. В конце 1850-х гг. создаются первые *кафедры уголовных (полицейских) законов* в Санкт-Петербургском и ряде других университетов.

После принятия нового Университетского устава в 1863 г. кафедры благоустройства и благочиния были переименованы в *кафедры полицейского права*. Самостоятельный курс *административного права* был введен в учебный процесс юридических факультетов российских вузов спустя 10 лет — в 1873 г. Тогда же впервые были созданы кафедры по новым самостоятельным отраслям *государственного права* и *финансового права* в Московском, Казанском и Новороссийском университетах.

Однако развитию отечественной публично-правовой теории препятствовало традиционное для прусского (и, соответственно, для воспринявшего его российского) права отождествление понятий «полиция» и «администрация» (то есть обобщение понятий полицейского, государственного и публичного права и управления).

Вплоть до реформ Александра II наука полицейского права в России была преимущественно лишь зеркальным отражением прусской теории доминирования полицейской деятельности и не учитывала новаций в отечественном публично-правовом регулировании сферы внутреннего управления. По вполне справедливой оценке дореволюционного, а позже и советского ученого-юриста Александра Федоровича Евтихьева (1887 — дата смерти после осуждения коллегией ОГПУ в 1933 г. неизвестна, реабилитирован в 1957 г.), эта важнейшая для дореволюционного правоведения России «наука всегда ехала на пяточках законодательства».

Юридическая наука Российской империи традиционно не спешила отказываться от прусских научных догм в публично-правовой теории и педагогической практике, сохраняя паритетное отношение к рассматриваемой отрасли, имевшей различные названия (полицейское право, общественное право, право внутреннего управления).

Однако уже с 1850-х гг. некоторые отечественные правоведы стали осознавать, что заимствованная отечественным правом «жесткая» немецкая модель публично-правовой регламентации всех сторон жизни людей и функционирования власти в преимущественно православной России не «прижилась».

Первым из российских ученых-юристов, кто еще в конце 1850-х гг. посягнул на чуждое российскому менталитету прусское (камеральное) понимание «полицейского государства», «полицейского управления» и «полицейского права», стал проф. и декан юридического факультета Московского императорского университета и убежденный русофил Василий Николаевич Лешков (1810—1881). В своих работах он предлагал на основе многовековых общинных традиций в России заменить отрасль и учебную дисциплину «полицейское право» на «общественное право». Система этого права у Лешкова основывалась на примате народа над государством, «обнимала» законы о лицах, предметах, правах и средствах защиты этих прав и разделяла их на законы *установительные* и *охранительные*. По мнению ученого, в России общинное управление определило государственное управление, а общественное право было продолжено государственным.

Критически оценивая камеральные идеи и опыт западноевропейского и, прежде всего, прусского, «полицейского» публичного права и управления (изученные им в студенческие 1830-е гг. в Берлинском, Лейпцигском, Пражском и Венском университетах), В. Н. Лешков настаивал на том, что не опека или патронатство государства над частными лицами, а взаимодействие частного с общим составляет задачу общественного права. В тот период отстаиваемая ученым концепция «общинного» (народного) публичного права не была понята современниками. Позже она возродилась как теория естественного права.

Тогда же прусскую публично-правовую теорию доминирования государственных интересов в регламентации жизни общества пытался адаптировать к российской действительности научный антагонист В. Н. Лешкова, ректор Санкт-Петербургского университета «западник» Иван Ефимович Андреевский (1831—1891). В своем капитальном двухтомном труде «Полицейское право» (1866—1870) он рассматривал его как право внутреннего управления, где власть обязана создавать условия для баланса «безопасности» государства и «благополучия» общества.

У И. Е. Андреевского наука полицейского права была предназначена для разъяснения важности полицейской деятельности государства, прежде всего, со стороны органов «исполнительной власти» — в отличие от «государственной власти» монарха и правительственных органов при нем, решающей свои особые задачи (что нашло отражение в готовившемся ученым параллельно и изданном в 1866 г. первом отечественном учебнике «Русское государственное право»). Кстати, во введении и части I этого учебника государственного права (составивших единственный изданный из трех заявленных первый том «О Правительстве») И. Е. Андреевский впервые дал определение понятию государства и его типов (форм), изложил генезис развития российского государства и права и историю правовых институтов зарубежных государств.

