

Научная статья

УДК 341.9

DOI 10.17150/1819-0928.2023.24(4).448-456

EDN EOTLAJ



## О разграничении частного и публичного права в аспекте их генезиса

**Анна Тимофеевна Тумурова**

Бурятский государственный университет имени Доржи Банзарова, Улан-Удэ, Республика Бурятия, Россия  
annatumurov789@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1170-5730>

### АННОТАЦИЯ

Констатируется нерешенность в науке проблемы разграничения публичного и частного. Впервые предлагается разграничить частное и публичное право на основе их социальных функций на этапе формирования правовых отношений в обществе, в аспекте генезиса права. Считаем, что реконструкция социальных процессов, приведших к формированию права как универсального регулятора общественных отношений, может быть осуществлена методом ретроспективного толкования норм обычного права. При этом исходим из предположения, что конкретно-исторические формы обычного права могут отражать формы перехода общества от присваивающего хозяйствования к производящему. Этот процесс выступает отправной точкой формирования как частного права, так и процессов формирования властных отношений, построенных на субординации, в отличие от половозрастной иерархии родового строя. Рассмотрение этих процессов приводит к выводам об обычном праве как об универсальном источнике частного права. Закон как волеизъявление государства формирует публичное право. Конкуренция этих двух источников права порождает особенные черты национальной правовой системы и отражает соотношение государства и гражданского общества. Генезис правовых институтов связан с правосознанием народа и на более отдаленных этапах развития выражается в общественных отношениях. Примером тому могут служить исторические факты неотдаленного прошлого, хорошо известные науке. История присоединения к России Восточной Сибири и населяющих ее преимущественно бурятских родов хорошо известна и описана в ряде исторических научных изданий. Поэтому интерпретация известных правовых норм и правовых памятников этого периода позволяет выявить реально существовавшие в исторические времена представления о пределах правового регулирования в частном и публичном праве. Это позволяет заключить, что у большинства цивилизаций исторически выработался свой оптимальный баланс между государством и обществом.

### КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

генезис права, антропология права, правовая система, система права, публичное право, частное право, источник права, закон, обычное право

### ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ

Тумурова А.Т. О разграничении частного и публичного права в аспекте их генезиса // Академический юридический журнал. 2023. Т. 24, № 4. С. 448–456. DOI 10.17150/1819-0928.2023.24(4).448-456. EDN EOTLAJ

Original article

## The distinction between private and public law in relation to their genesis

**Anna T. Tumurova**

Buryat State University named after Dorzhi Banzarov, Ulan-Ude, Republic of Buryatia, Russia  
annatumurov789@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1170-5730>

### ABSTRACT

The article states the unresolved problem in science of distinction of public and private. For the first time it is proposed to distinct between private and public law on the basis of their social functions at the stage of formation of legal relations in society, from the perspective of the genesis of law. We believe that the reconstruction of the social processes that have led to the formation of the law as a universal regulator of social relations can be performed by means of a retrospective interpretation of customary law norms. Upon that, we proceed from the assumption that specific historical forms of customary law may reflect the forms of the transition of society from the usurping economy to the producing economy. This process is the starting point

© Тумурова А.Т., 2023

for the formation of both private law and the establishment of power relations based on subordination, as opposed to the gender and age hierarchy of clan system. Consideration of these processes leads to conclusions about customary law as a universal source of private law. The law as an expression of the will of the state forms public law. The competition between these two sources of law creates particular features of the national legal system and reflects the relationship between the State and civil society.

The genesis of legal institutions is connected with the legal awareness of the people and is expressed in social relations at more distant stages of development. An example of this is the historical facts of the past, which are well known to science. The history of annexation to Russia of Eastern Siberia and its predominantly Buryat clans is well known and described in a number of historical scientific publications. Therefore, the interpretation of well-known legal norms and legal documents of this period allows to reveal actual existing in historical times of the limits of legal regulation in private and public law. This leads to the conclusion that most civilizations have historically developed their optimal balance between state and society.

