
Международный «круглый стол»
«Римское право – опыт становления юридических форм
социальной жизни в античном мире»

© 2003 г.

Д. В. Дождев

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ
ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА: ИНДИВИД
И ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО

Одно из древнейших направлений антиковедения, обладающее научно определенным предметом исследования и консолидированным методом изучения, развитым понятийным и категориальным аппаратом, – *юридическая романистика* – сегодня предстает обособленным от сложившегося комплекса исторических дисциплин, что обедняет современный антиковедческий дискурс, лишая историков возможности полноценно использовать богатейший массив источников и закрывая от изучения целые области социальной реальности. Возникнув в XI в. вместе с общим возрождением классической культуры, эта область гуманитарного знания была непосредственно востребована становящейся национальной государственностью и стала практически сразу необратимо утрачивать свою историческую составляющую, превращаясь в юридическую науку современности. Так римское право как научная дисциплина стало фундаментом и составной частью особой отрасли обществоведения, эпистемологически более близкой к практической, а не к теоретической сфере познания.

Между тем юридическая сторона исторической *реальности* не могла не удержать познавательного значения и не остаться в сфере предмета исторической науки. Изучение типического, закономерного, необходимого в существовании и развитии общества – по определению составляет содержание общественных наук. Порядок и правила поведения, утвердившиеся в обществе в целом и в отдельных его группах, их различные нормативные основания, методы их передачи (традиции) и усвоения (интериоризации), способы обеспечения их тождественности, взаимное влияние и устойчивость к внешним воздействиям – любое классическое этнографическое исследование строится вокруг подобных вопросов.

Эта общность предмета объективно включает римское право в сферу интересов историков. Авторитетное направление отечественного антиковедения убедительно показало продуктивность такой работы. Наилучшие результаты достигнуты на пути изучения ролевой структуры личности и ее отражения в юридических институтах и схемах юридического мышления¹. Представляется, что соотношение права с други-

¹ *Смирин В.М.* Патриархальные представления и их роль в общественном сознании римлян // *Культура древнего Рима* / Отв. ред. Е.С. Голубцова. Т. 2. М., 1985. С. 5 слл.; *он же.* «Nudum ius Quiritium», «dominium» и «proprietas» в понятийной системе римских юридических текстов // *ВДИ.* 1998. № 1. С. 281 слл.; *он же.* Свобода раба и рабство свободного (К истории римского гражданского общества) // *ВДИ.* 2000. № 2. С. 260 слл.; *Смышляев А.Л.* Няня-кормилица в суде римского наместника // *ВДИ.* 2001. № 3. С. 36 слл.

ми социальными нормами может стать темой научного обсуждения со стороны специалистов, изучающих самые различные аспекты античного общества. Хотелось бы предпослать такому обсуждению ряд методологических замечаний, связанных со спецификой права. Эта проблематика может быть вполне адекватно раскрыта в рамках темы, вынесенной в название данной статьи: она позволяет выявить диалектику единичного и всеобщего, составляющую центральный момент правовой формы регуляции общественных отношений. Выбор темы связан также с задачей критического осмысления одной из самых ярких теорий, выдвинутых в отечественной науке на основе римского правового материала, – концепции Е.М. Штаерман об исторической специфике римской частной собственности. Анализ программной работы по фундаментальной проблеме, в которой соединяются научные интересы юридического и исторического знания, позволит лучше определить методологические принципы изучения правовой реальности.

Среди различных нормативных систем, организующих общество, право отличается абстрактно-формальным характером и (связанным с этим свойством) всеобщим масштабом действия. Принцип этой нормативной системы – формальное равенство участников регулируемых отношений. Разные (фактически различные) люди уравниваются (рассматриваются как равные) в определенном аспекте. Тем самым фактические различия игнорируются, и отношение выстраивается как существующее не между конкретными, а между абстрактными субъектами, как связь, предполагающая равную степень возможного (и ожидаемого) воздействия (влияния) со стороны каждого. Участники таких – регулируемых правом – отношений оказываются равным образом признанными (и защищенными) общей нормой (правилом поведения), независимо от их фактических качеств. Для права существенны только абстрактные качества, значимые для данного типа отношений.

Независимость от фактического положения и друг от друга определяет обретаемую участниками правового общения защищенность от произвола и случайности. Этот момент независимости – проявление самого принципа формального равенства и присущ той сфере социального бытия, в которую он допущен и в которой он утвердился. Этот момент именуется *свободой*. Свобода соотносится с равенством как содержание с формой: свобода существует только в отношении равенства, как равенство – это способ бытия свободы в человеческих отношениях. Исключение произвола (антипода свободы) из социальных (волевых) отношений возможно, только если они строятся по принципу формального равенства. Композиция отношения по принципу равенства или сам принцип правового равенства (равенства в свободе) именуется справедливостью².

Право – это триединство равенства, свободы и справедливости³. Нет иной справедливости, кроме той, что утверждается в результате реализации принципа формального равенства; нет иной свободы, кроме той, что обретается в отношениях, отвечающих требованиям справедливости. Единственный способ всеобщего признания и защиты субъективных волеизъявлений и воплощенных в них интересов личности – это применение к форме реализации таких волеизъявлений и интересов принципа равенства. Единственный путь к обретению свободы – это оформление своей воли в соответствии с равным для всех правилом, признанным для данного типа волеизъявления (выражения соответствующего интереса).

Включенность, интегрированность человека в общество, построенное на правовом единстве (гражданское общество), преобразует фактического человека в свободного (формального) индивида. Это преобразование осознается человеком (право

² «Принцип права может рассматриваться отвлеченно; и тогда он есть лишь прямое выражение справедливости: я утверждаю мою свободу как право, поскольку признаю свободу других, как их право» (Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия. М., 1996. С. 331).

³ Соотношение раскрыто в работах: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 17 слл.; он же. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 69 слл.

невозможно без рефлексии) и, по сути, является сознательным отказом от своей неповторимой фактичности («самости») в пользу признания себя в формальном качестве участника правового общества, гражданина, правового индивида. Такое признание – предпосылка и непереносимое условие свободного развития личности, позволяющее выявить ее неповторимые качества. Человек реализуется через правовое членство в обществе. Общество же сохраняет присущие ему свойства множества, системы связей, обеспечивая автономию индивидов. Таким образом, *индивидуализм* как подлинно цивилизованный путь к утверждению значения отдельной личности оказывается и способом существования *общества*; индивид не противопоставит обществу, а является одновременно его продуктом и условием.

Индивидуальные интересы представляют собой правовое явление, они возникают в правовом общении и поддерживаются только правом. Интересы личности признаются и защищаются только тогда, когда они соответствуют типичным интересам, свойственным нормальным членам общества. Игнорируя спонтанные и атипичные волеизъявления, которые могут нарушить признанные интересы других, право минимизирует произвол и обеспечивает согласование индивидуальных интересов. Таким образом, значение каждой отдельной личности обретается через признание значения других, так что индивидуализм противоположен эгоизму. В точном значении понятия и соответствующей ему действительности индивидуализм – это форма и способ согласования интересов (координации), основанный на их признании и защите, в отличие от коллективизма, который исходит из подчинения частного, особенного, индивидуального интересам объединения как целостности и строится на субординации. В то же время правовой принцип индивидуализма предполагает, что формальное лицо, свободный индивид, существует как продукт и как момент общественных отношений, не противопоставляя отдельную личность целому, но интегрируя человека в общество как источник правового начала, сферу реализации свободы личности⁴. Поверхностное противопоставление личного обществу снимается и преобразуется в диалектическое единство. Право – способ бытия индивидуальной свободы. Отвечающая природе социального оппозиция взаимоисключающих принципов организации общества (произвол – свобода, подавление личности – признание личности, анархия – порядок) выявляет антигуманистическую направленность критики *буржуазного* права и индивидуализма⁵.

Абстрактная формальность определяет всеобщность регулятивной функции права. Принцип права – формальное равенство – свободен от содержательных определений: прилагая равный масштаб (меру) к различным интересам различных людей, правовое равенство оформляет волеизъявления членов общества в справедливые (соразмерные другим интересам) притязания, так что содержательное качество является следствием формального. Поэтому не бывает «лучшего» или «худшего» права, более «справедливого», более «нравственного» и т.д. права, как не бывает права более «божественного» (или «религиозного», «сакрального» и проч.), более «эстетичного» (или «прекрасного»), а также – «аристократического», «номенклатурного», «бюрократического», «рабоче-крестьянского», вообще более соответствующего одной социальной группе, нежели другой, одним групповым интересам в ущерб другим. Оценка права с точки зрения других нормативных принципов – религиозного, этического, эстетического, корпоративного – неадекватна предмету, так как они обладают меньшей степенью абстрактности и соответственно более узкой сферой действия, чем право. Наоборот, можно говорить о справедливой религии, морали, справедливых групповых требованиях, справедливом уставе корпорации и т.д., –

⁴ О понимании индивидуализма в развитой либеральной теории см. *Хайек Ф.* Индивидуализм - истинный и ложный // *О свободе. Антология мировой либеральной мысли (I половина XX века)*. М., 2000. С. 385 слл.

⁵ Пример марксистской критики индивидуализма, повлиявшей на последующее понимание вопроса, см.: *De Martino F.* Individualismo del diritto romano [1941] // *Idem.* Diritto e società in Roma antica. Roma, 1979. P. 101 sgg.

прилагая всеобщую и абстрактную меру права к оценке менее абстрактных и более ограниченных по кругу действия норм⁶. Более того, возможна правовая регуляция этих интересов, в результате которой возникнут право на вероисповедание, признанная и защищенная в обществе свобода убеждений, право на объединения и защиту групповых интересов.