Собственную и достаточно противоречивую позицию занимал современник и коллега Лешкова и Андреевского — директор Демидовского юридического лицея Михаил Михайлович Шпилевский (1837—1883), который, при своей приверженности «прусской» трактовке полицейского права, одновременно утверждал о необходимости его преобразования в «общественное» право России.

В работе «Полицейское право как самостоятельная отрасль правоведения» (1875) он исследовал этапы развития учения о полиции и полицейского права в Европе и, критикуя Андреевского, при этом по его же примеру рассматривал последнее в узком смысле, то есть как систему только административно-полицейского регулирования и управления. Общественное же право трактовалось Шпилевским как новая комплексная «политико-правовая» отрасль отечественной науки, охватывающая изучение всей системы управления делами государства и общества. Однако такая трактовка им «нового» общественного права, как представляется, мало чем отличалась по сути от общеевропейского понимания публичного права рассматриваемого периода.

Вторая половина XIX в. стала завершающим этапом существования в отечественной юриспруденции «прусской» версии полицейского права как единой комплексной отрасли публичного права, традиционно рассматривавшей государственное управление в широком смысле как управление всеми делами государства. Этот период стал одновременно начальным этапом формирования российской науки публичного (общественного) права и активного выделения, развития и предметного обособления его новых отраслей: государственного права, административного права, земского (муниципального) права, финансового права, трудового права, права социального обеспечения, уголовного права, процессуального права и других.

В последней четверти XIX в. (уже с учетом кардинальных изменений в законодательстве Российской империи в рамках реформ Александра II 1860—1870 гг.) поиски собственной модели публичного права и направления его дальнейшего формирования активно развивали в своих работах представители более молодого поколения отечественных полицейстов: Николай Николаевич Белявский (1869—1927), Эдуард Николаевич Берендтс (1860—1930), Владимир Александрович Гаген (1874—1930), Владимир Федорович Дерюжинский (1861—1920), Аркадий Иванович Елистратов (1873—1955), Виктор Викторович Ивановский (1854—1926), Сергей Александрович фон Корф (1876—1924), Александр Михайлович Кулишер (1890—1942), Иван Трофимович Тарсов (1849—1929) и др.

При этом большинство из названных выше и других ученых ориентировалось на необходимость полной трансформации прусской модели «широкого» полицейского права в *многоотраслевую* модель публично-правового регулирования.

Так, отражая эту тенденцию генерирования новых отраслей в публично-правовой сфере, И. Е. Андреевский писал труды по истории и теории государства и права, полицейскому, государственному и административному праву, мировой юстиции, разграничению уголовной и административной ответственности; В. В. Ивановский — по полицейскому, государственному и административному праву; Э. Н. Берендтс — по государственному, административному и финансовому праву; В. Ф. Дерюжинский — по полицейскому праву и праву социального обеспечения; А. И. Елистратов — по полицейскому, административному и уголовному праву; В. А. Гаген — по административному праву, административной юстиции и праву социального обеспечения; С. А. фон Корф — по истории государства и права, государственному праву и административной юстиции; А. М. Кулишер — по государственному (конституционному) и административному праву.

Упомянутый уже И. Т. Тарасов обладал самыми широкими научными интересами и в разное время публиковал работы и читал курсы по полицейскому, государственному, административному, финансовому, торговому и трудовому праву. При этом ученый одновременно развивал теорию публично-правовой ответственности, криминологии, уголовного процесса и оперативно-разыскной деятельности, теорию будущего акционерного (предпринимательского) права, а также исследовал юридические аспекты защиты гражданских прав женщин.

В период с конца XIX в. до 1917 г. в России, наряду с продолжавшимися издаваться учебниками традиционного широкого «прусского» полицейского права, одновременно издавались многочисленные учебники, монографии и статьи по новым публично-правовым отраслям. Помимо ученых-«полицейстов», научные работы и учебники по активно генерируемым самостоятельным предметам публичного регулирования начали писать тогда и первые профильные исследователи — «отраслевники».