#### KEYWORDS

genesis of law, anthropology of law, legal system, system of law, public law, private law, source of law, law, customary law

#### FOR CITATION

Tumurova A.T. The distinction between private and public law in relation to their genesis. *Akademicheskii yuridicheskii zhurnal = Academic Law Journal*. 2023;24(4):448–456. (In Russian). DOI 10.17150/1819-0928.2023.24(4).448-456. EDN EOTLAJ

#### Введение

Возрожденный было в науке интерес к старому вопросу о делении права на частное и публичное и о критериях их разграничения в период становления рыночных отношений вновь находится в состоянии забвения. Трудность определения точного и общезначимого критерия разграничения частного и публичного права не раз возвращал науку к столь же классическому, сколько и широко известному определению, сформулированному римским юристом Домицием Ульпианом (175–218): публичное право это то, которое имеет 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. Критика выдвинутого древним римлянином положения имеет не менее длинную историю. «Выставленное римлянами различие представляется неопределенным и не достигает цели: разграничить и определить различные области права, — читаем у Н.М. Коркунова. — Общий интерес есть не что иное, как та или другая совокупность частных интересов. ... С другой стороны, правовая охрана дается только тем интересам отдельных лиц, которые имеют более или менее общее значение» [1, с. 64]. Само разделение права на частное и публичное еще в XIX веке, казалось бы, теряло значение основного теоретического разделения права, имеющего под собой принципиальную основу. Метод перечисления, к которому прибегали в то время, вновь «царствует» в российских учебниках по праву, и всякая попытка теоретического обоснования деления права на публичное и частное априори признается без-

надежной. Интересно, что еще в те стародавние времена считали, что мы «имеем дело с исторически сложившейся, удовлетворяющей чисто практическим целям группировкою правовых институтов, которая с научной точки зрения не имеет самостоятельной ценности и представляется иррациональной, объединяющей разнородные и разъединяющей однородные явления...» [2, с. 81]. Некоторые ученые, признавая существование разделения частного и публичного права и не отвергая его практического значения, сводили его к весьма малосодержательной формуле: публичное право — это то, что принято считать, что кажется таковым [2].

Таким образом, еще в XIX веке русские ученые высказали предположение о некоем интуитивном характере деления права на публичное и частное, подвижности границ публичного и частного в праве. Важно другое: испытываемые и сегодня трудности в строгом разграничении действующего права все же не могут поколебать уверенности в том, что такое деление носит первичный характер в системе права. Главным доказательством служит никем не оспариваемый сегодня факт самостоятельного развития международного частного и международного публичного права. В аспекте усиливающегося влияния международного права на системы национального права вопрос деления на публичное и частное вновь ощущается как остро стоящая проблема. Совершенно прав известный российский теоретик права Ю.А. Тихомиров, утверждая, что актуальность разработки критериев деления определяется «задачами укрепления правопорядка внутри страны и в международных отношениях» [3, с. 4]. Совершенствование правового регулирования помимо развития систе-

мы права предполагает четкие критерии разграничения методов воздействия на общественные отношения. Сегодня, в условиях формирования институтов рыночной экономики, деление права на частное и публичное не только легально, но и неизбежно [4, с. 477].

### *Результаты исследования*

Начиная с XIX века, российские правовые школы разделяют в науке два основных подхода к делению права на публичное и частное. Первый подход, именуемый материальным, в поисках критерия разграничения частного и публичного права исходит 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» [5, с. 234–265]. Противники указанного подхода отмечают, что содержание права и правоотношения носит изменчивый, текучий характер и не может «привязанный к нему» критерий выступать надежным основанием деления. Формальная сторона права представлялась им более определенным и фиксированным условием, который в силу этой определенности мог выступать более надежным критерием деления. Считается, что сторонники формального критерия поддержали теорию, предложенную впервые Р. Иерингом, – о критерии инициативы защиты нарушенного права. Несмотря на то, что на практике констатируют серьезные затруднения в выяснении вопроса, кому в том или ином случае предоставлена инициатива защиты (правовая норма часто не дает никаких, даже косвенных, указаний для его разрешения), такие воззрения достаточно распространены и у современных правоведов. Среди сторонников формального критерия следует выделить предложения об установлении различий между публичным и частным правом в том или ином положении субъекта (субъектов) в правоотношении. Заметим, что так разрешали вопрос о разграничении публичного и частного права российские ученые Е.Н. Трубецкой, И.В. Михайловский, Ф.Ф. Кокошкин, Ф.В. Тарановский [6, с. 38].