Абстрактная всеобщность права не означает, что действующее в данном обществе право непременно распространяется на все население: некоторые группы (например, рабы) могут быть исключены из сферы действия права, поставлены вне права, но тем самым они будут поставлены и вне общества, т.е. исключены из общества, которое как раз и определяется единством правовой системы. Право сословного или даже кастового общества также имеет всеобщий характер, поскольку устанавливаемые им формальные преимущества одних групп и формальные лишения других определяют общество как целое. Прогресс права в том и состоит, что принцип равенства распространяется на новые типы отношений и на все более широкий круг лиц. Правовые привилегии (особые нормы для отдельных групп лиц: малолетних, женщин, умалишенных, военных, чиновников) в свою очередь являются одним из последовательных проявлений принципа формального равенства, поскольку они корректируют всеобщую абстрактность правовой меры (нормы) применительно к возрастным, половым, психическим, деловым качествам различных членов общества. При этом фактические отличия таких групп приобретают формальное значение, опять-таки равное для всех подобных членов данного общества. Возможно также существование неправовых корпоративных или сословных норм, которые будут навязаны остальному обществу в качестве общеобязательных. Но такая всеобщность не делает их правовыми. Всеобщность – естественное свойство права, которое является одним из проявлений его абстрактной формальности.

С этой точки зрения понятно, что всеобщее признание нормы, ее общественный авторитет – это одно из фундаментальных обоснований ее действительности и самого ее существования. Право отдельного лица существует лишь как момент всей правовой системы общества, как конкретизированное право, признанное в данном обществе в целом. Очевидно, что право собственности (например римского гражданина-«квирита») может существовать только как конкретное притязание, реализующее общую норму «квиритского» права («*dominium ex iure Quiritium*»). Усматривать в этом проявление некоего «контроля коллектива граждан за частной собственностью» или «верховную собственность гражданской общины»⁷ означает игнорировать естественное свойство права вообще и права собственности в частности.

Адекватная оценка соотношения гражданской общины и гражданина в античном мире требует уяснения диалектики общего и отдельного. Абсолютизация одного из полюсов приводит к искажениям, которые в конечном счете отрицают как черты индивида у гражданина, так и черты государства у полиса (или *civitas*), – т.е. правовые характеристики этих общественных явлений. Сходную стадию становление взаимопонимания прошло и в античности. Последовательный идеализм Платона представляет людей лишенными собственной воли и неспособными в массе самостоятельно достичь разумности и совершенства: только искусственное и принудительное подчинение страстей разуму и воле обладающих разумом мудрецов-правителей позволяет философу сконструировать «справедливое» общество⁸. Это общество строится на гипертрофированной общности, отрицающей за человеком качества отдельной, значимой единицы такого общества. Платон обобществляет не только собст-

⁶ О соотношении права с другими нормативными системами см. *Нерсесянц*. *Философия права*. С. 76 слл.; *он же*. *Общая теория ...* С. 81 слл.

⁷ См. *Штаерман Е.М.* Римское право // *Культура древнего Рима*. Т. 1. М., 1985. С. 211: «...гражданская община продолжала оставаться верховным собственником земли».

⁸ Политико-правовое учение Платона убедительно интегрировано в его философию в работе: *Лосев А.Ф.* *Жизненный и творческий путь Платона в философской литературе // Платон*. Сочинения в 3-х томах. Т. 1. М., 1968. С. 40 слл.

венность, но и жен; отнимает детей у семьи, целиком передавая воспитательную функцию государству; самих граждан низводит до положения объектов воспитания, отрицая ценность не только индивидуальной воли, но и морали. Этот тоталитаристский проект – результат логического перекоса в уяснении значения целого для развития и самого существования частного. Здесь нет умысла⁹. Источник отрицания индивида – открытие значения общества для развития личности как в социальном, так и в нравственном отношении. Коммунистическое учение Платона показывает, насколько объективны трудности познания права и природы нормативности.

Обращение советских историков к проблемам, относящимся к ведению юридической науки, неизбежно сопровождалось неадекватным применением полученных из вторых рук юридических понятий и категорий и соответствующим искажением интерпретаций, которое усиливается при попытке объявить нормативную реальность единичным проявлением социальной фактичности. Употребление юридических (научных) терминов в произвольном значении затемняет мысль исследователя, делая подчас невозможной ее критическое обсуждение. Теория Е.М. Штаерман о зависимости римской частной собственности от гражданской общины¹⁰, получившая самое широкое распространение в отечественном антиковедении, несмотря на расплывчатость формулировок, может служить показательным примером методологии, которая упрощенно выставляет институциональные проявления формально-юридической абстрактности и всеобщности явлениями конкретно-исторического порядка.

Оспаривая консолидированное мнение историков права¹¹ о развитой частной собственности в Риме, Е.М. Штаерман ставит под сомнение эвристичность принятых другими авторитетными историками¹² критериев частной собственности – свободы отчуждения и права отстранения несобственника собственником, – объявляет их критериями «капиталистической» частной собственности и в дальнейшем пытается показать, что они были чужды римскому праву. Логика такого рассуждения не представляется убедительной: если критерии исторически неадекватны, то демонстрация их неприменимости к характеристике римской частной собственности даст информацию (негативную) о самих критериях, но не о римской частной собственности. Неадекватность критериев должна была бы исключить их дальнейшее использование, но собственных критериев автор не выдвигает, а те, которые объявлены неадекватными, сами по себе не критикует. Общепринятое значение или авторское понимание этих критериев читателю не раскрывается, так что все последующее рассуждение получает номиналистский характер: используемые в субъективном понимании и потому оторванные от своих устойчивых смыслов слова перестают быть научными терминами.

Когда речь идет о праве, о формальной реальности, качества и свойства изучаемого явления следует понимать в формальном смысле. «Отстранение несобственника» здесь не может означать возможность физического изгнания с земельного участка или прямого отобрания вещи, как понимает данный критерий Е.М. Штаерман, говоря, что он не применим к римскому праву собственности, поскольку только прекарное владение (полученное от собственника в качестве «благодаяния», как пояс-

⁹ Карл Поппер в более продуманном варианте своего труда готов признать и за Платоном добрую волю, в марксистском духе объявляя источником коммунистического проекта Платона разложение родоплеменного строя: *Поппер К.* Открытое общество и его враги. Т. 1. Чары Платона. Гл. X. М., 1992. С. 215.

¹⁰ Развернутое обоснование концепции содержится в работе: *Штаерман Е.М.* Древний Рим: проблемы экономического развития. М., 1978. С. 49 слл.

¹¹ Е.М. Штаерман ссылается, в частности, на работу: *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 77–79, 82–83, 87.

¹² Имеются в виду программные для отечественного антиковедения работы: *Дьяконов И.М.* Проблемы собственности. О структуре общества Ближнего Востока до середины II тыс. до н.э. // ВДИ. 1967. № 4. С. 13–35; *он же.* Проблемы экономики. О структуре общества Ближнего Востока до середины II тыс. до н.э. // ВДИ. 1968. № 3. С. 3–27; *Бонгард-Левин Г.М.* К проблеме земельной собственности в древней Индии // ВДИ. 1973. № 2. С. 3–26.

няет автор) можно было «в любое время отобрать»¹³. При этом дается ссылка на D. 43. 26. 17, где говорится следующее: «*Тот, кто владеет участком прекарно, управомочен на интердикт “Как вы владеете” против всех, кроме того, у кого он его испросил*»¹⁴. Интердикт «Как вы владеете» (получивший свое название по первым словам типичного преторского приказа: «*Utī possidetis...*») – это средство административной, полицейской защиты недвижимости от силовых посягательств со стороны третьих лиц. Юридически владельцем (possessor) считается лицо, управомоченное на интердиктную защиту (включая прекарного владельца – D. 43. 26. 4. 1), а владением (possessio), соответственно, – правовая форма принадлежности, обеспечивающая фактическое обладание вещью (такое, которое может быть нарушено только физически)¹⁵. Владеть (обладать владением) может и несобственник, но в данном отношении (беспрепятственная фактическая принадлежность вещи) он будет сильнее всех третьих лиц, включая любых субъектов других прав на вещь, даже собственника¹⁶. Это так называемая абсолютная защита (против всех – *erga omnes*), свойственная любому вещному праву (*ius in re*). Владение прекарриста было *относительным*: он был защищен только против посторонних, но не против концессионера – того, от кого он получил вещь в прекарий (например, собственника)¹⁷. Текст (формула) интердикта содержал фразу, исключавшую предшественника прекарриста из круга лиц, против которых защита была возможна – так называемую экспецию о порочном владении (*exceptio vitiosae possessionis*)¹⁸. Таким образом, если концессионер вторгнулся на участок (как правило, свой собственный!) с целью изгнать прекарриста, тот уже не мог защищаться. Иными словами, фактическая возможность для собственника изгнать несобственника здесь является следствием отсутствия у несобственника процессуальных средств защищать свою формальную позицию владельца.

Но если концессионер применял вооруженную силу, отнятое владение восстанавливалось в пользу изгнанного (*vi deiectus*) по особому интердикту «*unde vi armata*». Как видим, отношения далеки от непосредственной фактичности. Более того, для концессионера было предусмотрено специальное средство для восстановления его владения – интердикт «*de precario*» (которому посвящен целый титул Дигест Юстиниана: D. 43. 26). Показательно нормативное обоснование этого специального средства, которое дает Ульпиан в комментарии к соответствующему разделу преторского эдикта: «*[Этот интердикт] включает в себе естественную справедливость, раз он позволяет по желанию отозвать прекарное владение: ибо соответствует природе, чтобы ты пользовался моей щедростью столь долго, сколько я хочу, и чтобы я мог отозвать благодеяние, изменив намерение...*»¹⁹.

Казалось бы, неформальная природа благодеяния предполагает возможность непосредственного изъятия вещи у пользователя, но и здесь дело обстояло иначе: хотя

¹³ Штаерман. Древний Рим... С. 51.