Так, учебники или основанные на университетском курсе лекций пособия по *государственному праву* издают А. Д. Градовский (в 3 т. — 1875, 1876, 1881), В. В. Сокольский (1890), Н. М. Коркунов (1894—1909), Б. Н. Чичерин (1894), А. В. Романович-Славатинский (1896), Н. И. Лазаревский (1910) и др. При отсутствии тогда самостоятельного курса *муниципального права* вопросы регулирования земского самоуправления рассматривались в отдельных разделах учебников государственного права (те же А. Д. Градовский, Н. М. Коркунов и др.), а отдельные профильные работы писали В. Н. Лешков (1871, 1885), А. И. Васильчиков (1869—1877), В. П. Безобразов (1874), Б. Б. Веселовский (1909) и др. В связи с подготовкой и утверждением в 1906 г. новой редакции Основных государственных законов Свода законов Российской империи (незаслуженно преданной забвению в советский период первой конституции России) впервые выходят научные работы

и статьи по *конституционному праву* (С.А. фон Корф, С.А. Котляревский, Н.И. Лазаревский, С.А. Муромцев и др.)

После судебной реформы Александра II с начала 1870-х гг. и вплоть до утверждения в 1903 г. (спустя 30 лет работы над ним) первого систематизированного Уголовного уложения Российской империи активизировалось издание оригинальных учебников уголовного права — уже без прямой рецепции прусской уголовной науки и с учетом научных наработок отечественных ученых по теории публично-правовой ответственности. Такие «актуализированные» учебные курсы *русского уголовного права* пишут и издают Н.С. Таганцев, А.Ф. Бернер, Л.С. Белогриц-Котляревский, Л.Е. Владимиров, М.Н. Гернет, В.В. Есипов, П.Д. Калмыков, А.Ф. Кистяковский, А.В. Лохвицкий, В.Д. Набоков, Н.А. Неклюдов, С.В. Познышев, Н.Д. Сергеевский, И.Я. Фойницкий, М.П. Чубинский, и др.

В тот же период конца XIX — начала XX в. выходят в свет первые учебники *финансового права* В.А. Лебедева (1882—1883), И.У. Патлаевского (1885), Д.М. Львова (1888), С.И. Илловайского (1899), И.Х. Озерова (1899—1900) и др.; курсы лекций по *публичному торговому праву* издают А.Г. Гусаков (1896), Д.И. Азаревич (1897), Е.А. Нефедьев (1900), А.Ф. Федоров (1911); первый академический учебник по *трудовому праву* на основе своих предыдущих работ публикует в 1916 г. общепризнанный основатель этой отрасли права и юридической науки в России Л.С. Таль и т.д.

В начале XX в. (в связи с продолжением активного формирования в российском праве и законодательстве самостоятельных отраслей государственного, муниципального, финансового и трудового права, обособлением отрасли уголовного права и других «публичных» отраслей права и законодательства, которые изначально были частью единого полицейского права в его широком понимании) И.Т. Тарасов, В.В. Ивановский, Н.Н. Белявский, А.И. Елистратов и другие ученые — «полицейсты» пришли к выводу об окончательной трансформации полицейского права в административное.

Фактически по «остаточному принципу» *административное право* стало в России единственным «законным наследником» полицейского права как бывшей комплексной отрасли публичного права, которое по предмету регулирования сохранило в себе к началу XX в. только *исполнительно-распорядительную и административно-юрисдикционную* сферы отношений.

Что же касается вопросов развития отечественной науки *международного публичного права*, то в Российской империи эта сфера межгосударственных правовых отношений юридической наукой практически не исследовалась, а учебники по публичному международному праву отсутствовали.