К этой теории положения субъекта в правоотношении близко примыкает теория централизации и децентрализации. Среди последователей этой теории [7–10] следует выделить И.А. Покровского [11], для которого публичное право представляет собой систему централизации, частное – децентрализации правового регулирования. Профессор Покровский обращал внимание на еще одно различие между публичным

и частным правом. Нормы публичного права, по его убеждению, носят строго принудительный характер, а в связи с этим и права, предоставляемые отдельным лицам в качестве органов государственной власти, вместе с тем имеют характер обязанностей. И наоборот, нормы частного права по общему правилу имеют характер не принудительный, а субсидиарный, восполнительный (*jus dispositivum*), их применение к отдельным отношениям может быть устранено, ослаблено или заменено частными определениями сторон [11, с. 4]. «Раскрывая в этом смысле понятие диспозитивности норм, следует заключить, – пишет известный русский и советский цивилист Б.Б. Черепахин, – что из норм частного права диспозитивны только те, где в диспозиции нормы содержится волеизъявление человека, направленное на ее санкцию, следовательно, именно нормы о юридических сделках; там же, где в диспозиции юридическое событие, определено отсутствует диспозитивность» [5, с. 10]. Таким образом, не все частноправовые нормы диспозитивны в отношении как возникновения, так и осуществления правоотношения, и в частном праве имеют место властные приказы. Теория положения субъекта в правоотношении и теория централизации и децентрализации правового регулирования, по заключению профессора Б.Б. Черепашина, представляют собой одно и то же решение вопроса о критерии разграничения частного и публичного права, лишь в двух различных плоскостях, с двух различных сторон. В основу разделения права на частное и публичное должен быть положен формальный критерий разграничения, заключает ученый. Это разграничение должно проводиться в зависимости от способа построения и регулирования юридических отношений, присущих системе частного и системе публичного права. Частноправовое отношение построено на началах координации субъектов, частное право представляет собой систему децентрализованного регулирования жизненных отношений. Публично-правовое отношение построено на началах субординации субъектов, публичное право представляет собой систему централизованного регулирования жизненных отношений [5, с. 234–265].

Логика теоретического анализа в данном случае требует от нас определенного резюме, и, что печально, оно вновь возвращает нас к первоначально констатированной неопределенности. Данный вывод исходит из неопределенности понятий децентрализованного и централизованного регулирования.

Однако обозначенные вопросы могут быть в большей степени прояснены на основе реконструкции социальных процессов формирования права и государства. Современное развитие антропологии права позволяет выявить закономерности генезиса частного права и публичного права как самостоятельных феноменов и установить различия их первоначальных функций.

Современный взгляд на происхождение права и государства основан на всеобщем признании первоначального факта отсутствия имущественного неравенства людей. Только с развитием производящего, а затем товарного хозяйства, с появлением регулярного обмена возникают неравенство и эксплуатация, а затем богатство и бедность. Следовательно, согласно классовой теории первоначально общество знало только равноправные отношения. А отношения власти и подчинения, вытекающие из имущественного неравенства, — исторически более поздние явления. Тогда логично предположить, что равноправные имущественные отношения регулировались социальными нормами до появления как самого неравенства, так и государства, как известно, появившегося в результате имущественной дифференциации. Появление государства — не только следствие имущественного неравенства, но и первопричина появления специфических властных отношений, отражающих это имущественное неравенство, само существование которого рождает отношения субординации. И, наконец, разрыв во времени в появлении первой и второй разновидностей общественных отношений можно увидеть только в историческом развитии права.