¹⁴ *Ротр.* 23 ad Sab.: D. 43. 26. 17: Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.

¹⁵ Подробнее см. *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 23 слл., 208 слл.; *он же.* Римское частное право. 2-е изд. М., 1999. С. 360 слл.

¹⁶ Владеть может и собственник (как правило, так и происходит): тогда он помимо средств защиты, свойственных ему как собственнику, – судебных исков о защите права собственности – будет иметь возможность в качестве владельца прибегать и к более оперативной интердиктной защите (подобный случай обсуждается в D. 41. 2. 12. 1).

¹⁷ Подробнее см. *Дождев.* Основание защиты владения... С. 215 слл.

¹⁸ Сходный режим применялся к владению грабителя и вора: будучи беззащитны против потерпевшего, такие владельцы также пользовались защитой против посторонних. Все три вида «порочного владения» (*possessio vitiosa* – Gai. 4. 151) упоминались в тексте интердикта: «если владение начато от противника не силой, не тайно, не прекарно» (*pec vi, pec clam, pec precario altero ab alteri possidetis*), что и обеспечивало противнику победу, если он доказывал обратное.

¹⁹ *Ulp.* 71 ad ed.: D. 43. 26. 2. 2: et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.

прекарное владение и существует «до востребования» («прекарное» в юридическом словаре стало синонимом «срочного»), обратная воля благодетеля выражается отнюдь не произвольным, но особо оформленным образом, что концептуально выражено юристом в правовом понятии «*naturalis aequitas*»²⁰.

Приведенный Е.М. Штаерман пример не достигает своей цели: «ярко выраженого в законе права отстранения несобственника» институт прекарного владения не демонстрирует. Напротив, прекарное владение нередко («*cottidie*») испрашивалось собственником у владельца-несобственника (например, у залогодержателя – D. 13. 7. 29; 43. 26. 6. 4²¹), так что его срочный и «произвольный» характер лишь выявляет самостоятельность института владения по отношению к собственности.

Два других примера неприменимости критерия «отстранения несобственника» также касаются владения. Утверждается, что собственник (*dominus*) имения не мог силой изгнать «посессора», так как владельца защищал интердикт «*unde vi*», тогда как «человек, занявший пустое имение, мог воспрепятствовать господину туда войти, и это не считалось насилием»²². Автор ссылается соответственно на два текста Павла из 54-й книги «Комментария к эдикту», где юрист подробно рассматривал виды владения, способы его приобретения и защиты. Оба текста взяты из пространного фрагмента, в котором говорится о приобретении по давности (*usucapio*) и который был включен составителями Дигест Юстиниана в соответствующий титул (D. 41. 3. 4. 25; 27): «(25) Если собственник имения выгонит владельца силой, Кассий говорит, что не считается, что имение вернулось в его власть, поскольку по интердикту “Где силой” владение подлежит восстановлению»²³; (27) «Также если ты захватил свободное владение, а затем запретишь вторгаться вернувшемуся собственнику, не будет считаться, что ты завладел силой»²⁴.

Приобретение по давности владения (*usucapio*) исключалось в случаях, запрещенных законом. Так, уже по закону XII таблиц (8. 17) не допускалось приобретение по давности ворованных вещей (*res furtivae*), а по закону Плавция и закону Юлия I в. до н.э. также и вещей, захваченных силой (*res vi possessae* – Gai. д. 45). Закон Атиния II в. до н.э. предусмотрел, что ворованные вещи очищаются от порока, если они вернутся во власть потерпевшего (*nisi in potestatem eius cui subrepta esset revertatur* – D. 41. 3. 4. 6; ср. Gell. 17. 7. 1), что было впоследствии интерпретировано как возвращение во владение собственника (видимо, Лабеоном – D. 41. 3. 4. 7; см. также: D. 41. 3. 4. 9)²⁵. Отсюда – внимание юристов к *reversio in potestatem domini*, о которой рассуждает Кассий, упомянутый в первом из наших текстов. Владение, беззащитное против интердикта «*unde vi*» (и подлежащее возвращению в пользу противника), не может рассматриваться как «*potestas*», поэтому изгнание владельца силой не является *reversio in potestatem*, предусмотренной гражданским правом. Отсюда следует, что в случае, обсуждаемом Кассием, владение было прежде утрачено собственником в результате противоправного деяния, а посессор, владеющий участком, пользуется интердиктной защитой против собственника, лишённого владения, только потому, что сам посессор этого деяния не совершал, а, например, добросовестно приобрел

²⁰ Демонстрация юридического содержания понятия «*aequitas*» заслуживает специальной публикации, в которой соотношение этического и правового, разработанное в философии Аристотеля и рассматриваемое ниже в данной статье, будет прослежено в учениях римской философии и юриспруденции.

²¹ Очевидно, что эта практика представляет собой вторичное использование института и не может рассматриваться как один из его источников (ср. Штаерман. Древний Рим... С. 74). Так, Ульпиан в D. 43. 26. 6. 4 свидетельствует, что вопрос о применимости интердикта «*de praesagio*» в этой ситуации был предметом обсуждения среди знатоков права – «*quaestio*».

²² Штаерман. Древний Рим... С. 50.

²³ Paul. 54 ad ed.: D. 41. 3. 4. 25: Si dominus fundi possessorem vi deiecerit, Cassius ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem.

²⁴ Paul. 54 ad ed.: D. 41. 3. 4. 27: item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possessisse.

²⁵ Подробнее см. Дождев. Основание защиты владения... С. 175 сл.

участок от третьего лица на основании купли-продажи. Собственником он не является, раз вещь приобретена не от собственника²⁶, однако правомерность и добросовестность его владения могли бы привести к приобретению участка по давности. Несмотря на это *usucapio* не происходит, так как вещь покрыта пороком в силу закона и в данном отношении изъята из оборота²⁷.

Выше Павел приводит две другие ситуации, которые подтверждают такой нормативный контекст (D. 41. 3. 4. 22–23): «(22) Если ты силой изгонишь меня из владения имуществом и не возьмешь владение сам, но в свободное владение вступит Тиций, он сможет приобретать вещь по давности: ведь хотя имеет место интердикт “Где силой”, так как верно, что я был изгнан силой, однако не верно, что имуществом завладели также с применением силы»²⁸. (23) Впрочем, даже если я владею имуществом недобросовестно и ты меня изгонишь и продашь его, то имущество нельзя будет приобретать по давности, раз верно, что им завладели силой, хотя и не от собственника»²⁹. В том же ключе следует интерпретировать текст § 27: владелец начал владеть без применения силы, вступив в свободное от прежнего владельца имущество, а затем препятствует собственнику вернуться. С точки зрения начала владения (*initium possessionis* – Iul. 44 dig.: D. 41. 4. 7. 4) оно непорочно, а значит при наличии добросовестности возможна *usucapio*, а у собственника нет интердикта «*unde vi*» против нынешнего владельца, хотя бы он был у него против того, кто в свое время изгнал его с участка.

Тексты ничего не говорят о возможности или невозможности для собственника «отстранять несобственника», речь в них идет о владении. Критерий, критикуемый Е.М. Штаерман, призван выразить специфику собственности, называемую юристами *исключительностью*³⁰, одним из проявлений которой является и упоминавшаяся выше абсолютность³¹. Право собственности исключает все иные однопорядковые притязания на вещь. Иначе этот принцип выражается как недопустимость одновременного существования полного (*in solidum*)³² права собственности нескольких лиц на одну вещь (D. 13. 6. 5. 15).

Текст Павла (D. 41. 2. 3. 5), который упоминает Е.М. Штаерман³³, сообщает о расхождении мнений юристов конца Республики и начала Принципата о допустимости одновременного владения нескольких лиц по разным основаниям, например, вора и

²⁶ По римскому праву «никто не может передать другому больше права, чем имеет сам» (D. 50. 17. 54).

²⁷ *Mayer-Maly Th. Die Elementarliteratur über «usucapio» // Studi E. Betti. V. 3. Milano, 1962. P. 460 sgg.*

²⁸ Имеются в виду обстоятельства приобретения владения Тицием.

²⁹ *Paul. 54 ad ed.:* D. 41. 3. 4. 22–23; Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuum possessionem intraverit, potest [longo tempore] (usu) capi res: quamvis enim interdictum unde vi locum habeat, quia verum est vi me deiectionem, non tamen verum est et vi possessum. (23) ceterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris et vendideris, non poterit capi, quoniam verum est vi possessum esse licet non a domino.

³⁰ См. *Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 1999. С. 152 сл.*

³¹ Абсолютность означает значимость против всех; другого значения термина юридическая наука не знает (см. *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995 [по изданию 1907 г.]*, С. 140 сл.). Абсолютность, таким образом, не означает неограниченности: право как мера (норма) не может быть неограниченным; отсутствие ограничений (произвол) означало бы неопределенность, т.е. отсутствие права. Юридико-технические ограничения собственности заключаются не в наложении обязанностей на собственника, но в установлении «имманентных границ собственности» (см. *Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. д. Вещное право (6-е изд.) / Пер. с нем. под ред. А.Ф. Мейендорфа. СПб., 1905. С. 81–82. Прим. 6; см. также с. 59, прим. 7). Ограничения собственности выявляют уровень развития института на данной стадии развития общества (см. *Шершеневич. Ук. соч. С. 175*). Наибольшим ограничениям земельная собственность подвергается в интересах общественной пользы в развитом капиталистическом обществе. См. *Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 208 сл.**

³² В отличие от собственности в (идеальных) долях («*pro partes*») - конструкции, которая делает возможной общую собственность нескольких лиц на одну вещь.