При этом в XIX в. и вплоть до начала Первой мировой войны Россия активно участвовала в международных конференциях, на которых

вырабатывались первые современные принципы и правила международного публичного права. Это были:

- кодификация дипломатического права и запрет работорговли на Венском конгрессе 1815 г.;
- разработка и принятие в Париже правил войны на море в 1856 г.;
- Женевская конвенция 1864 г. о режиме раненых и больных;
- запрещение употребления разрывных пуль Петербургской декларацией 1868 г.;
- признание независимости Сербии, Румынии и Черногории на Берлинском конгрессе 1878 г.;
- принятие на первой Гаагской конференции 1899 г. конвенций, регламентирующих правила ведения войны, запрещающих применять разрывные пули и снаряды, имеющие единственным назначением распространение удушливых или вредоносных газов, а также конвенции о международном арбитраже;
- принятие на второй Гаагской конференции 1906—1907 гг. десяти новых конвенций, кодифицирующих правила ведения войны и регламентирующих мирные способы разрешения международных споров и др.

Кстати, инициатором обеих Гаагских конференций была Россия, а автором их проектов — дипломат и проф. Императорского Санкт-Петербургского университета Федор Федорович Мартенс (1845—1909). Он же стал автором единственной в дореволюционной России фундаментальной профильной научной работы — двухтомной монографии «Современное международное право цивилизованных народов» 1882—1883 гг. Отдельные проблемы развития международного права на рубеже XIX—XX вв. исследовали также Н. М. Коркунов (о системе международного права), Л. А. Камаровский (о необходимости постоянного международного суда), А. С. фон Корф (о понятии суверенитета), В. П. Даневский и В. А. Уляницкий (о праве наций на самоопределение), М. А. Рейснер (о причинах войны и сущности милитаризма) и т.д. Современная же система и наука международного публичного права начали складываться в России лишь после 1919 г., а первое учебное пособие по международному публичному праву в СССР было издано в 1947 г.

1.4. Публичное право в советский и постсоветский периоды

Отказ от публичного права в СССР

После прихода в октябре 1917 г. к власти в России большевиками были разрушены все дореволюционные государственные институты, включая и «старое» право с его разграничением на частное и публичное — как классово-чуждый в условиях диктатуры пролетариата пережиток буржуазного общества.

В основу организации и функционирования СССР вместо принципа разделения властей был заложен принцип «руководящей и направляющей роли коммунистической партии» в управлении всеми делами нового социалистического государства.

При этом, во избежание упреков капиталистического Запада в «недемократичности», Коммунистическая партия Советского Союза (до конца 1930-х гг. именовавшаяся ВКП(б) — Всероссийская, а после 1924 г. — Всесоюзная коммунистическая партия большевиков) практически в течение всего советского периода «прикрывала» свое всевластие в стране конституционно оформленной декорацией парламентаризма в лице советов депутатов трудящихся (позже Советов народных депутатов) как формальной конституционной основы политической системы СССР¹.

На практике при социализме праву была отведена, прежде всего, роль проводника в жизнь политики партии — в строгом соответствии с ленинским требованием о необходимости эту политику закреплять законодательно в наибольшей степени для устранения всякой возможности отклонения от нее.

Приход к власти в партии и государстве И. В. Сталина и достижение им полной ее концентрации в своих руках к концу 1920-х гг. сопровождалось отказом от ленинской новой экономической политики (НЭП) и активной реализацией на практике концепции об отмирании права в период строительства социализма.

Первые руководители советской юстиции (М. Ю. Козловский, Н. В. Крыленко, Д. И. Курский, П. И. Стучка) писали, что в условиях диктатуры пролетариата право — это выражение интересов пролетариата... Здесь нет места для норм вроде *Habeas corpus* для признания и защиты прав и свобод индивида. Ленинско-сталинские «правоведы» трактовали право в процессе перехода от капитализма к социализму как особое, невиданное нигде право, право не в смысле системы угнетения большинства меньшинством, а... в смысле подавления сопротивления меньшинства трудящимися классами. Именно «классовый характер» новой власти был установлен в качестве идейной базы нового «пролетарского права». Его основная особенность должна была состоять в том, чтобы интересы государства превалировали над интересами ограждения личных прав отдельных граждан.