Начальный момент развития права позволяет увидеть, что кроме актов верховной власти в обществе существует развитое обычное право, которое сформировалось до появления первоначальных форм государства. Этот исторический разрыв и первые два предположения позволяют полагать, что источником частного права как совокупности норм, регулирующих имущественные отношения равноправных субъектов, являлось обычное право. С другой стороны, публичное право, как совокупность норм, регулирующих отношения субординации, питалось главным образом из актов волеизъявления верховной власти.

Таким образом, эволюция правовых систем, генезис права представляет наглядный пример существования ясно прослеживаемого самостоятельного способа формирования двух правовых начал. Антропология права позволяет во многом конкретизировать эти процессы и наглядно по-

казать процессы конкуренции централизованного и децентрализованного регулирования в процессе становления современной правовой системы, в которой наблюдается доминирование первого над вторым.

История развития национального права демонстрирует нам множество примеров того, что в истории соотношение публичного и частного права, регуляторов отношений координации и субординации может быть различным. Приведем конкретные исторические примеры. Как известно, буряты представляют один из монгольских народов, которые в результате распада Монгольской империи были присоединены к России и фактом установления государственной границы в начале XVIII века получили организационное обособление от монгольского мира. В рамках российской государственности бурятские роды получили статус внутреннего самоуправления. Его содержание включало в себя возможность собственного судопроизводства по широкому кругу правовых вопросов. Вместе с тем предусматривались и изъятия из юрисдикции бурятских сайтов<sup>1</sup> некоторых вопросов, отнесенных к исключительным полномочиям русской администрации [12, с. 1–16].

В аспекте рассматриваемого вопроса весьма примечательным является сам процесс становления нормативной базы правового регулирования и судебной практики. Особенности этого процесса свидетельствуют о существовании четкого видения не только колониальной администрацией, но и органами самоуправления естественных пределов юрисдикционных полномочий.

Прежде всего следует отметить, что установление русскими протектората над бурятскими родами отменило действие монгольских феодальных законов, устанавливающих систему публичных отношений. Буряты поняли это как признание населения бурятских родов по своему правовому статусу равными друг другу и отсутствие привилегированных слоев. Вначале социальное строительство, следует признать, базировалось именно на признании всех равными без каких-либо сословных ограничений. Равное положение нашло отражение в нормативных актах, которые буряты стали декларировать с целью упорядочения общественных отношений, решения спорных вопросов, возникающих в судебной практике. Системное изложение норм, регулировавших общественные отношения равных

<sup>1</sup> Дословно «сайты» (бурят.) переводится как «лучшие люди». Однако уже начиная с XVIII в. термин использовался в значении «официальные лица» (Прим. А.Т. Тумуровой).



субъектов, — владение, пользование и распоряжение имуществом, главным образом домашними животными, основным богатством, составляющим материальную основу экономического положения населения бурятских родов, — в настоящее время определяется как обычное право бурят [13; 14]. Бурятские уложения регламентировали имущественные отношения, проистекающие или базирующиеся на традиционных формах хозяйствования — скотоводстве и охоте. При этом они фиксировали нормы, уже выработанные общественной практикой, которые устоялись, являлись привычными для всех участников отношений. Они строились на правовых принципах, имеющих национальную основу и необходимую преемственность. Обычное право бурят чутко реагировало на происходящие изменения в общественных отношениях. Однако оно не стремилось внести изменения, а стремилось сохранить правовые устои, законсервировать старый и привычный порядок. Все это свидетельствует о том, что по своей природе правовые памятники являются, безусловно, обычным правом, отражающим устоявшиеся и традиционные отношения кочевого хозяйства.

Следовательно, обычное право бурят имеет пределы, за рамки которых оно не выходило, соблюдая пределы обычно-правового регулирования. Какие это пределы? Отчетливо видно, что буряты считали возможным регулировать только равноправные отношения<sup>2</sup>. Нормы, направленные на регулирование вертикальных отношений, практически отсутствуют в памятниках, относящихся к начальному периоду правотворчества. Хотя известно, что главы бурятских родов неоднократно обращались с запросами к колониальной администрации об утверждении основ их правового статуса.

