

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

© 2003 г.

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

Д. В. Дождев

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА: ПРАВО И СПРАВЕДЛИВОСТЬ В ПОНЯТИЙНОЙ СИСТЕМЕ РИМСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ ('IUS CIVILE', 'IUS NATURALE', 'BONUM ET AEQUUM')*

Iustitia enim una virtus omnium est domina et regina virtutum
(Cic. Off. 3. 6)

Теоретически обоснованное Аристотелем подчинение этического критерия правому, отвечающее абстрактной всеобщности права как нормативной системы, на практике воплотилось в римском праве, его институтах и методологии римских юристов. Сохраняя предметное единство данной работы¹, будет логичным показать действенность формально-ролевого метода в раскрытии синтеза человека и гражданина как правового индивида, взяв за объект исследования развитие римского института собственности в классический период (I–III вв.).

Всегообщее действие нормы, устанавливающей режим права собственности в данном обществе, приводит к тому, что отдельный собственник в силу такой нормы не только получает защиту, но и терпит известные ограничения в пользу других собственников. Все эти ограничения представляют собой проявления социальности и делают частную собственность правовой основой единства общества. Система ограничений собственности, установленных в интересах общественной пользы (с религиозными, этическими, санитарными, техническими, административными и иными подобными целями), затрагивает всех собственников вещей определенного рода (например земельных участков) и исходя из общественно значимых качеств таких вещей формирует параметры частной собственности, адекватные достигнутому уровню общественной солидарности. Социальные задачи здесь решаются через институционально определенное поведение частных лиц, которые, действуя (или воздерживаясь от действий) в качестве собственников, обеспечивают необходимый им самим общественный порядок (экологический, санитарный, противопожарный и пр.).

Развитому институту собственности присущи также ограничения, связанные с реализацией самой этой юридической конструкции. Собственник, утративший владение, имеет право истребовать (виндицировать) вещь у любого третьего лица. В таком требовании проявляется абстрактный характер собственности как права, кото-

* Узнав о кончине В.М. Смириня, большого знатока римского права, тонкого и честного исследователя, считаю своим долгом посвятить эту работу его памяти.

¹ См. *Дождев Д.В.* Методологические проблемы изучения римского права: индивид и гражданское общество // ВДИ. 2003. № 2. С. 91–111. Автор выражает благодарность Фонду содействия отечественной науке.

рое сохраняется за управомоченным лицом несмотря на утрату фактического обладания вещью. Однако классическое право предусматривает существенные ограничения возможности вернуть вещь. Во-первых, собственник, выиграв процесс, может в итоге получить не саму вещь, а денежную компенсацию, причем даже в том случае, если вещь не погибла, но находится в руках ответчика-владельца в целостности и сохранности: принудительное изъятие вещи у владельца в пользу собственника означало бы нарушение автономии личности, на которой строится вся правовая система². Во-вторых, собственник может проиграть дело и навсегда лишиться вещи, если на стороне владельца-ответчика истечет срок приобретательной давности (*usucapio*), что сделает его собственником.

Оба указанных ограничения выявляют нормативное значение позиции владельца чужой вещи и устанавливают институциональную дистанцию между собственностью и владением. В современном континентальном праве, где в отличие от римского принципа денежного присуждения (*condemnatio pecuniaria*) господствует присуждение в натуре, конфликт между интересами собственника и добросовестного приобретателя вещи оказался в одной нормативной плоскости и существенно обострился. Современные законодательства идут поэтому на признание за позицией владельца вещно-правового характера, в ущерб собственнику, а иногда – даже права собственности у всякого добросовестного титульного (получившего вещь на правомерном основании, например по договору купли-продажи) приобретателя вещи от несобственника, что полностью лишает собственника, утратившего владение, его права³. Примирение двух противоположных интересов – собственника и приобретателя – составляет научную и практическую проблему, не решенную и современной юридической наукой⁴. Одним из древнейших проявлений объективно существующего конфликта был институт приобретательной давности (*usucapio*), в силу которой несобственник становился по прошествии установленного законом срока собственником даже вопреки воле субъекта права на вещь. Короткие сроки приобретательной давности (год для движимых вещей и два для недвижимых) и автоматизм материально-правового действия *usucapio* (давность продолжала идти в пользу владельца даже после того, как собственник предъявлял к нему иск⁵) показывают, что нормативная цель этого института заключалась не в наказании нерадивого собственника, а в общественном признании интереса добросовестного титульного приобретателя.