Теоретическими и идеологическими корнями такие идеи формирующегося нового советского права проистекали из учения Карла Маркса о коммунизме и об отмирании при нем классово-чуждого пролетариату буржуазного права как «права неравенства», получившие

¹ Эта норма была декларирована и в первой Конституции РСФСР 1918 г. (в составной ее части — Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа), и в сталинской Конституции СССР 1936 г., и в последней Конституции СССР 1977 г. (профильная ст. 6 которой была отменена только в 1990 г.).

свою конкретизацию и развитие в работе В. И. Ленина «Государство и революция».

В результате в течение всего советского периода (вплоть до конца 80-х гг. XX в.) в учебниках по теории государства и права СССР деление права на публичное и частное трактовалось как принадлежность правовой системы исключительно буржуазных государств.

После революции и вплоть до конца 1930-х гг. была «репрессирована», как идеологически враждебная, и наука публичного (общественного) права. Отдельные публикации по истории и теории права, государственного и административного права издавались лишь в короткий период НЭПа, однако уже к 1925 г. такие исследования в СССР были практически полностью прекращены из страха политических репрессий. Кроме того, из учебных программ юридических вузов на 20 послереволюционных лет были исключены курсы по публично-правовым отраслям и учебным дисциплинам (за исключением уголовного права), а цензуре и изъятиям подвергались соответствующие библиотечные фонды и все появляющиеся новые зарубежные издания по этой тематике.

Официальная большевистская идеология и сталинская машина государственного управления к середине 1930-х гг., по сути, реанимировали и восстановили в России XX в. камеральные идеи Позднего Средневековья о полном доминировании политической воли власти и интересов государства над правами и интересами личности, не стесняясь открыто провозглашать и реализовать на практике циничную аналогию человека и гражданина с «винтиком» в государственном механизме. В результате о верховенстве законов, правовых принципах организации государственной власти и управления, судебной защите прав граждан, безопасности и правопорядке в их истинном значении на многие годы в СССР было забыто.

В связи с принятием Конституции СССР 1936 г. и объективно назревшей для нового государства необходимостью формирования системы собственного «советского права» по инициативе И. В. Сталина его «главным юристом» Генеральным прокурором СССР А. Я. Вышинским 16—19 июля 1938 г. проводится I Совещание по вопросам науки советского государства и права. Целью Совещания стало определение «генеральной линии» коммунистической партии в развитии советской юридической науки на основе марксистско-ленинской идеологии и сталинской политики для окончательного запрета в СССР попыток возрождения классово-чуждого буржуазного правоведения.

Транслируя сталинское «правопонимание», Вышинский озвучил на этом знаковом для будущего всей советской юриспруденции Совещании определение права, как совокупности правил поведения, установленных государственной властью, как властью господствующего в обществе класса, а также санкционированных государственной властью обычаев и правил общежития, осуществляемых в принуди-

тельном порядке при помощи государственного аппарата в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу.

К Совещанию издается и заранее подготовленный первый учебник по *советскому государственному праву* под редакцией А. Я. Вышинского. В развитие идей и концепции нового «социалистического» государственного права в 1940 г. был издан первый учебник *советского административного права*, написанный И. Н. Анановым, С. М. Берцинским, Д. М. Генкиным, В. Н. Дурденевским, В. К. Дябло, С. Ф. Кечекьяном, Б. А. Ландау, С. Л. Певзнером, К. И. Солнцевым, И. С. Топчиевым и А. И. Турубинером. Его авторы, помимо предмета административного права как отрасли социалистического права, сформулировали принципы, задачи, формы и методы советского государственного управления, а также (по аналогии с последними до-революционными учебниками полицейского права) структурировали систему советского административного права на Общую и Особенную части. В том же 1940 г. публикуется и первый разрешенный властью учебник по *советской теории государства и права* С. А. Голунского и М. С. Строговича.

В последующие годы — вплоть до отмены в 1990 г. ст. 6 Конституции СССР 1977 г. — советские теоретики права писали в учебниках, что соотношение экономики, политики и права при социалистическом строе характеризуется тем, что объективные потребности развития общества получают научно обоснованное выражение в политике Коммунистической партии, а эта политика приобретает государственно-обязательное значение, будучи воплощенной в государственных законах, в праве. Таким образом, право в СССР «служит одним из главных средств осуществления политики Коммунистической партии и социалистического государства»¹.