³³ *Штаерман. Древний Рим... С. 68, 93.*

потерпевшего (который сохранял интердиктную защиту несмотря на фактическую утрату вещи), будто одно лицо владеет порочно, а другое – правомерно (*posse alium iuste, alium iniuste possidere*). Принципиальное решение контроверзы дал Лабейон, указав, что в отношении владения как понятия («*in summa possessionis*») нет разницы, владеет ли кто-либо правомерно или нет, почему и владение двоих *in solidum* теоретически недопустимо. Поддерживая это суждение, Павел говорит: «Ведь одно и то же владение может быть у двоих не более, чем если бы считалось, что ты стоишь, там, где я стою, или что там, где я сижу, ты сидишь» (*non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*)³⁴. Ясно, что вопрос никак не связан с проблемой разделенной собственности, о которой в этой связи почему-то говорится у Е.М. Штаерман³⁵, и насколько необоснованно следующее обобщение: «Такие споры явились результатом осознания, хотя еще и недостаточно четкого, юристами того факта, что на практике владение фактически становилось разделенным и иерархическим и что прямая, непосредственная связь гражданина-землевладельца с собственником земли – гражданской общиной и государством – все более нарушалась»³⁶.

Исключительность свойственна и владению³⁷, а также другим вещным правам – так называемым правам на чужие вещи (*iura in re aliena*), к которым относятся сервитуты, узуфрукт, право пользования и проживания, суперфиций, *ius in agro vectigali* (право наследственной аренды), которые Е.М. Штаерман именует формами «фактического разделения собственности». Между тем большинство этих форм известно всем современным законодательствам континентальной системы права, и развитая система вещных прав соответствует институциональной и доктринальной зрелости конструкции частной собственности.

Собственность и другие вещные права – явления формально-юридические и не поддаются адекватному пониманию с «фактической» точки зрения. Субъект любой вещно-правовой позиции сильнее *всех* других лиц, какими бы иными правами на ту же вещь они ни обладали. Каждое из вещных прав имеет свое содержание и свою функциональную определенность, которая выражается и в различиях средств защиты. Отказ различать, например, собственность и владение, смешение их по сфере действия означает отказ от научного подхода к предмету: «Решение вопроса затрудняется тем, что у самих римских юристов, несмотря на противопоставление *possessio* и *dominium*, мы не находим четкой характеристики различия между тем и другим, различия между правами господина и посессора. Как мы помним, если первый изгнал второго из имени, по интердикту *unde vi*, владение восстанавливалось (*Dig., XLI, 3, 4, 25*), а значит, права собственника не были более абсолютны, чем права владельца, и даже, напротив, иногда оказывались меньшими»³⁸. Здесь, как видим, опять упоминается уже известный нам текст *D. 41. 3. 4. 25*, который показывает, что владение – это особое вещное (а значит, абсолютное) право со своими средствами защиты (интердиктами), детально описанными римскими юристами в оппозиции к судебным искам (виндикационному, негаторному и другим), защищающим собственность, – так что о большем или меньшем праве на вещь говорить некорректно, как некорректно противопоставлять собственность и владение по одному основанию.

³⁴ Сомнительно поэтому, чтобы «вопрос этот был неясен и для самих римских юристов, особенно позднейшего времени, когда теория стала приходиться... в постоянное противоречие с практикой», и что «сами римляне ничего об этом не говорили» (Там же. С. 68).

³⁵ Разделенная собственность существует при феодализме и признается его важнейшим признаком. Наиболее основательное изложение вопроса в отечественной литературе см. *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. М.–Л., 1948. С. 106 слл.

³⁶ *Штаерман.* Древний Рим... С. 93.

³⁷ К.И. Скловский (*Ук. соч.* С. 58), возражая против сведения принципа собственности к исключительности, показывает, что исключительность характеризует прежде всего владение; соответственно, владение предстает продуктом первичной институционализации принципа исключительности.

³⁸ *Штаерман.* Древний Рим... С. 80.

Игнорирование формальных аспектов изучаемой проблематики уводит автора от адекватной трактовки материала. Приведенным текстам придется надуманное значение, а именно, отражение господства в римском праве идеологии трудовой собственности: «Как уже упоминалось, оккупировавший пустующее, заброшенное хозяйном имение и начавший его возделывать получал на него все права, в том числе и против прежнего хозяина (Dig., XLI, 3, 4, 25; 27). Без насилия осуществлялось владение чужим имением, если причиной была небрежность или долгое отсутствие господина (Dig., XLI, 3, 37, 1; Gai., Inst., II, 51)³⁹. Однако, как отмечалось выше, имение могло пустовать в результате того, что собственника выгнали силой, а занятие (осцирATIO) свободного от владельца (фактического обладателя) имения не наделяло захватчика какими-либо иными правами, чем владение. А такой реквизит приобретения, как «начать возделывать» – и вовсе фантазия. Тексты, приводимые в обоснование предполагаемой негативной (оборотной) стороны трудового характера собственности, а именно, утраты прав на вещь в наказание хозяину за незначительность, также не содержат приписываемой им информации.

В Дигестах читаем фрагмент из 2-й книги «Институций» Гая (D. 41. 3. 37. 1): «*Всякий может приобрести владение и чужим имением без насилия, если владение свободно либо по небрежности собственника, либо из-за того, что собственник умер без наследника, либо давно отсутствует*»⁴⁰. Но в самих «Институциях» (Gai. 2. 51) сохранился более полный текст⁴¹, который содержит такое продолжение приведенных слов: «*...и если он передаст его добросовестному получателю, то владелец сможет приобрести его по давности. И хотя сам тот, кто захватил свободное владение, знает, что имение чужое, однако это никак не вредит приобретательной давности добросовестного владельца, раз не получило поддержки мнение тех, кто считали, что можно совершить кражу имения*»⁴².

Итак, владелец, занявший давно пустующее или даже вовсе заброшенное имение, не может приобретать его по давности, так как знает, что оно чужое. Это означает, что собственник, вернувшись, может истребовать имение по суду как свое (виндигировать), и, доказав право на него, вернуть себе и владение. Причем дело будет выиграно независимо от того, как долго владел захватчик. Приобретатель от захватчика также не будет приобретать по давности, если он окажется недобросовестным, т.е. также будет знать, что имение чужое (не принадлежит отчуждателю). Наконец, существовало авторитетное мнение правоведов, которые считали, что приобретение по давности будет исключено во всех случаях, так как умышленно захваченное чужое имение следует признавать похищенным. Текст информирует о том, что это мнение не получило поддержки, и во времена Гая (II в. н.э.) добросовестный приобретатель от захватчика мог бы приобрести имение по давности, т.е. стать собственником через два года непрерывного владения, но полученная нормативная картина отнюдь не отвечает идеологии трудовой собственности.

Саму приобретательную давность Е.М. Штаерман также рассматривает как убедительное проявление принципа трудовой собственности⁴³, однако *usucapio* приме-

³⁹ Там же. С. 69.

⁴⁰ Gai. 2 inst.: D. 41. 3. 37. 1: *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit.*

⁴¹ В Дигестах Юстиниана продолжение рассуждения Гая представлено в редакции более позднего его сочинения «Res cottidianae» и выделено в отдельный фрагмент (Gai. 2 reg. cott.: D. 41. 3. 38), который непосредственно примыкает к D. 41. 3. 37. 1, выявляя его истинный смысл.

⁴² Gai. 2. 51: *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor. Et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint fundi furtum fieri posse.*

⁴³ Штаерман. Древний Рим... С. 64–65, 69.

няется к любым вещам, даже к тем, трудовое освоение которых невозможно. Приобретательная давность течет и в пользу младенцев, безотносительно их трудового вклада в освоение объекта собственности, и подчиняется не производственным, а формальным требованиям⁴⁴, в числе которых: отсутствие законодательно предусмотренных ограничений оборотоспособности вещи (например, *res furtilva*), дефектов правоспособности приобретателя (перегрин или подвластное лицо), дефектов формально-волевого характера (недобросовестность) и формально-материального (недействительность сделки, нацеленной на приобретение вещи), а также непрерывность владения – явление одновременно и фактическое и формальное (фактическое, которому придается формальное значение)⁴⁵.

Хозяйственная трактовка правовых институтов не только приводит к искажению их сущности и непониманию соотношения между ними, но и закрывает восприятие информации, содержащейся в юридических текстах. Например: «Владение и собственность могут не совпадать, потому что собственность может не совпадать с извлечением дохода (*Dig., XLI, 2, 52*). Аргумент очень важный, так как показывает, что владение, как и прежде, было в первую очередь связано с эксплуатацией имущества, с обязанностью извлекать из него доход»⁴⁶. В указанном тексте Венулея читаем: *«Не следует смешивать основания владения и узуфрукта, так же как не должны смешиваться владение и собственность: ведь ни владение не исключается, если плоды и доходы извлекает другой, ни плоды не отнимаются у одного, если другой владеет»*⁴⁷. Как видим, соотношение понятий и институтов в тексте совсем иное. Ни о каком «извлечении дохода» в хозяйственном смысле в тексте не говорится: речь идет об узуфрукте – особом вещном праве⁴⁸. Термин «*frui*» (как и «*fructus*») – юридико-технический: его следовало перевести как «отправлять узуфрукт», «осуществлять право узуфрукта». Узуфруктуарий юридически не владеет (*D. 41. 2. 12 pr.*), т.е. не признается самостоятельным субъектом полицейской (интердиктной) защиты против силового изъятия вещи, поэтому не следует смешивать основания владения и узуфрукта («*permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet*»), что как раз и делает Е.М. Штаерман. Как владение и собственность – разные институты, обладающие каждой своей сферой действия, так и владение и узуфрукт не совпадают по содержанию: первое обеспечивает защиту фактической принадлежности вещи, второе – возможность пользоваться и извлекать доходы из чужой вещи⁴⁹. Соотношение институтов показывает также, что владение и пользование принципиально различны, а это возможно только с формальной точки зрения, которая и оказывается адекватной для понимания текста и обсуждаемых в нем явлений.