До истечения приобретательной давности владелец был защищен от силового нарушения его связи с вещью административно-полицейскими средствами – посессорными интердиктами, так что даже собственник должен был обращаться в суд и доказывать свое право (*petere*), чтобы одержать победу. Однако позиция владельца не предполагает права на исковую (петиторную) защиту вещи, поэтому если вещь выбывает из владения приобретателя без применения силы и посессорная защита оказывается неприменима (например, убегает раб)⁶, то владелец теряет всякую юриди-

² Чтобы побудить ответчика выдать вещь истцу, претор включал в формулу иска специальный приказ (*arbitrium de restituendo*), неподчинение которому (*contumacia*) создавало основание для более высокой оценки стоимости вещи (*litis aestimatio*); угроза присуждения к соответствующей денежной сумме стимулировала ответчика вернуть истцу вещь, но принудительных мер изъятия чужой вещи классический процесс о собственности не предусматривал. Подробнее см. *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 1999. С. 392. § 220, 203. § 86.

³ Такие решения отражают в конечном счете стирание институциональных различий между собственностью и владением и утрату правом собственности в современном праве абстрактного характера. Вопрос этот не может быть рассмотрен здесь подробнее.

⁴ См. *Трепицын И.Н.* Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения. Одесса, 1903; *Черепихин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Свердловск, 1947. Т. 2. С. 63 слл. (= Антология уральской цивилистики. 1925-1989. М., 2001. С. 242 слл.).

⁵ См. *Klinsberg G.* Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses // *Vestigia iuris Romani*. Festschrift G. Wesener. Graz, 1992. S. 237 ff.

⁶ Возможны и иные формальные препятствия для интердиктной защиты. См. *Покровский И.А.* История римского права. 4-е изд. Пг., 1918. С. 272.

чески значимую связь с вещью. Наделить добросовестного приобретателя исковой защитой означает придать юридическое значение самому *ожиданию* возникновения права на его стороне. Такое признание было сделано в 67 г. до н.э. и выразилось в предоставлении титульному владельцу, приобретающему право собственности по давности, петиторного иска с фикцией, будто срок давности уже истек. Это знаменитый Публициев иск (*actio Publiciana*)⁷, формулу которого приводит Гай (4. 36): «Этот иск дается тому, кто еще не приобрел по давности вещь, переданную ему на правомерном основании, и истребует ее по суду, утратив владение ею. Ведь раз он не может претендовать, что она принадлежит ему по праву квинитов, прибегают к фикции, будто он уже приобрел ее по давности, и он претендует, как если бы он уже стал ее собственником по праву квинитов, например, таким образом: “...ЕСЛИ БЫ АВЛ АГЕРИЙ, КОТОРЫЙ КУПИЛ ЭТОГО РАБА И ТОТ БЫЛ ЕМУ ПЕРЕДАН, ПРОВЛАДЕЛ ИМ В ТЕЧЕНИЕ ГОДА, И ЕСЛИ БЫ ТОГДА ЭТОТ РАБ, О КОТОРОМ ИДЕТ ТЯЖБА, ДОЛЖЕН БЫЛ ПРИНАДЛЕЖАТЬ ЕМУ ПО ПРАВУ КВИРИТОВ...”»⁸. В качестве правомерного основания владения приобретателя приведенная Гаем формула иска называет куплю-продажу. Эта гипотеза предоставления Публициева иска (видимо, первоначальная) впоследствии дополнилась другими случаями: когда вещь передавалась на основании дарения, в приданое, во исполнение судебного решения и т.п. (D. 6. 2. 3. 1), – так что в преторском эдикте говорилось вообще о правомерном основании: «Претор заявляет: “Если кто-либо будет истребовать то, что передается на правомерном основании несобственником и еще не приобретено по давности, я дам исковую защиту”»⁹.