Этот исторический факт трактовался в литературе неоднозначно. Наиболее широко была распространена точка зрения об отсутствии в бурятском обществе административных отношений. Отсюда и представления о доминировании потестарных отношений.

Из этого вывода следует и цепочка амбивалентных заключений. Неравноправные отношения не регулируются обычным правом, значит, они регулируются нормами, которые устанавливаются государственной вертика-

лью. Эта закономерность четко прослеживается и в правосознании бурят. Социальное строительство, необходимость осуществления публичных функций социального управления потребовали формирования новых органов власти. Характерно, что публичные функции осуществлялись на принципах и началах монгольской государственности, однако это никаким образом не отражалось в письменных источниках, нормативных актах. То есть социальные институты носили неформализованный характер, осуществлялись в соответствии с широко распространенными в обществе нормами. Нормативно-правовых актов, направленных на регламентирование этих отношений, практически не существовало. Все это создало дополнительные сложности в порядке управления. Осознавая неопределенность своего правового положения, бурятские сайты обращались с письменными запросами об упорядочении, высочайшем утверждении существующей системы управления, поскольку они фактически не вызывали возражения со стороны колониальных властей, непосредственно осуществлявших контроль ясачного народа. И что характерно, высочайшее утверждение пришло спустя полвека, в первой четверти XIX века. Оно связано непосредственно с деятельностью российского реформатора М.М. Сперанского, назначенного генерал-губернатором края.

Отсутствие в нормативных актах регулирования вертикальных отношений вплоть до так называемых реформ Сперанского 1822 года советскими историками трактовалось как свидетельство доминирования в обществе потестарных отношений, отсутствия классовых отношений и самой государственности как таковой [15].

Однако системное толкование норм открывает нам факты существования в правосознании народа четко обозначенных пределов социального регулирования и собственно государственного регулирования. Таким образом, можно сделать два важных вывода.

Во-первых, равноправные отношения, главным образом имущественные и тесно связанные с ними личные отношения, определяются как сфера, в которой общество имеет собственную, самостоятельную от государства, юрисдикцию. Право на самостоятельное правовое регулирование. Именно это содержание вкладывается в понятие свободы общества от вмешательства государства. С другой стороны, понятие децентрализованного регулирования при конкретизации самого процесса с необходимостью будет включать и сам процесс выработки правовых

<sup>2</sup> Исключением из указанной закономерности являются факты регулирования вопросов статуса буддийских лам в бурятском обществе, установления их привилегий в уплате налогов, а также более высоких штрафов за нарушения их неприкосновенности.

норм. В этом смысле выработанные практикой, социальные по происхождению нормы и являются нормами обычно-правовыми, составляющими главный источник частного права. По отношению к таким нормам государство несет правовую обязанность фиксировать, т.е. придавать им необходимую формальную определенность, и санкционировать, тем самым обеспечивая притязания управомоченной стороны. Государство санкционирует, в широком смысле слова, нормы частного права, таким образом признает их легитимность и обоснованность вытекающих социальных притязаний.

Во-вторых, отношения власти и подчинения регулируются государством в лице органа высшей государственной власти. Совокупность правовых норм, регулирующих такие отношения, образует самостоятельную в праве составную часть, определяемую как публичное право. Важнейшими публичными отношениями виделись полномочия органов власти и управления, их компетенция, полномочия, разграничения, юрисдикция органов власти. Источником публичных отношений выступает акт волеизъявления органа высшей государственной власти. По общему смыслу таким источником выступает закон. Значит, закон по своему социальному назначению выступает источником именно публичного права.

В современных правовых системах, особенно в романо-германской, закон, как правило, выступает универсальным источником права. Он регулирует как публично-правовые, так и частноправовые отношения. Однако многие явления в современном праве свидетельствуют, что такое явление не всегда было характерно как для собственно римского, так и для современного континентального права. Следует признать, что выполнение законом функций, выходящих за рамки прямого социального предназначения, имеет сложную природу. В данном явлении проявляется, во-первых, возросшее с развитием цивилизации значение государства, во-вторых, динамика развития общественных отношений. Государство все чаще берет на себя функцию социального преобразования, приспособлявая для этого механизм закона. Этим главным образом объясняется превалирующая над обычным правом роль закона в праве.