Сходным образом, тексты, посвященные *missio in possessionem*, тоже никак не могут свидетельствовать об обязанности владельца «извлекать из имущества доход под

⁴⁴ *Pernice A. Labeo. Bd 2. T. 1. Halle, 1895. S. 339.*

⁴⁵ Социально-экономический подход к юридическим явлениям заставляет исследовательницу видеть проявление трудового основания там, где источники эксплицитно говорят о формальном. Вот как интерпретируется положение Папиниана о том, что владение – это не только факт, но и право: «Тот, кто переставал извлекать плоды, тем самым отказывался от имени, оно как бы возвращалось в общественный фонд, и его мог присвоить с санкции гражданской общины тот, кто начинал его возделывать, извлекать из него доход, что и делало его владельцем, ибо, как говорили юристы, владение – дело не только воли и факта, но и права (*Dig., XLI, 26, 49, 1*)» (*Штаерман. Древний Рим... С. 69 сл.*).

⁴⁶ Там же. С. 81. В другом месте: «Владение и извлечение дохода (или плодов – *fructus*) были неразрывно связаны» (Там же. С. 69).

⁴⁷ *Ven. 1 interd.: D. 41. 2. 52 pr.: Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat.*

⁴⁸ См. *Дождев. Римское частное право. С. 457 сл.*

⁴⁹ Возможность пользоваться и извлекать доходы из своей вещи обеспечивается правом собственности, у собственника нет особого *ius utendi fruendi* на свою вещь (*D. 7. 6. 5 pr.; 44. 2. 21. 3*). В этом – формально-юридическом – смысле невозможно «пользоваться» своей вещью (обладать на нее особым правом пользования – *usus*).

угрозой иска или большого штрафа»⁵⁰, так как речь идет либо о кредиторах, получивших имущество банкрота за долги, либо об управляющем конкурсной массой (*curator bonorum*), который был введен претором во владение для подготовки распродажи имущества неоплатного должника с аукциона. В обоих случаях владельцы рассматриваются как лица, ведущие свои дела (а не действующие в чужом интересе – D. 42. 5. 9. 4), а значит, им не возмещаются расходы, но они присваивают плоды. Поэтому в отношении сохранности и приумножения полученного имущества управляющий противопоставляется залогодержателю: кредитор, получивший залог, отвечает за небрежность (*culpa*), а управляющий конкурсной массой – только за умысел в отношении этого имущества (*dolus*), т.е. за намеренное нанесение ущерба другим заинтересованным лицам (D. 42. 5. 9. 5).

Критика применимости критериев «капиталистической» частной собственности порой парадоксальным образом сочетается у Е.М. Штаерман с применением этих критериев для обоснования текущего тезиса: «Даже предназначенные для сдачи городом в аренду *agri vestigales*, если город о них не заботился, могли стать собственностью того, кто их обрабатывал (Dig., XXXIX, 2, 27), хотя по общему положению эти земли не могли переходить в собственность частных лиц и тот, кто их имел, мог отчуждать не самые земли, а то право долгосрочной аренды, которое у него на них было (Dig., XVIII, 1, 32; XXX, 41, 5–9; 71, 6)»⁵¹.

В конце приведенного суждения автор различает собственность частных лиц и *agri vestigales* (публичные участки, сданные в наследственную аренду на условиях уплаты ренты-*vestigal*). Логика последней фразы такова, что собственник имеет право отчуждать саму вещь, а наследственный арендатор (вектигалист) – только право долгосрочной аренды, так что свобода отчуждения оказывается наглядным критерием права собственности. Первое же утверждение находится в нормативном противоречии со вторым, противоречии, которое не может быть снято никакими социально-экономическими соображениями. Фрагмент D. 18. 1. 32 содержит такой текст: «Тот, кто продает меняльные или иные лавки, расположенные на публичной земле, продает не землю, но право, так как эти лавки публичные, а частным лицам принадлежит право пользования ими»⁵². Частные лица исключены из числа возможных субъектов собственности на публичные вещи: согласно общей классификации, *res publicae* относятся к вещам, которые не могут находиться в чем-либо имуществе (*res nullius in bonis*), так как считаются принадлежащими самим публичным объединениям («*ipsius enim universitatis esse creduntur*» – Gai. 2. 11). Препятствием для приобретения таких вещей в частную собственность является сам статус возможного приобретателя, который противопоставляет его публичному образованию (муниципию). Чтобы получить вещно-правовой эффект, предполагаемый Е.М. Штаерман, муниципальные земли должны были перестать быть таковыми, т.е. утратить свой публичный режим. Такая «приватизация» классическому римскому праву неизвестна.

Источник, на который дается ссылка в тексте монографии (D. 39. 2. 27), относится совсем к другому вопросу, так что надо предполагать опечатку. Возможно, имелся в виду текст Папиниана (D. 39. 5. 27): «*Аквилий Регул в юности написал ритору Никострату так: "Поскольку ты всегда был при моем отце и своим красноречием и прилежанием способствовал моему развитию, я дарю и дозволяю тебе проживать в этой мансарде и пользоваться ею". Когда Регул умер, Никострат подвергся судебному разбирательству о праве на проживание, и когда он по этому делу обратился ко мне, я сказал, что можно отстаивать в суде, что это было не просто дарение, но что Регул неким вознаграждением оплатил за услуги преподавателя, и не счи-*

⁵⁰ Штаерман. Древний Рим... С. 70.

⁵¹ Там же. С. 69.

⁵² *Ulp. 44 ad Sab.:* D. 18. 1. 32: *Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.*

тать поэтому, что дарение потеряло силу в последующее время. Если же Никострата выгонят и он обратится в суд, то он получит защиту по аналогии с интердиктом, который предоставляется фруктuariю, будто роль владельца признается за тем, кто получил право пользования мансардой»⁵³. Последние слова фрагмента, видимо, и были интерпретированы как приобретение по давности (usucapio) объекта в результате пользования («quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi acceperit»), при этом слову «possessor» придано несвойственное ему значение. Речь в действительности идет о том, чтобы защитить субъекта права пользования (usus)⁵⁴ от силового нарушения его связи с вещью. По нормативным причинам римский юрист не может признать субъекта такого права юридическим владельцем, поэтому он предлагает распространить на пользователя интердиктную защиту, которой по аналогии с владельцами наделялся узуфруктуарий (также юридически не признанный владельцем). Тем самым положение узуария формально уподобляется роли владельца («quasi loco possessoris»)⁵⁵.

Возможно, Е.М. Штаерман имела в виду другой текст из титула D. 39. 2, в котором о вектигальных участках говорится во фрагменте D. 39. 2. 15. 26–27: (26) «Если не дана гарантия в отношении вектигального здания, мы скажем, что следует ввести во владение и не просто приказать владеть (ведь приобрести собственность по давности владения нельзя), но издать декрет, чтобы у него было то же право, какое было у того, кто не дал гарантии; после же этого декрета он сможет пользоваться вектигальным иском. (27) Но если муниципалы не дадут гарантии в отношении вектигального участка, следует сказать, что собственность приобретается по давности»⁵⁶. Здесь рассматривается особый способ защиты собственности от угрозы ущерба со стороны соседних участков (damnum infectum): при наличии угрозы, например, обрушения здания или оползня на соседнем участке собственник мог потребовать от соседа предоставления гарантии (cautio damni infecti) об устранении угрозы и возмещении ущерба, если таковой наступит. Отказ соседа дать гарантию (из-за отсутствия или упрямства) приводил к тому, что собственника вводили во владение соседним имением, так что он мог беспрепятственно произвести необходимый ремонт, а затем взыскать с соседа расходы. Если сосед по-прежнему отсутствовал или отказывался дать гарантию, претор вводил собственника во владение вторично (missio in bonum ex secundo decreto), в результате чего тот становился бонитарным (преторским) собственником, а по истечении приобретательной давности – полным собственником соседнего имения⁵⁷. Этого нельзя было добиться, если угроза исходила от вектигального имения, так как оно по давности не приобре-

⁵³ Pap. 29 quaest.: D. 39. 5. 27: Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: «quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti». defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse, quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi acceperit.

⁵⁴ «Usus» – обобщенный термин для обозначения права на чужую вещь, не предполагающего извлечения доходов, включая и упоминаемое в тексте право проживания (habitatio), которое выделилось в отдельную фигуру в юстиниановском праве.

⁵⁵ Термин «possessorem constituere» обычно выражает результат предоставления преторской защиты, наделяющей лицо качествами владельца. Например, в отношении малолетних, претендующих на наследство вопреки завещанию (bonorum possessio contra tabulas) на основании Карбониева эдикта (ex edicto Carboniano): «Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere» (Ulp. 41 ad ed.: D. 37. 10. 3. 13).

⁵⁶ Ulp. 53 ad ed.: D. 39. 2. 15. 26–27: Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec iubendum possidere [(nec enim dominium capere possidendo potest)], sed discernendum, ut eodem iure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit. (27) Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est [dominium per longum tempus adquiri].

⁵⁷ См. Дождев. Римское частное право. С. 387.

талось⁵⁸. Поэтому следовало издать специальный декрет, который бы дал введенному во владение собственнику такие же права, какие были у вектигалиста, а именно – вещно-правовую защиту. Будучи арендатором, т.е. лицом, получившим доступ к вещи лишь на основе личного, обязательственного отношения с арендодателем (собственником или владельцем), вектигалист уже в I в. н.э. получил для защиты вещный иск (*actio in rem*), почему его положение и стало рассматриваться как особое право на вещь (*ius in re*), собственность на которую оставалась у публичной организации, сдавшей участок в аренду. Арендные отношения здесь первичны, поэтому требуется специальный преторский декрет, чтобы наделить нового владельца, не имевшего договора аренды, соответствующей исковой защитой.