Свое «руководящее и направляющее» предназначение коммунистическая партия реализовала и в сфере формирования и организации работы государственных органов власти и управления, контроля за ними, кадровой политики в отношении выбора и назначения их руководителей по всей стране и во всех отраслях и т.д. Поэтому все важнейшие изменения по вопросам «публичного» государственного строительства в СССР вплоть до горбачевской «перестройки» конца 1980-х гг. принимались политическими решениями Политбюро и пленумов ЦК КПСС.

При этом советское право, в отличие от буржуазного права, традиционно декларировалось как «принципиально иное, опирающееся на общественную собственность и выражающее интересы и волю трудового народа во главе с рабочим классом; для социалистического

¹ См., например: Теория государства и права: учебник / под ред. Н. Г. Александрова. М., 1974. С. 391.

права неприемлемо разделение на публичное и частное, поскольку при социализме нет и не может быть противопоставления государства и „гражданского общества“, общих и личных интересов; все отрасли социалистического права — государственное, административное, гражданское, уголовное, способствуя осуществлению общественных интересов, обеспечивают вместе с тем в полной мере осуществление интересов отдельной личности»¹.

Несмотря на то что в послесталинский период по различным теоретическим и практическим «публично-правовым» проблемам советского государственного, административного, финансового, уголовного, процессуального права, законодательного регулирования и организации системы государственной власти, государственного управления и судостроительства было издано множество работ и защищены сотни диссертаций, вплоть до распада страны публичное право в СССР так и не было официально реабилитировано.

Исключение в советской юридической науке и учебной практике в послевоенное время (в связи с образованием ООН и структуры его органов, а также других многочисленных международных организаций) было сделано только для исследования и преподавания международного публичного права (а заодно — и международного частного права в условиях активизации внешнеэкономической деятельности Советского государства).

Публичное право в постсоветский период

После ликвидации СССР в декабре 1991 г. Россия оказалась перед альтернативой: либо незамедлительное, но жизненно необходимое движение по пути кардинальных политических, экономических и социальных преобразований, а также объективно связанных с ними государственных реформ: правовой, административной и судебной, либо центробежные тенденции распада продолжатся в самой вновь ставшей суверенной России.

Во избежание возможного развала уже Российской Федерации первым Президентом РФ Б. Н. Ельциным и поддержавшей его значительной частью российских парламентариев было принято решение готовить проект Федеративного договора и проект новой Конституции РФ. Федеративный договор был подписан 31.06.1992 и вступил в силу. После острого внутриполитического кризиса начала осени следующего года на референдуме 12.12.1993 была принята Конституция РФ.

Уже в 2000-х гг. академик Владик Сумбатович Нерсисянц (1938—2005) писал в своих работах, что, оставшись в 1990-е гг. без марксистско-ленинской идеологии и коммунистических представлений о праве и государстве, без прежней концептуальной основы, мировоззрения, понятийного аппарата и словаря, постсоветская теория права

¹ Там же. С. 518—520.

и государства и в целом юридическая наука оказались в *межеумочном* переходном состоянии. Вместе с тем уже тогда отечественная юриспруденция активно разрабатывала и внедряла в практику предложения по реформированию права и законодательства. Как общетеоретические, так и отраслевые юридические науки и дисциплины многое сделали для становления новой постсоветской правовой системы и государственности в России, изучения тенденций развития традиционных и новых «рыночных» отраслей законодательства, его систематизации и кодификации. Заметным достижением постсоветского правоправедения стало формирование и функционирование целого ряда новых научных дисциплин и исследовательских направлений (по преимуществу в сфере частного права, но также и в области публичного права), отвечающих актуальным потребностям и задачам радикальных преобразований в стране, развитие правовой демократии, рыночной экономики, политического плюрализма и конституционно-правовой государственности.