Рассмотрим нарисованную Гаем ситуацию исходя из гипотезы купли-продажи. Покупатель получил вещь от продавца, но не стал ее собственником. При этом в пользу покупателя пошла приобретательная давность. Такая ситуация возможна в двух случаях: 1) была передана *res mancipi* – манципируемая вещь, собственность на которую могла переноситься только посредством специального гражданского ритуала (манципации или судебной уступки – *in iure cessio*), тогда как одной передачи (*traditio*, о которой говорится в тексте) для этой цели было недостаточно; 2) продавец сам не был собственником вещи, поскольку по римскому праву никто не может передать другому большего права, чем имеет сам (D. 50. 17. 54).

Именно эти две гипотезы наши выражение в приведенном выше тексте преторского эдикта (D. 6. 2. 1 pr). Формулировка, сохранившаяся в Дигестах Юстиниана: «*Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*», – нуждается в реконструкции, поскольку фрагмент 16-й книги «Комментария к эдикту» Ульпиана, очевидно, подвергся переработке. Вместо «*traditum*», ожидаемого при словах «*non a domino*», в тексте стоит «*traditur*»; выражение «*id quod traditur*» не имеет смысла – оно указывает на интерполяцию вместо стоявшего в первоначальном тексте выражения «*id quod mancipio datur*» («то, что отчуждается путем манципации»), распространенного в римском юридическом языке для указания на *res mancipi*. На этом основании О. Ленель реконструировал текст эдикта так: «*Si quis id quod <mancipio datur> tradit[ur] <um> ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*»¹⁰.

Такая реконструкция сводит первоначальную гипотезу предоставления Публициева иска к *traditio rei mancipi* и оставляет без объяснения присутствие в тексте слов

⁷ Вопреки общим правилам передачи латинских прилагательных, образованных от имен собственных (*Publicius* – *actio Publiciana*: претор Публиций – Публициев иск) иск этот традиционно именуется «Публициановым».

⁸ *Gai.* 4. 36: *Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET et reliqua.*

⁹ *Ulp.* 16 ad ed.: D. 6. 2. 1 pr: *Ait praetor: 'si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'.*

¹⁰ *Lenel O. Das Edictum perpetuum.* Lpz, 1927. S. 170.

«*non a domino*». Этот недостаток исправлен в реконструкции Л. Ди Леллы, которая, наоборот, ограничивает первоначальное применение Публициева иска случаями передачи от несобственника¹¹. Подобная реконструкция игнорирует результаты текстологической критики О. Ленеля и основывается на том, что приобретатель от собственника (в случае передачи *res mancipi*) до истечения срока приобретательной давности был в достаточной степени защищен иском из договора. Наиболее распространенная реконструкция, предложенная П. Бонфанте: «*Si quis rem bona fide emptam et traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo*», – не содержит ни упоминания о *res mancipi*, ни слов «*non a domino*». П. Бонфанте исходил из того, что Публициев иск предоставлялся любому титульному владельцу, приобретавшему вещь по давности, будь то владельцу *rei mancipi*, полученной им по передаче, будь то приобретателю от несобственника¹². Соглашаясь с этим суждением, заметим все же, что текст вполне допускает такую реконструкцию, в которой упоминались бы обе гипотезы: и *traditio rei mancipi*, и приобретение на правомерном основании *non a domino*¹³.