В-третьих, соотношение гражданского общества и государства, начиная с периода европейского абсолютизма, характеризуется доминированием государства, зачастую граничащим с утратой обществом самостоятельности и автономности от государства. Утрата обществом

самостоятельности и относительной независимости от государства как явление отражаются и в соотношении закона и обычного права, а значит, и в размывании четкой границы между частным и публичным правом.

Заметим, что публичный и частный интерес в таком случае представляет собой результат обычно-правового и законодательного регулирования соответственно. Общество в обычно-правовых нормах выражало главным образом частный интерес, тогда как государство при регулировании властных отношений, безусловно, выражает преимущественно государственные интересы. Но и то, и другое не является непосредственной целью регулирования. Именно поэтому интерес очевидный в частноправовом и публично-правовом массивах не может выступать критерием разграничения в праве.

Важнейшие тенденции в эволюции права, постепенное изменение в соотношении публичного и частного в праве отчетливо прослеживаются в генезисе обычного права и системы законодательства.

С возникновением регулярных межобщинных отношений начинает формироваться институциональная основа таких связей, как совокупность социальных норм, регулирующих совместную деятельность и распределение ее результатов. Главным субъектом таких отношений выступает первоначально коллективный субъект — родовая община, и глава рода выступает как единоличный представитель. Взаимные постоянные связи носят добровольный и самостоятельный характер, а значит, их отношения в основном имеют договорную природу. Главным условием участия в договорных отношениях является имущественная самостоятельность и независимость родовой общины. Гарантацией взаимных обязательств на первых порах выступает система родовой мести. С развитием хозяйственных связей и разнообразием производственной деятельности родовых общин принцип талиона заменяется уже устоявшейся системой материальных обязательств. Общественная практика постепенно вырабатывает формы платежей, которые складываются в систему возмещения. Неизбежные споры в реализации системы композиции постепенно переходят к публичным органам, которые и становятся со временем специальным органом, главной функцией которого выступает поддержание и развитие системы возмещения.

Поскольку сложно ответить на вопрос, когда это произошло в том или ином обществе, отказ общества от кровной мести следует рассматри-

вать как прямое свидетельство существования надежной публичной системы, осуществляющей социальные функции поддержания системы композиции. Однако при этом следует иметь в виду, что институт родовой мести может принимать форму социального рецидива, становиться ответом общества на систематический отказ публичных органов от защиты нарушенного законного интереса субъектов права. Обычно это происходило в период деградации государства, вызванного различными обстоятельствами, в том числе феодальной междоусобицей и т. д.

Таким образом, генезис права показывает, что первоначально формировалась система частного права, совокупность социальных норм, регулировавших равноправные общественные отношения коллективных субъектов права. В древнем обществе первоначально именно коллектив обладал необходимой для равноправных и свободных имущественных отношений дееспособностью, свободой волеизъявления, основанной на экономической независимости и самостоятельности. Главным источником частного права выступало обычное право, как совокупность установленных в общественной практике общеобязательных правовых норм, обеспеченных первоначально институтом кровной мести. С формированием межобщинных публичных органов власти, отличных от родовых, функция обеспечения механизма принудительного исполнения правовых норм переходила к ним. Этот момент знаменует собой возникновение протогосударства как своеобразной переходной формы социальной организации. Протогосударство, как переход от родовой формы властвования к государственной, выполняет функции, часть которых носит государственный характер. Например, протогосударство обеспечивает принудительное исполнение, фиксирует, придает всеобщий характер социальным нормам, выработанным обществом, создает единую систему возмещения, устанавливая единую «цену» пролитой крови, выступает арбитром при возникновении споров, а также обеспечивает принудительное исполнение. Однако есть одна функция, которая характерна для государства, но она отсутствует у протогосударства. В отличие от государства протогосударство не может вносить изменения в обычно-правовой порядок. Поэтому возможность власти от своего имени внести изменения в установленный общественной практикой правовой порядок означает переход протогосударства в государство, форму социального властвования, воплощающего в себе не только функции санкционирования социальных норм,