В § 27 приведенного фрагмента говорится, что если источником угрозы является земельный участок («*praedium*» в оппозиции к зданию – «*aedes*»), то введенный во владение сосед сможет приобретать его по давности. Текст признавал интерполированным уже О. Ленель (как и фразу «*non enim dominium capere possidendo potest*» из § 26, так как о *dominium* в данном контексте не могло быть и речи); сегодня проводят различие между собственно публичными землями (землями римского народа) и муниципальными, на которые распространялся частный режим⁵⁹. Такая интерпретация согласуется со следующими свидетельствами. D. 50. 16. 15: «*И напрасно имущество городских общин называют “публичным”: ведь публичными являются только те вещи, которые принадлежат римскому народу*»⁶⁰. D. 50. 16. 16: «*Того, кто взял в аренду ренту римского народа, мы называем “публиканом”*. Ибо наименования “публичные” во многих случаях относятся к римскому народу, городские же общины уподобляются частным лицам»⁶¹. В последнем тексте Гай непосредственно связывает *vectigal* с различием «публичного» и муниципального (хотя имеются и прямо противоположные утверждения). Для нас же важно, что Е.М. Штаерман сама рассматривает вопрос о признании имущества городских общин частным имуществом в другом месте работы (упомяная и приведенные тексты) и при этом признает, что землями города как публичной организации «можно было только пользоваться, но не отчуждать их»⁶². Но тогда они никак не могли «стать собственностью того, кто их обрабатывал»!

Вернемся к вопросу о свободе отчуждения. В этой связи, говоря об отчуждении лишь «права долгосрочной аренды», Е.М. Штаерман⁶³ ссылалась еще на два фрагмента: D. 30. 41. 5 и D. 30. 71. 6. Первый из них приводится автором также в другом месте работы, где право долгосрочного арендатора завещать участок городу приводилось в опровержение адекватности такого критерия частной собственности как свобода отчуждения⁶⁴. Текст следующий: «*Но если кто-либо оставил завещательный отказ для строительства общественных зданий, я полагаю, что отказ действителен: ведь и Папиниан в одиннадцатой книге “Ответов” сообщает, что наш император и божественный Север постановили, что те, кто дали обещание произвести работу в пользу республики, могут изымать [материал] из своих городских и сельских зданий и использовать его для работ, так как они также получают его не для торговли. Но посмотрим, можно ли делать отказ только в пользу*

⁵⁸ *Gai.* 4 ad ed. provinc.: D. 41. 3. 9: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus* («Приобретению по давности подлежат в основном телесные вещи, за исключением вещей священных и посвященных, публичных вещей римского народа и городских общин, а также свободных людей»).

⁵⁹ *Bove L. Ricerche sugli “agri vectigales”*. Milano, 1960. P.161 sgg.

⁶⁰ *Ulp.* 10 ad ed.: D. 50. 16. 15: *Bona civitatis abusive «publica» dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

⁶¹ *Gai.* 3 ad ed. provinc.: D. 50. 16. 16: *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, «publicanum» appellamus. nam «publica» appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.*

⁶² *Штаерман. Древний Рим...* С. 90.

⁶³ Там же. С. 69.

⁶⁴ Там же. С. 50.

той городской общины, на территории которой расположено [здание], или же можно переносить из одной городской общины в другую. И я полагаю, что этого нельзя допускать, хотя и установлено, чтобы всякому дозволялось переносить [материал] из дома, который ему принадлежит, в его же дом в другой городской общине»⁶⁵. Речь идет о SC Acilianum (принятая датировка 122 г. н.э.⁶⁶), который запрещал отказывать по завещанию вещи, соединенные со зданиями («*ea quae aedibus iuncta sunt*» – D. 30. 41. 1). Рескрипт Септимия Севера и Каракаллы, упоминаемый в нашем тексте, делает исключение для тех частей здания, которые необходимы для работы, обещанной в пользу *res publica*. Ясно, что имеется в виду завещательный отказ, сделанный в интересах римского народа. При этом Папиниан, из ответа которого взята и информация об императорском рескрипте, указывает на такой критерий обсуждаемого ограничения, как использование частей зданий для торговли («*promercii causa*»). Этот критерий очевидным образом говорит и о цели ограничения свободы отказов по Ацилиеву сенатусконсульту: воспрепятствовать разрушению существующих построек, чтобы собственники не могли, например, расплачиваться с долгами, изымая для продажи части своих зданий. Причем исключение, сделанное императорами из этого ограничения, затрагивает только завещательные отказы, сделанные в пользу публичных субъектов, которые как раз и заинтересованы в обеспечении градостроительства. Эта законодательная политика продиктована соображениями общей пользы и не связана с особенностями режима римской частной собственности или других форм принадлежности⁶⁷.

Во второй части текста уже сам Ульпиан задается вопросом о том, распространяется ли исключение, сделанное императорским рескриптом из ограничения, установленного сенатусконсультом, на отказы в пользу любых общин или только на отказы, оставленные в пользу той общины, на территории которой находится постройка. Этот вопрос переводит дискуссию в область отношений между гражданами и местными городскими общинами (*civitates*), на которые также распространялся данный сенатусконсульт (D. 30. 41. 6)⁶⁸. Юрист дает отрицательный ответ, несмотря на то, что право частного собственника переносить материалы одной постройки в другую, даже находящуюся в другом городе, не знало ограничений. Последнее замечание противопоставляет перенос права на части здания (посредством завещательного отказа) в пользу муниципия и перенос частей здания без перемены собственника («в его же дом»). Если противопоставление выдержано по одному основанию, то право, которое в результате завещательного отказа переносится на городскую общину, также является правом собственности, и текст, таким образом, не имеет к вектигальным участкам никакого отношения. Доказательство можно видеть в словах Ульпиана о зданиях, расположенных на территории городской общины («*in cuius territorio est*»), тогда как юрист прямо назвал бы их принадлежащими муниципию, если бы речь шла о муниципальной собственности.

Другой текст, упоминаемый Е.М. Штаерман (D. 30. 71. 6), действительно говорит о завещательном отказе муниципальных земель в пользу самого муниципия и прямо называет *ius in fundis vectigalibus* в качестве объекта такого отказа: «*Но и в том случае, если он откажет имение не муниципию, но другим лицам, не считается, что*

⁶⁵ *Ulp. 21 ad Sab.: D. 30. 41. 5: Sed si quis ad opus rei publicae faciendum legavit, puto valere legatum: nam et Papinianus libro undecimo responsorum refert imperatorem nostrum et divum Severum constituisse eos, qui rei publicae ad opus promiserint, posse detrahere ex aedibus suis urbanis atque rusticis et id ad opus uti, quia hi quoque non promercii causa id haberent. sed videamus, utrum ei soli civitati legari possit, in cuius territorio est, an et de alia civitate in aliam transferre possit. et puto non esse permittendum, quamquam constitutum sit, ut de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius civitatis transferre.*

⁶⁶ *Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd I. München, 1971. S. 749. Anm. 39.*

⁶⁷ Сходные градостроительные цели отражены и в других нормативных актах: SC Nonesianum (44 г. н.э.), SC Volusianum (56 г. н.э.), l. Tarent. 32; l. Urson. 75; l. Malac. 62.

⁶⁸ *Ulp. 21 ad Sab.: D. 30. 41. 6: Hoc senatus consultum non tantum ad Urbem, sed et ad alias civitates pertinet.*

отказана собственность на вещь, но мы получаем это право на вектигальные именные»⁶⁹. Предшествующий параграф фрагмента (D. 30. 71. 5) дает контекст, проясняющий смысл данного утверждения: «Если муниципальное вектигальное именование отказано по завещанию самому муниципию, посмотрим, действителен ли отказ и можно ли его истребовать в судебном порядке. И Юлиан в тридцать восьмой книге “Дигест” пишет: хотя вектигальное именование принадлежит муниципию, все же раз тот, кто оставил отказ, имеет на него некое право, отказ действителен»⁷⁰.

Слова Юлиана, великого юриста II в. н.э., показывают, что право на вектигальный участок еще концептуально не консолидировалось: он не знает технического термина и говорит о «некоем праве» («aliquid ius»), имея в виду, очевидно, вещное право, защищаемое иском *in rem*⁷¹. Сама постановка вопроса (*ratio dubitandi*) задана тем, что завещательный отказ такого типа (*legatum per vindicationem*), который непосредственно производил вещно-правовой эффект на стороне выгодополучателя, был действителен, только если наследодатель был собственником отказанной вещи или обладал на нее признанным вещным правом (например, сервитутом или узурфруктом). Решение юриста заключается в признании на стороне вектигалиста вещного права и соответствующего вещного иска на стороне выгодополучателя (муниципия) для истребования легата (*petitio*)⁷².

Сходный же вопрос Юлиан ставит в отношении суперфиция (права на постройку, сходного с вектигальным правом на участок) и также решает его положительно (D. 30. 86. 4): «Имеет силу завещательный отказ, если постройка была отказана в пользу того, на чьей почве она находилась, хотя он и является собственником почвы: ведь тем самым достигается то, что он освобождается от этого сервитута и безвозмездно получает постройку»⁷³. Право суперфиция также нельзя считать концептуально разработанным в эпоху Юлиана, раз возникали такие сомнения, и поэтому можно полагать, что термин «*superficies*» здесь употреблен в материальном значении: «то, что находится на поверхности» в противоположность «почве» – *solum*. По правилу *superficies solo cedit* собственником постройки считался собственник земли, поэтому даже управомоченный на вещный иск долгосрочный арендатор не мог быть безоговорочно признан субъектом права на постройку. Отсюда сомнения в его правомочии оставлять завещательный отказ с вещно-правовым эффектом. В обосновании своего решения Юлиан называет право суперфиция «сервитутом» не потому только, что суперфиций еще не стал техническим термином: он подводит новое явление под класс уже известных правовых форм, вещно-правовых обременений участка, которые устанавливались и снимались определенными способами, среди которых и завещательный отказ в форме *legatum per vindicationem*.