Пионером постсоветского правоправедения в исследовании и разработке возрождающейся отечественной теории регулирования публичных отношений стал один из патриархов советской и современной юридической науки проф. Юрий Александрович Тихомиров, издавший первый учебник публичного права еще в 1995 г. В этой работе автором были исследованы и изложены:

- вопросы зарождения и развития идей «публичного» и «частного» в праве;
- предмет, структура и методы публичного права;
- виды публичных интересов, защищаемых правом;
- субъекты публично-правовых отношений и публичные институты: власть, государственное управление, самоуправление, граждане;
- понятие, виды и гарантии использования властных полномочий;
- основные способы публично-правового воздействия: принуждение, публично-правовые договоры, использование информации;
- вопросы создания правовой системы и обеспечение ее устойчивости;
- вопросы публично-правового регулирования межгосударственных отношений;
- характеристика отраслей публичного права.

К публично-правовым отраслям Ю.А. Тихомиров причислил: теорию государства и теорию права, конституционное право, административное право, финансовое право, бюджетное право, налоговое право, уголовное право, судоустройство, процессуальное право, международное публичное право, информационное право. Тогда

же появились первые переводы работ зарубежных ученых по публично-правовой тематике (Макс Гунель и др.).

В 2008 г. МГИМО(У) МИД России под общей редакцией Г. П. Толстопятенко выпустил «Учебник по публичному и частному праву» в 2 т. Том 1 был посвящен публичному праву и излагал материал по основам теории государства и права, конституционному праву, финансовому праву и таможенному праву России.

В том же 2008 г. Ю. А. Тихомиров опубликовал свой новый, доработанный и обновленный учебник «Современное публичное право», а в 2013 г. — книгу о государстве, которые дополняют друг друга в вопросах соотношения общества, государства и права, содержания государственных функций, а также устройства и деятельности институтов государства. За годы, прошедшие с издания первого учебника 1995 г., ученый развил и актуализировал свою концепцию российского публичного права, которое, по его мнению, выполняет общесистемную, интегративную роль и условно подразделяется на общую и особенную части.

Общая часть по Тихомирову состоит из системы собственных и общих институтов, которые проникают в любой правовой массив и служат его опорной конструкцией. К таковым 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) правоустанавливающие институты; ж) процессуальные и регламентные институты. При этом названные институты публичного права представляют собой своеобразные системные образования, которые распадаются на ряд последовательно взаимосвязанных институтов. Например, общий институт власти включает в себя субинституты: «государственная власть», «государственный орган», «орган законодательной власти», «орган исполнительной власти», «орган судебной власти», виды однородных органов — федеральные и региональные органы исполнительной власти, атрибуты власти — компетенция, административные процедуры, государственные служащие и т.п. Что же касается Особенной части системы публичного права, то ее составляют конкретные публично-правовые отрасли.

В 2015 г. в Санкт-Петербурге Балтийским государственным техническим университетом публикуется курс лекций Н. И. Поповой и В. Л. Попова «Правоведение. Основы публичного права: тексты лекций». В 2017 г. Пермским филиалом НИУ ВШЭ издается учебное пособие Е. С. Дерябиной и Л. М. Пахомовой «Основы публичного права», в котором компактно изложены основы теории права, а также рассматриваются конституционное право, административное право, уголовное право и муниципальное право как публично-правовые отрасли. А еще было четыре издания междисциплинарного учебника-

практикума для вузов Т. В. Кашаниной и Сизиковой Н. М. «Право: публично-правовые и частно-правовые начала», последнее из которых вышло в 2023 г. И это, пожалуй, практически весь «засвеченный» в широкодоступном научно-образовательном пространстве перечень вузовских учебников по публичному праву, которые вышли в свет за постсоветские годы в Российской Федерации.

Правда, были еще отдельные монографии по актуальным проблемам развития публичного права в России. Например, в 2017 г. вышла научная работа В. В. Еремяна и А. А. Клишаса «Публичное право России: дискуссионные вопросы теории и истории», в которой авторы, используя методологию сравнительно-правового анализа, критически исследовали широкий круг проблем, связанных с процессом государственного строительства на примерах разных периодов отечественной истории. В 2018 г. Университетом имени О. Е. Кутафина издается сборник научных трудов «Система органов публичной власти». В 2021 г. одним из авторов настоящего учебника В. Н. Плигиным опубликована серьезная научная монография по концептуальным основам публичного права «Легитимность государства и права: теоретико-правовое исследование». В том же году Юридическим институтом Южно-Уральского государственного университета была выпущена коллективная монография «Принципы публичного права». В 2022 г. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ подготовил коллективную монографию «Реформа организации публичной власти: основные направления реализации». Публиковались и различные другие научные работы и статьи по публично-правовой проблематике.