Чтобы в последнем случае началось приобретение по давности, оба контрагента должны были быть добросовестны: покупатель – искренне полагать, что получает вещь от собственника, продавец – считать, что отчуждает собственную вещь. Если бы несобственник сознательно продавал и передавал чужую вещь, его действия приравнивались бы к краже, и *usucapio* была бы исключена¹⁴. Заблуждение в своем праве – вполне распространенная ситуация. Ошибочное убеждение в праве собственности на вещь может возникнуть, например, в том случае, если кто-либо принял вещь на хранение либо взял в ссуду или в аренду, а затем умер: наследник, обнаружив вещь в хозяйстве наследодателя и не зная, что она чужая, мог добросовестно распорядиться ею, как собственной, полагая, что приобрел ее по наследству¹⁵. Гипотезу приобретения по давности вещи, полученной от несобственника в доброй совести, Гай излагает как самую обычную: «Впрочем, мы можем приобретать по давности даже те вещи, которые были нам переданы несобственником, будь они *манципируемые* или *неманципируемые*, если только мы примем их в доброй совести, думая, что тот, кто совершает передачу, *собственник*»¹⁶. В такой ситуации различение *res mancipi* и *res nec mancipi* оказывается несущественным, поскольку приобретение от несобственника в результате сделки отчуждения состояться не может: должна истечь приобретательная давность.

Вернемся к анализу текста *Gai. 4. 36*. Не успев приобрести вещь по давности, покупатель утратил владение вещью: например, раб убежал от него. Обнаружив, у кого оказался этот раб, покупатель лишен возможности прибегнуть к виндикационному иску, поскольку не может утверждать в суде (указывая это в интенции иска), что вещь принадлежит ему по праву *квиритов*. Здесь-то и раскрывается значение Публициева иска. Покупатель получает защиту, как если бы он уже приобрел вещь по давности и получил право собственности на раба. Претор приказывает судье вести дело так, будто срок давности уже истек. Такой приказ называется фикцией (*fictio*): «Если бы Авл Агерий... провладел в течение года, и если бы тогда этот раб, о котором идет тяжба, должен был принадлежать ему по праву *квиритов*...».

¹¹ *Di Lella L.* «*Formulae ficticiae*». Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto. Napoli, 1984. P. 76.

¹² *Bonfante P.* L'editto Publiciano // *Scritti giuridici vari*. V. 2. Torino, 1926. P. 389 s.

¹³ Такая реконструкция предпочтительнее, чем предположение о существовании двух отдельных эдиктов для каждой из гипотез (см. *Vacca L.* 'Iusta causa' e 'bona fides' nell'*'usucapio'* romana a proposito del titolo 'pro suo' // *Sodalitas*. Scritti A. Guarino. IV. Milano, 1984. P. 1984), поскольку *D. 6. 2. 1 pr* текстуально соединяет их в одном эдикте.

¹⁴ *Gai. 2. 50*: qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit.

¹⁵ *Gai. 2. 50*: si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit.

¹⁶ *Gai. 2. 43*: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.

Перед нами невозможное условие (*casus iurealis*), грамматически выраженное формой *plusquamperfectum coniunctivi* («*anno possedisset*»): истец не имеет квинритской собственности на раба, поскольку владел вещью меньше установленного срока приобретательной давности¹⁷. Суть его притязания в ином. Он утверждает, что *стал бы собственником*, если бы его владение для давности не прервалось. Судебной защитой в форме фиктивного иска (*actio ficticia*) пользуется правовое *ожидание* добросовестного титульного приобретателя, юридическая *возможность* стать собственником. Доказывать в таком процессе надлежит только два факта, выраженных в формуле иска глаголами в изъявительном наклонении: «купил» и «был ему передан», т.е. правомерное основание (*iusta causa*) – факт сделки, нацеленной на приобретение собственности, и передачу (*traditio*) – получение владения на этом основании. Дальнейший текст формулы Гай не приводит, поскольку он повторял текст формулы обычного виндикационного иска. Таким образом, если указанные факты были доказаны, судья обращался к ответчику с приказом выдать вещь истцу, а если тот не подчинялся, присуждал его к уплате суммы оценки тяжбы. Титульный владелец получал по Публициеву иску защиту, подобную защите собственника, еще до истечения срока приобретательной давности.