В обоих случаях выражено сомнение в применимости к правам на чужие вещи понятия *отчуждение*, которое и составляет наш теоретический интерес. Римские юристы, обсуждая конкретные правовые явления, выявляют нормативные пределы приложения этого понятия (и явления) к правам на вещи, отличным от собственности.

Согласно же концепции Е.М. Штаерман, отчуждение в римском праве подчинялось цели обеспечения наиболее рационального использования всего наличного земельного фонда: «тот, кто не имел возможности сам извлекать доход, мог независи-

⁶⁹ *Ulp.* 51 ad ed.: D. 30. 71. 6: Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius in vectigalibus fundis habemus.

⁷⁰ *Ulp.* 51 ad ed.: D. 30. 71. 5: Si fundus municipium vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. et Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipium sit, attamen quia aliquid ius in eo is qui legavit habet, valere legatum.

⁷¹ Ульпиан (начало III в.) говорит о *vectigalis actio*, очевидно, уже предусмотренной в преторском эдикте (D. 39. 2. 15. 26). О формуле иска см. *Lenel O. Das Edictum perpetuum*. Lpz, 1927. S. 186 ff.

⁷² В данном случае термин «*petitio*» относится к *actio in rem*, как принято считать, еще не закрепившейся в преторском эдикте. См. прим. 71.

⁷³ *Iul.* 34 dig.: D. 30. 86. 4: Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrificiat.

мо от своих юридических прав на землю передать ее другому в собственность, владение, пользование, держание. Он мог сделать это добровольно или принудительно – собственник, не возделывавший землю, терял ее в пользу того, кто начинал ее обрабатывать; фруктуарий, арендатор, держатель, прекарис в таком случае терял свои права на участок, возвращавшийся к собственнику, который передавал его другому фруктуарию, арендатору, держателю, прекаристу»⁷⁴. Принцип трудового присвоения и ответственности перед гражданским обществом за надлежащую обработку земли должен в рамках данной концепции характеризовать именно развитую гражданскую собственность, свойственную римскому классическому праву. Тогда наличие разнообразных форм принадлежности и описанного оборота земель также следует отнести к проявлению этого принципа. Однако Е.М. Штаерман, как мы видели, трактует развитие широкой и разнообразной системы прав на вещи как упадок гражданской собственности, поскольку эти формы, по ее мнению, подрывали «непосредственность связи гражданина с гражданской общиной». А «непосредственность», которая противопоставляется связи, «опосредованной сельской общиной или патроном-землевладельцем», и проявлялась, по мысли автора, в том, что гражданин получал земельный надел от гражданской общины и отвечал перед ней за него⁷⁵. Такая «непосредственная связь граждан как друг с другом, так и с государством, ответственность каждого владельца за свое имущество, которое он лично получал из общественного фонда... исключала идею разделенной собственности, принадлежавшей нескольким лицам, так что оставалось неясным, кто за все отвечает»⁷⁶. Таким образом, трудовая собственность одновременно и поддерживается и подрывается разнообразием форм принадлежности.

Противоречия концепции этим не исчерпываются. Собственность гражданской общины, которая по логике вещей должна отрицать частную собственность, подается как фактор развития института собственности: «Важно, что верховное право отводить или отбирать надел в случае небрежности владельца, т.е. верховное право контроля и распоряжения, оставалось за общиной, возможно, первоначально общиной-пагом, затем общиной-civitas. Решающим этапом в истории римской собственности была победа плебеев, в результате которой верховным собственником окончательно становится гражданская община, отводящая главам фамилий их частные наделы»⁷⁷. При этом несмотря на постоянное наличие этой верховной собственности во все эпохи существования Рима (царская, общинная, императорская) выделяются некие этапы развития «частной» собственности. При таком понимании частной собственности неудивительно, что критерии отчуждаемости и исключительности к ней неприменимы: «То, что оно [*scil.* государство] само выступало в роли продавца и покупателя земли, не противоречит его положению верховного собственника именно потому, что собственность и отчуждение были связаны здесь далеко не так непосредственно, как при капитализме»⁷⁸.

С формально-юридической точки зрения непосредственность связи гражданина с гражданской общиной получает иное прочтение. Частный человек, человек вообще, обладает какими-либо правами только как *гражданин* и только как участник существующего в данном обществе правового общения становится частным *лицом*, формальным субъектом права. Право, организующее взаимодействие людей в обществе, превращает его в гражданское общество (*civitas*, πóλις). Таким образом, любое общество, организованное и объединяемое правом, будет уже совокупностью граждан, формально признанных и защищенных лиц, чьи частные интересы опосредуются общественной формой и существуют как гражданские интересы. В понятийном плане гражданское общество – это общество, интегрированное с точки зрения пра-

⁷⁴ Штаерман. Древний Рим... С. 99.

⁷⁵ Там же. С. 76.

⁷⁶ Там же. С. 68.

⁷⁷ Там же. С. 96.

⁷⁸ Там же. С. 99.

ва, система социальных связей, опосредованная правом. Понятно, что выделение неких «полисных» форм допустимо только как признание специфических конкретно-исторических проявлений гражданского принципа, тогда как выстраивать на основе данных об античном праве и политике особую стадию развития социальных институтов – значит придавать типологическое значение единичному проявлению всеобщего.

Гражданское общество противостоит государству не как стадия развития, а как иная нормативная реальность: если государство – это общество, интегрированное с точки зрения организации политической власти (регулируемой публичным правом), то гражданское общество – это общество, аналитически представленное (осмысленное, описанное) с точки зрения права частного. Противопоставление же этих институтов предполагает понимание государства как системы подавления, когда присущая организованному обществу (как всякой сложной системе) иерархичность и соответствующие отношения господства и подчинения принимаются за признак государственности⁷⁹. Подобная трактовка – продукт отчуждения личности от государства, в данном случае выраженного в научной теории⁸⁰. Между тем, признак государственности как явления правового заключается в том, что отношения господства и подчинения в государстве организованы на основе формального равенства, налагающего взаимные обязанности на граждан и органы власти, минимизирующего проявления произвола, властной деспотичности, свойственной неправовым тираническим формам правления, и определяющего включенность граждан в государство (в отличие от отчужденности подданных при различных тоталитарных режимах)⁸¹.

Критикуя коммунистический проект Платона, в котором преобладание государства над личностью доходило до обобществления жен и имущества, Аристотель показывает имманентность индивидуальной свободы для самого существования государства как целого: «Это возможно, однако, лишь при условии существования частной собственности. Наоборот, у тех, кто стремится сделать государство чем-то слишком единым, этого не бывает, не говоря уже о том, что в таком случае, очевидно, уничтожается возможность проявления на деле двух добродетелей: целомудрия по отношению к женскому полу... и благородной щедрости по отношению к своей собственности; при общности имущества для благородной щедрости, очевидно, не будет места, и никто не будет в состоянии проявить ее на деле, так как щедрость сказывается именно при возможности распоряжаться своим добром» (Arist. Pol. 1263b. 6–14)⁸².

Далее мыслитель вскрывает основной порок политической теории Платона: «Сверх того, справедливость требует указать не только на то, какие отрицательные стороны исчезнут, если собственность будет общей, но и на то, какие положительные свойства будут при этом уничтожены; на наш взгляд, само существование окажется совершенно невозможным. Коренную ошибку проекта Сократа должно усматривать в неправильности его основной предпосылки. Дело в том, что следует тре-

⁷⁹ Например: «...специфическая для нее [*scil.* гражданской общины] форма демократии препятствовала развитию государственности и государственного аппарата, так что присущую развитому государству функцию подавления было естественно расщелочить между наделенными абсолютной властью главами фамилий» (Штаерман. Римское право. С. 221; ср. с. 230: «Право и суд, таким образом, становились централизованными, превращались из дела гражданской общины в дело государства»). Такая трактовка государственности закономерно привела исследовательницу к прямому отрицанию наличия государства в Риме до эпохи домината (Штаерман Е.М. К проблеме возникновения государства в Риме // ВДИ. 1989. № 2. С. 76 сл.).

⁸⁰ Истоки такой идеологии отчуждения прослежены в работе: Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2000. С. 129–152 (автор раздела – Л.С. Мамут).

⁸¹ Современная юридическая трактовка государства представлена в работе: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 325–413 (автор раздела – В.А. Четвернин).

⁸² Здесь и далее «Политика» Аристотеля цитируется в переводе С.А. Жебелева.

бовать относительного, а не абсолютного единства как семьи, так и государства. Если это единство зайдет слишком далеко, то и само государство будет уничтожено...» (Arist. Pol. 1263b. 26–33).

Уровень обобщения (и соответствующего обобществления!), представленный в теории Платона, отрицает множественность, необходимую для того, чтобы общество как целое удерживало качества объединения. Отрицание значения отдельного человека, – показывает Аристотель, – делает невозможным само существование общества. Общественная собственность как центральная конструкция политического проекта Платона оказывается продуктом методологического порока теории, которая гиперболизирует значение целого в ущерб части. Между тем качество всеобщности (которое отражено, хотя и в неадекватной форме, и в учении Платона, и в концепции Е.М. Штаерман), отличающее право от других нормативных систем, – это необходимое проявление его абстрактной формальности. Именно всеобщий характер формального равенства примиряет общественное и частное, отводя индивиду сферу социальной свободы и становясь, таким образом, необходимым условием развития личности. Гармония общества и личности, утверждаемая правом, требует для ее адекватного теоретического выражения диалектического синтеза.