их охраны и обеспечения, но и активное вмешательство в социальные процессы посредством активного правотворчества — создания новых норм и их силового внедрения в общественную практику. Это становится возможным только в том случае, когда власть приобретает новый уровень экономической свободы от общества и суверенитет по отношению к обществу, которое его породило. Если первоначально молодому государственному образованию по силам только отстаивание своего правового статуса, взаимосвязанной с этим системы привилегий, исключительной компетенции — всего, что составляет, бесспорно, сферу государства, — то со временем государство начинает более активно вмешиваться в социальные процессы, стремиться преобразовать их в интересах государства или в классовых интересах сословия, интересы которого представляет. Таким образом, сфера частного и сфера публичного в самом генезисе права и государства четко определены различием сферы государства и сферы общества. Общество свою суверенную волю выражает формированием обычно-правовых норм. В частной сфере государство несет правовую обязанность фиксировать и защищать такие нормы. В свою очередь, сфера публичная находится под юрисдикцией государства. Проявляя свою верховную волю, государство формирует систему публичного права. Механизмом волеизъявления выступает система законодательных актов. В сфере властных отношений общество обязано подчиняться системе законодательной.

Безусловно, на практике соотношение государства и общества имеет огромное количество вариаций. Именно это соотношение определяет своеобразие и уникальность национальной правовой системы. Следует признать, что наиболее распространенный вариант — когда общество довлеет над государством. Такое общество обречено на вековечный застой и стагнацию во всех сферах общественных отношений. При слабости государства отсутствуют механизмы социального преобразования, подчеркнем, силового преобразования. Общество, послушное исключительно социальным, выработанным практикой, нормам, не развивается, поскольку воспроизводит одну и ту же модель социального поведения, зафиксированную в обычном праве. И только фактическое вмешательство другого образа жизни, например, при захвате территории или фактическом распространении новых технологий и т. д., может внести изменения в застойное общество.

Наряду с этим не менее распространенным вариантом (история знает немало примеров

этому) является узурпации власти государством. Когда общество полностью утрачивает возможность противостоять государству, формируется особая тоталитарная система. Человек в этой системе не имеет не только личной жизни, но и личной судьбы. Такая неустойчивая система не может существовать длительное время: она либо погибает, либо преобразовывается в систему, в которой идеалом выступает правовая форма взаимодействия государства и общества — соблюдение границ между публичным и частным правом.

Большинство цивилизаций исторически выработало свой оптимальный баланс между государством и обществом. Вопрос о соотношении между государством и гражданским обществом и важнейших тенденциях его развития составляет один из главных философских вопросов современности.

### Выводы

Таким образом, проведенный анализ позволяет сделать следующие выводы. Деление права на публичное и частное выражает соотношение между государством и гражданским обществом. Частное право — это сфера равноправных отношений и главным источником частного права выступает обычное право. В частной сфере государство выступает органом, выполняющим функцию фиксации (регистрации) выработанных общественной практикой правовых норм и их обеспечения. Публичное право — сфера отношений власти и подчинения, и главным источником выступает волеизъявление государства, главным образом закон. В публичной сфере государство выполняет функцию социального преобразования, главным инструментом которого выступает закон и присущий ему механизм силового обеспечения.

### СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Коркунов Н.М. Курс лекций по общей теории права / Н.М. Коркунов. — Санкт-Петербург, 1909. — 354 с.
2. Гримм Д.Д. Курс римского права. Ч. I / Д.Д. Гримм. — Санкт-Петербург, 1904. — 168 с.
3. Тихомиров Ю.А. Публичное право : учебник / Ю.А. Тихомиров. — Москва : Бек, 1995. — 485 с.
4. Радько Т.М. Теория государства и права : учебник / Т.М. Радько. — Москва : Проспект, 2005. — 752 с.
5. Черепяхин Б.Б. К вопросу о публичном и частном в праве / Б.Б. Черепяхин // Классика русской цивилистики. — Санкт-Петербург, 2005. — 479 с.
6. Гражданское право : учебник. Т. 1. изд. 3-е, перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — Москва : Проспект, 2001. — 550 с.
7. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права / Е.Н. Трубецкой. — Москва, 1913. — 183 с.
8. Михайловский И.В. Очерки философии права / И.В. Михайловский. — Томск, 1914. — 26 с.
9. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву / Ф.Ф. Кокошкин. — Москва : Бр. Башмаковы, 1912. — 306 с.
10. Тарановский Ф.В. История русского права / Ф.В. Тарановский. — Москва : Зерцало, 2004. — 238 с.
11. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. — Москва : Статут, 2001. — 353 с.
12. Цибилов Б.Д. Обычное право селенгинских бурят / Б.Д. Цибилов. — Улан-Удэ : Бурят. кн. изд-во, 1970. — 283 с.
13. Тумурова А.Т. Обычное право бурят: селенгинское уложение 1775 года : монография / А.Т. Тумурова. — Улан-Удэ : Изд-во Бурят. госуниверситета, 2004. — 115 с.
14. Тумурова А.Т. Генезис обычного права бурят : монография / А.Т. Тумурова. — Улан-Удэ : Изд-во Бурятского университета, 2005. — 221 с.
15. Залкинд Е.М. Общественный строй бурят в XVIII — первой половине XIX в. / Е.М. Залкинд; отв. ред. Г.Н. Румянцев. — Москва : Наука, 1970. — 400 с.

### REFERENCES

1. Korkunov N.M. *Course of lectures on general theory of law*. Saint Petersburg, 1909. 354 p.
2. Grimm D.D. *Roman law course*. Saint Petersburg, 1904. Pt. 1. 168 p.
3. Tikhomirov Yu.A. *Public law*. Moscow, Bek Publ., 2007. 302.
4. Rad'ko T.M. *Theory of State and law*. Moscow, Prospekt Publ., 2005. 752 p.
5. Cherepakhin B.B. *On the issue of public and private in law. Classics of Russian Civilistics*. Saint Petersburg, 2005. 479 p.
6. Sergeev A.P., Tolstoy Yu.K. *Civil law*. 3<sup>rd</sup> ed. Moscow, Prospekt Publ., 2001. Vol. 1. 550 p.
7. Trubetskoi E.N. *Encyclopaedia of law*. Moscow, 1913. 183 p.
8. Mikhailovskii I.V. *Essays on the philosophy of law*. Tomsk, 1914. 26 p.
9. Kokoshkin F.F. *Lectures on general public law*. Moscow, Br. Bashmakovy Publ., 1912. 306 p.



10. Taranovskii F.V. *History of Russian law*. Moscow, Zertsalo Publ., 2004. 238 p.
11. Pokrovskii I.A. *Main civil law issues*. Moscow, Statut Publ., 2001. 353 p.
12. Tsibikov B.D. *Customary Law of Seleng Buryats*. Ulan-Ude, Buryat book Publ., 1970. 283 p.
13. Tumurova A.T. *The Customary Law of the Buryats: the Selengin Rule of 1775*. Ulan-Ude, Buryat State University Publ., 2004. 115 p.
14. Tumurova A.T. *Genesis of customary law of the Buryats*. Ulan-Ude, Buryat State University Publ., 2005. 221 p.
15. Zalkind E.M.; Rumyantsev G.N. (ed.). *The social system of the Buryats in the 18th – first half of the 19<sup>th</sup> century*. Moscow, Nauka Publ., 1970. 400 p.

#### ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Анна Тимофеевна Тумурова** — доктор юридических наук, доцент. Бурятский государственный университет имени Доржи Банзарова. 670000, Россия, Республика Бурятия, Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, 6.

#### INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Anna T. Tumurova** — Doctor of Law, Associate Professor. Buryat State University named after Dorzhi Banzarov. 6, Sukhe Bator St., Ulan-Ude, Republic of Buryatia, Russia, 670000.

Поступила в редакцию / Received 17.09.2023

Доработана после рецензирования / Revised 02.12.2023

Принята к публикации / Accepted 18.12.2023