Здесь необходимо принять во внимание еще одну возможную ситуацию: когда раб, в доброй совести проданный и переданный несобственником, убежал к настоящему собственнику. В этом случае притязание добросовестного покупателя, не успевшего приобрести вещь по давности, будет противостоять действительному праву собственности владельца. Логично, что в таком случае, даже доказав правомерное основание (куплю) и владение (факт передачи), покупатель проиграет дело, если ответчик докажет свое право собственности на объект тяжбы. В тексте формулы Публициева иска этот конфликт выражался в виде *exceptio iusti dominii* (искового возражения о правомерной собственности) – *эксцепции*, которую получал ответчик-собственник. Если же собственник виндцировал вещь из владения покупателя, то на *эксцепцию* ответчика о том, что он купил ее и получил владение (*exceptio rei venditae et traditae*), истец выставлял репликацию о том, что вещь еще не перешла в собственность покупателя. Именно такую ситуацию предполагает текст Нерация, в котором удачно обобщается значение Публициева иска: «Публициев иск введен не затем, чтобы вещь отнималась у собственника: и доказательством этому служит, во-первых, справедливость, во-вторых, *эксцепция ЕСЛИ ЭТА ВЕЩЬ НЕ ПРИНАДЛЕЖИТ ВЛАДЕЛЬЦУ*¹⁸, – но затем, чтобы тот, кто в доброй совести купил и на этом основании получил владение, прочнее обладал вещью»¹⁹.

Конфликт между собственником и покупателем возможен также в случае, если продавец был собственником, но стороны не использовали адекватную процедуру отчуждения: *res mancipi* была просто передана (без *манципации*). Тогда продавец оставался собственником и мог в принципе виндцировать вещь у покупателя до истечения срока давности. Такая попытка будет бесчестной и иск будет проигран, поскольку ответчик-покупатель сможет указать на то, что истец идет против своего же деяния (*venire contra factum proprium*) – продажи и передачи вещи с целью ее отчуждения в пользу покупателя. Возможна и другая гипотеза: продавец-несобственник становится впоследствии собственником (например, как наследник) и получает тем

¹⁷ Фикция касается только истечения срока приобретательной давности: говоря о фикции приобретательной давности как таковой («*figitur rem usucerpisse*»), Гай выразился неудачно, поскольку такая фикция предопределяла бы исход процесса, совпадая с предметом требования истца (*in rem*). См. *Cannata C.A. Profilo istituzionale del processo privato romano. P. II: Il processo formulare*. Torino, 1982. P. 86. Not. 6.

¹⁸ Владелец по вещному иску может быть только ответчиком; в данном случае на отсутствие у него собственности указывает истец, а значит данное возражение, названное в тексте «*эксцепцией*», может быть только репликацией (*replicatio*) – возражением истца на *эксцепцию* ответчика. Впрочем, репликация – это вид *эксцепции*.

¹⁹ *Nerat. 3 membr.: D. 6. 2. 17: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio SI EA RES POSSESSORIS NON SIT: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

самым виндикационный иск против любого владельца. Если он воспользуется этим иском против владельца, приобретающего по давности вещь, которую он сам ему продал, он проиграет дело, натолкнувшись на возражение ответчика-покупателя об умысле: «Когда продавец виндицирует вещь, которую сам и продал, ни у кого нет сомнения, что его можно опровергнуть эксцепцией об умысле, хотя бы он впоследствии приобрел право собственности по другому основанию: ведь он бесчестно пытается отнять по суду отчужденную им самим вещь»²⁰.

С той же целью могла использоваться и эксцепция о том, что вещь была продана и передана (*exsertio rei venditae et traditae*): в том смысле, что эти действия совершил либо сам истец (*factum proprium*), либо его *auctor* – правопредшественник: «Марцелл пишет, что если ты, продав чужой участок и став впоследствии его собственником, истребуешь его, тебя правильно опровергнут этой эксцепцией. 1. Но и в том случае, если собственник участка станет наследником продавца, нужно будет сказать то же самое»²¹.

Таким образом, эксцепция о проданной и переданной вещи распространяется и на правопреемников продавца и выражает важнейший аспект правовой позиции титульного добросовестного приобретателя, позволяя противопоставить его притязание на вещь любому третьему лицу: «Эксцепция о проданной и переданной вещи защищает [от иска продавца] не только того, кому вещь была передана, но и его наследников и последующего покупателя, даже если вещь и не была ему передана [первым продавцом]: ведь первый покупатель заинтересован в том, чтобы у второго вещь не была изъята по суду. 1. По тем же соображениям она будет опровергать и иски правопреемников продавца, будут ли они преемствовать ему во всем праве или только в отношении данной вещи»²².