В настоящее время формирование и поступательное развитие теории современного публичного права РФ продолжается.

Контрольные вопросы

1. Когда, где и почему произошло разделение права на частное и публичное?
2. Почему в средневековой феодальной Европе частное право сохранилось, а публичное право было надолго предано забвению?
3. Какие философские идеи и теории в Европе XVII–XVIII вв. послужили основой для возрождения публично-правовой науки?
4. Когда и почему в континентальной Европе на основе камеральной науки об управлении государством выделились политология и публичное право?
5. Из какой правовой системы и почему Российская империя в начале XIX в. позаимствовала концепцию «полицейского» публичного права?
6. Какие отрасли публичного права появились в системе права и юридической науке Российской империи к началу XX в.?
7. Какой законодательный акт можно считать первой конституцией России?
8. Почему после 1917 г. большевиками была отменена дореволюционная наука публичного (полицейского) права?

9. Какая организация возглавляла систему «публичной власти» в СССР и как это было закреплено во всех советских конституциях?
10. Когда и кем был издан первый постсоветский учебник публичного права, с какой концепцией?

Рекомендуемая литература

1. *Андреевский И.Е.* Русское государственное право. СПб.; М.: М.О. Вольф, 1866. 496 с.
2. *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. М.: Территория будущего, 2005. 800 с.
3. *Гунель М.* Введение в публичное право. Институты. Основы. Источники / пер. с фр. М.: Интроатэк-Р, 1995. 278 с.
4. *Евтихийев А.Ф.* Основы советского административного права / проф. А.Ф. Евтихийев. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1925. VI, 332, III с.
5. *Кирич А.В.* Генезис публичного права и его развитие в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. № 4.
6. *Кирич А.В.* Государственные реформы в России: от Петра до Путина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИД Высшей школы экономики, 2022. 408 с.
7. *Лешков В.Н.* Русский народ и государство: история русского общественного права до XVIII века / сочинение В. Лешкова. М.: В Университетской тип., 1858. II, III, 612, [8] с.
8. *Лешков В.Н.* Общественное право. Лекционный курс, прочитанный в 1870/1871 учебном году на юридическом факультете Московского университета. М.: В Университетской тип., 1871.
9. *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов: в 2 т. Т. 1. СПб., 1882. 417 с.; Т. 2. СПб., 1883. 563 с.
10. *Монтескье Ш.Л.* О духе законов. (Эксклюзивная классика). М.: АСТ, 2022. 864 с.
11. *Нерсисянц В.С.* Общая теория права и государства. М.: Норма, 2012. 560 с.
12. *Омельченко О.А.* Римское право: учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: ТОН – Остожье, 2000. 208 с.
13. *Плигин В.Н.* Легитимность государства и права: теоретико-правовое исследование. М.: Проспект, 2021. 376 с.
14. *Соловей Ю.П.* Российское полицейское право: история и современность // Государство и право. 1995. № 6. С. 75–85.
15. *Стучка П.И.* Мой путь и мои ошибки // Советское государство и революция права. 1931. № 5–6. С. 67–97.
16. *Тарасов И.Т.* Очерк науки полицейского права. М.: Т-во «Печатня С.П. Яковлева», 1897. 702 с.
17. Теория государства и права: учебник под ред. Н.Г. Александрова. М., 1974. 664 с.
18. *Тихомиров Ю.А.* Государство: монография. М.: Норма, 2013. 320 с.
19. *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: учебник. М.: БЕК, 1995. 496 с.
20. *Тихомиров Ю.А.* Современное публичное право: монографический учебник. М.: Эксмо, 2008. 446 с.