Искомое концептуальное единство индивидуального и всеобщего, этического и политического, где источником и средством синтеза выступает право, представлено в таких словах Аристотеля: «Понятие справедливости связано с представлением о государстве, так как право, служащее мерилom справедливости, является регулирующей нормой политического общения»⁸³. Право (δίκη) предстает определением государства, которое в качестве наиболее совершенного вида общения выступает критерием реализации человеком своей природы. Отсюда выводится нравственность государства, раз право – сущность справедливости.

Итак, критерий добродетели лежит в сфере формального и принадлежит политической области реализации природы человека. Синтез человека нравственного и человека политического достигается в праве, сущность которого как формального равенства, раскрывается в пятой книге «Никомаховой этики»: «Несправедливым называют как нарушающего закон, так и берущего лишнее с других, и человека, неравно относящегося к другим людям. Ясно, что и справедливым (δίκαιος) называют то человека, поступающего по законам (νόμιμος), то равно относящегося ко всем людям (ἴσος). Итак, понятие справедливости (τὸ δίκαιον)⁸⁴ означает, в одно и то же время, как законное (τὸ νόμιμον), так и равномерное (τὸ ἴσον), несправедливости – противозаконное и неравное [отношение к людям]» (Arist. NE. 1129a. 32–1129b. 2)⁸⁵.

Право (δίκη) и справедливое (τὸ δίκαιον) тождественны, поскольку воплощают принцип равного отношения к другим людям. Это та добродетель, которая заключается в отношениях между людьми: отношения, построенные по принципу равенства,

⁸³ Arist. Pol. 1253a. 38–39: ἡ δὲ δικαιοσύνη πολιτικόν ἢ γὰρ δίκη πολιτικῆς κοινῶνίας τάξις ἐστίν, ἡ δὲ δικαιοσύνη τοῦ δικαίου κρίσις.

⁸⁴ Н.В. Брагинская в переводе «Никомаховой этики» (Аристотель. Сочинения в 4-х томах. М., 1982. Т. 4. С. 715) решила «отойти от установившейся традиции» переводить δίκαιος как «справедливый» и δικαιοσύνη как «справедливость», предложив термин «правосудность», обнаруженный в III томе «Словаря церковнославянского и русского языка» (СПб., 1847). В итоге термин «справедливость» применялся для перевода термина «право», тогда как термин «право» из перевода совершенно исчез (исключение: «право[судие]» в 1134b. 19 – там же, с. 160). Причиной такого решения стало противопоставление того понимания справедливости, которое переводчица встретила в тексте Аристотеля, тому, которое утвердилось в бытовой лексике: «В русском языке «справедливость» *заведомо* (курсив мой. – Д.Д.) шире сферы юриспруденции. Поэтому справедливость в суде – частное выражение более широкой справедливости вообще. Для Аристотеля же наоборот: дикайосине как внутренняя добродетель – это интериоризированное право» (Там же. С. 715). Это рассуждение, которое совершенно правильно передает понимание справедливости у Аристотеля, объясняет, почему «традиционный» перевод Э. Радлова (2-е изд. СПб., 1908) более точен и потому предпочтительнее.

⁸⁵ Здесь и далее «Никомахова этика» Аристотеля цитируется в переводе Э. Радлова.

сами по себе являются благом и источником общественной пользы, потому что устанавливают наиболее благоприятные условия для социального бытия отдельной личности: «...одна только справедливость из всех добродетелей, как кажется, состоит в благе, приносящем пользу другому лицу, ибо справедливость всегда относится к другим и приносит пользу другому лицу, будь оно властелин или все общество. Самый дурной человек действительно есть тот, кто поступает дурно как по отношению к себе, так и по отношению к своим друзьям, но самый лучший человек не тот, кто поступает сообразно с добродетелью (справедливостью) по отношению к себе, а тот, кто поступает так по отношению к другим, а это – трудное дело. В таком смысле справедливость не часть добродетели, а вся добродетель, и противоположность ее – несправедливость – не часть порочности, а порочность вообще» (Arist. NE. 1130a. 3–14)⁸⁶.

Человек политический оказывается нравственно совершенным человеком. Достичь правового существования (и нравственного совершенства) можно только в государстве, в рамках совершенного политического общения⁸⁷. Совершенный человек – продукт государственной организации и существует только как участник и момент политического общения⁸⁸. Логически и понятийно подчиненное положение отдельного человека по отношению к целому (Arist. Pol. 1278b. 1–5) представляет в качестве методологически оправданного предмета изучения *формального человека*. Этой формальной ипостасью будет гражданин, если политическое целое совершенно: сама добродетель оказывается элементом политического, а значит, формальным качеством.

Такой уровень философствования позволяет преодолеть субъективистский релятивизм трактовки социального у софистов, выраженный в максиме Протагора «Человек – это мера всех вещей»⁸⁹. Платон, утверждая объективную природу социального, отказывал индивиду в автономии и даже в самостоятельном существовании. Аристотель же достигает подлинно научного синтеза⁹⁰, представляя отдельное как аналитически выделяемый момент целого, в котором реализуется его природа. По Аристотелю, обособленный от общества человек субстанциально не существует, как не существует рука отдельно от тела (Met. 1040b. 5). «Тот, кто в силу своей природы, а не вследствие случайных обстоятельств живет вне государства, – либо недоразвитое в нравственном смысле существо, либо сверхчеловек» (Arist. Pol. 1253a. 3). Таким образом, человек вообще – это такой же фантом, не поддающийся изучению, как и сверхчеловек. Подлинный человек – это политический человек, познаваемый в отвечающих его сущности отношениях. Природа человека раскрывается только через организационные формы политического (правового) общения, которые не редуцируют интересы и значение личности к интересам и задачам целого, но выявляют релевантные для истинной природы человека качества. Реализуемые в рамках

⁸⁶ Ср. также: «В этом смысле справедливость (δικαιοσύνη) – совершенная добродетель (ἀρετή), хотя и не безотносительно совершенная, а по отношению к другим людям, и вследствие этого-то часто справедливость является величайшей из добродетелей...» (Arist. NE. 1129b. 25–29).

⁸⁷ Ср.: «Правом и его воплощением – государством – обусловлена действительная организация нравственной жизни в целом человечестве» (Соловьев. Ук. соч. С. 326).

⁸⁸ Диалектическое соотношение между гражданином и полисом, представленное в учении Аристотеля, выявляет понятийную тождественность «политического» правому как всеобщему. Согласованность общего и индивидуального начал в полисе не означает какого-либо существенного отличия полиса от государства, но выявляет именно правовой характер полиса как формы государственности.

⁸⁹ Универсальный гносеологический смысл максимы (в иных трактовках представляемый как антропологический – см. Хайдеггер М. Европейский нигилизм // Время и бытие. М., 1993. С. 116) не исключает ее применимости к социальной нормативности – «мера» (!) – как одному из моментов взаимодействия человека и мира.

⁹⁰ История политических и правовых учений. Т. 1. Древний мир / Под ред. В.С. Нерсисянца. М., 1985. С. 258 слл. (автор раздела – В.С. Нерсисянц).

социального целого эти действительные качества предстают (и открыты для познания) как формальные.

METHODOLOGICAL PROBLEMS OF THE STUDY OF ROMAN LAW: INDIVIDUAL AND CIVIL COMMUNITY

D.V. Dozhdev

To use the material of Roman law in historical science, one must have an adequate method of studying it in accordance with the nature of law. Formal nature of law implies a formal approach to legal norms and institutions. Interpreting an abstract legal form from the point of view of its contents results in distortion of historical reality.

An example of such distortion is the well-known concept of the renowned Soviet classical scholar E.M. Shtaerman, who calls in question the existence of private property and the state in Republican Rome and under the Principate. According to her doctrine, all the land in Rome belonged first to territorial communities (*pagi*) and later to the whole of the civil community (*civitas*). Elaborate law of estate (*iura in re*) appears to be a system of surrogate forms ensuring private individuals' (Roman citizens') access to the means of production; these forms were developed in order to make up for the deficiency of private property where public property was prevailing. Possession (*possessio*), usufruct (*ususfructus*) and vectigal law (*ius vectigale*) seem to be (in the light of this concept) forms of ownership similar to property and capable of substituting the construction of property. E.M. Shtaerman was wrong in ascribing excessive restrictions to the right of private property in Rome and in describing some institutions in the terms of «split property». A critical analysis of her concept reveals, together with misinterpretation of facts, two methodological defects. Firstly, formal reality is interpreted as substantial reality: forms of legal mediation between individuals and the means of production are seen as if they were real economic objects or acts. Secondly, the social nature of the law and social meaning of private legal forms are understood by the scholar as limitation of an individual freedom, i.e. as a historically attested submission of individual to the society. Consequently, legal unity of the society is regarded as public property and state forms appear to be communal ones.

A similar approach to social phenomena was known in antiquity and was overcome in the course of the development of social philosophy. Overestimated importance of the state and disregard for the individual in Plato's communist project lead the philosopher to constructing public property. Actually, this slant results from the fundamental understanding of the social aspect of personality. Criticizing Plato's project, Aristotle shows that true development of personality is only possible in the society and that a developed (moral) person is a social and political person. To put it in modern terms, legal individual is the product and the moment of a civil community based upon law. Similarly, emphasizing civil character of the ancient society, we reveal legal character of the ancient state, not a historical characteristic of polis or civitas.

The synthesis of social and individual found out by Aristotle is the key to understanding the reality of formal social phenomena and a methodological basis for studying legal institutions of the ancient society. Participation in the society, being a member of the society becomes manifest in legal forms of relations between men, acting as formal subjects of legal relations. A social man is a formal man, and the social forms, which open this aspect of human being to study, are manifestations of historical reality. Thus, the subject of social science coincides to a great extent with the man as he is represented in legal relations. The image of man reconstructed on the basis of historical forms of social organization and the systems of social norms reflects the real development of social reality.