Получается, что продавец-собственник, отчуждая вещь неадекватным способом (*traditio rei mancipi*), все же передает приобретателю право на вещь, наделяя его в определенном отношении абсолютной правовой позицией: в том, что касается изъятия вещи по суду, покупатель, получив владение, оказывается сильнее всех третьих лиц, включая отчуждателя, несмотря на то что тот остается номинальным собственником до истечения срока приобретательной давности на стороне покупателя. Источники называют положение такого собственника *nudum ius Quiritium* («голое квинритское право»), тогда как действительное право на вещь усматривается на стороне приобретателя и именуется *in bonis esse (habere)* («пребывать в составе имущества»)²³. Сходным образом продавец-несобственник, который впоследствии приобрел право собственности на проданную вещь, все же считается лишенным важнейшего аспекта

²⁰ *Ulp.* 29 ad Sab.: D. 21. 2. 17: *Vindicantem venditorem rem quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit: improbe enim a se distractam evincere conatur.*

²¹ *Ulp.* 76 ad ed.: D. 21. 3. 1 pr.-1: *Marcellus scribit, si alienum fundum vendiderit et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. 1. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.*

²² *Hermog.* 6 iuris epit.: D. 21. 3. 3 pr.-1: *Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.*

²³ Не так давно это выражение считалось нетехническим: *Diosdi G.* *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law.* Budapest, 1970. P. 166 ff. Проблема связана с возможностью применения этого выражения к относительной правовой позиции добросовестного приобретателя: *Bonfante P.* *Sul cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione 'in bonis habere' // Scritti giuridici vari.* V. II. Torino, 1926. P. 386 (=BIDR. 1895. 8); *Kaser M.* 'In bonis esse' // ZSS. 1961. 78. S. 173 ff.; *Apathy P.* *Die Publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers.* Wien, 1981; *idem.* *Schutz des Ersitzungsbesitz durch die actio Publiciana? // Studi Sanfilippo.* I. Milano, 1982. P. 21 sgg.; *Ankum J.A.* *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif? // Statura R.* *Feenstra oblata.* Freiburg, 1985. P. 125 suiv. Однако было показано, что «in bonis» всегда указывает на абсолютную позицию по отношению к вещи и расхождения между этим термином и концептуальным выражением «бонитарная собственность» нет: *Pool E.* *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: 'in bonis alicuius esse' und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Recht // ZSS.* 1985. 102. S. 470 ff.

своей правовой позиции, которая уже перешла к покупателю. Он получает лишь «голое» право, тогда как покупатель оказывается субъектом «in bonis». Это право рассматривается как самостоятельная и самоценная конструкция обладания вещью, которая делает ее субъекта сильнее всех третьих лиц, т.е. обеспечивает ему абсолютную правовую позицию по поводу вещи.

Рассмотрим текст, в котором Юлиан выводит такое значение «in bonis» из анализа конкретной ситуации коммерческого оборота недвижимости: «Если ты купил у Тиция имение, принадлежавшее Семпронию, и оно было передано тебе после уплаты цены, а затем Тиций стал наследником Семпрония и то же самое имение продал и передал Мевию, – то, говорит Юлиан, более справедливо, чтобы претор защищал тебя, так как и в том случае если бы сам Тиций стал истребовать у тебя имение, он был бы опровергнут эксцепцией, составленной по факту, либо [эксцепцией] о злом умысле; и в том случае, если бы он сам владел, а ты стал бы истребовать от него имение по Публициеву иску, против его эксцепции “если имение не принадлежит истцу” ты бы воспользовался репликацией, – и потому считалось бы, что он повторно продал то имение, которым не обладал “в имуществе”»²⁴.

В указанных сделках участвуют четыре лица: Тиций, продавец имения, Семпроний, собственник имения, «ты», первый покупатель, и Мевий, второй покупатель. Первая сделка наделяет покупателя («ты») титульным добросовестным владением, которое сопровождается приобретательной давностью и защищается Публициевым иском против всех, кроме собственника, Семпрония. Вторая сделка (принятие наследства) делает Тиция, продавца, собственником, так что «ты» оказывается сильнее всех, поскольку отныне он может опровергнуть возражение собственника о праве на вещь репликацией о том, что тот сам продал и передал имение ему. Совпадение ролей продавца и (квиритского) собственника в одном лице делает позицию покупателя абсолютной (in bonis), тогда как у Тиция оказывается «голая» собственность. Это преобразование римские юристы называют *convalidatio* («выздоровление»), так как дефектная прежде сделка в результате восполнения недостающих реквизитов (в данном случае – правомочий отчуждателя) производит полный юридический эффект. Затем Тиций, получив каким-то образом обратно владение имением, вновь продает и передает его Мевию, второму покупателю²⁵. Встает вопрос: может ли первый покупатель («ты») отсудить у второго владение по Публициеву иску?

Юлиан отвечает положительно, решая вопрос на основе анализа правового положения «ты» в сравнении с правом на вещь, которым обладает Тиций. Если, говорит Юлиан, Тиций будет виндицировать вещь у «ты», владелец опровергнет его эксцепцией о проданной и переданной вещи²⁶. Если же владение будет у Тиция, то «ты»

²⁴ *Ulp. 76 ad ed.: D. 44. 4. 32: Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronius heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem ‘si non suus esset’ replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

²⁵ Возможно, в тексте здесь упоминалась манципация, замененная на передачу («tradiderit») составителями Дигест Юстиниана: тогда Тиций мог сделать это и не получая обратно владение имением – земельные участки можно манципировать и в их отсутствие (*praedia vero absentia solent mancipari: Gai. 1. 121*). Однако далее Юлиан рассматривает гипотезу виндикации имения со стороны Тиция, что было бы исключено в случае совершенной им манципации, поскольку тогда у него не осталось бы даже «голого» квиритского права. По этим соображениям интерполяцию следует исключить.

²⁶ Упоминаемая в тексте *exceptio in factum comparata* – это *exceptio rei venditae et traditae* (*Paul. l. s. de concept. form.: D. 44. 1. 20*), которая всегда конкурирует с универсальной эксцепцией об умысле (*D. 44. 4. 2. 5: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli origi exceptionem...*). Объявление этой эксцепции делом рук компиляторов, как полагает П. Кошакер («*exceptio [in factum comparata vel] doli mali*»), противоречит обычной установке юстиниановских юристов на сокращение классического текста: *Koschaker P. Fr. 4, 32 D. 44, 4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano // Iura. 1953. 4. P. 3*. См. также след прим.

выйдет победителем в процессе по Публициеву иску, выставив на возражение Тиция о собственности ту же самую репликацию²⁷. Тем самым выясняется, что у Тиция осталось лишь голое квинитское право, т.е. у него нет «in bonis» с момента конвалидации вещно-правовой позиции «ты». В этом тексте «in bonis» обсуждается как особое право на вещь, которое определяет юридический эффект отчуждения: вторая продажа и передача выполняются лицом, уже не обладающим вещью «in bonis», а значит, положение второго покупателя будет слабее, чем у первого. На процессуальном уровне это преимущество выразится в том, что Мевию будет нечем опровергнуть Публициев иск «ты», но Юлиан не обсуждает эту сторону дела, предпочитая вскрыть материально-правовое основание преимущества первого покупателя. В данном случае действует принцип, по которому нельзя передать больше права, чем имеешь. Рассуждение Юлиана примечательно тем, что этот общий принцип оборота прав на вещи прилагается к позиции in bonis esse (habere), сообщая ей значение особого права на вещь – собственности по преторскому праву, или *бонитарной собственности*²⁸.

Выражение in bonis esse (habere) всегда указывает на абсолютную позицию в отношении вещи и означает право на вещь как таковую: «Считается, что мы обладаем вещью в составе нашего имущества, когда, владея, имеем право на экцепцию, а утратив владение – на иск для ее возвращения»²⁹.

Этот текст Модестина связывает с выражением in bonis habere наличие абсолютных средств защиты, устанавливая юридико-техническое значение этого понятия как права на обладание вещью, противопоставленное притязаниям третьих лиц. Данное выражение применимо для описания правового положения как титульного приобретателя от собственника, так и полного собственника по праву квинитов³⁰. Первая из указанных позиций защищается от исковых притязаний других лиц экцепцией о проданной и переданной вещи (exceptio rei venditae et traditae) или экцепцией о злом умысле (exceptio doli), а в случае утраты владения – Публициевым иском против владельца. Вторая – при наличии владения – экцепцией о правомерной собственности (exceptio iusti dominii), а в случае его утраты – виндикационным иском о собственности. Очевидно, что выражение «in bonis» не применимо к ситуации приобретения от несобственника, когда Публициев иск покупателя может быть опровергнут посредством exceptio iusti dominii со стороны истинного собственника, а на виндикационный иск собственника приобретатель не может выставить exceptio rei venditae et traditae, поскольку она будет опровергнута репликацией о правомерной собственности.

²⁷ Оригинальный текст Юлиана, скорее всего, содержал развернутое наименование репликации («replicacione <in factum comparata vel doli mali> uteris»), как и наименования экцепции в предыдущем случае: компиляторы обычно освобождали текст от процессуальных подробностей (ср. еще более сокращенное изложение того же казуса в других текстах: D. 21. 3. 2; 6. 1. 72), которые для юриста классической эпохи, напротив, составляли существо заключения по делу.

²⁸ Выражение «бонитарный собственник» впервые засвидетельствовано в тексте Теофила (Papaphr. 1. 5. 4: δεσλοτήρς βονιταρίος), который, транслитерировав латинское выражение по-гречески, создал удачный технический термин для новых языков.

²⁹ Mod. 7 reg.: D. 41. 1. 52: Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus.

³⁰ Как было показано в работах амстердамской школы на основе изучения всех случаев употребления «in bonis» в римской юридической литературе, в отличие от описательного выражения «in bonis meis esse», указывающего на любую абсолютную позицию (включая квинитскую, точнее полную, собственность), использованного в тексте Модестина, – для указания на бонитарную собственность всегда используется синтагма «meum esse in bonis» (по аналогии с «meum esse ex iure Quiritium»), которая таким образом выступает как юридико-технический термин: Ankum J., Gessel de Roo M. van, Pool E. Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks 'in bonis esse/in bonis habere' im klassischen römischen Recht, I // ZSS. 1987. 104. S. 238 ff.; II // ZSS. 1988. 105. S. 334 ff.; III // ZSS. 1990. 107. S. 287 ff.

Отсюда следует два вывода. Во-первых, Публициев иск сам по себе не означает абсолютной защиты и наличия у всякого лица, приобретающего вещь по давности, правовой позиции «in bonis». Во-вторых, конструкция «in bonis» применима не только к приобретателю от собственника, получившему *res mancipi* нецивильным способом (в результате передачи, а не манципации), но и к квиритскому собственнику, который обладает полным правом на вещь (т.е. не отчуждал ее на правомерном основании, теряя позицию «in bonis», как в случае, разобранным у Юлиана).

Таким образом, потребности упорядочения торгового оборота и защиты добросовестного приобретателя от возможных посягательств со стороны собственника-отчуждателя привели к возникновению новой юридической конструкции, которая в обобщенном виде выразила наличие абсолютных средств судебной защиты права на обладание вещью³¹. Эта конструкция распространилась за пределы ситуации *traditio rei mancipi* собственником на правомерном основании, так что произошла не просто терминологическая экспансия, а глубинное переосмысление первичной конструкции собственности по праву квиритов в терминах бонитарной собственности.

Эта нормативная перемена выражена в концептуальном обобщении Гая (2. 40–41): «Далее, нам следует отметить, что у peregrinorum право собственности едино: ведь всякий либо является собственником, либо собственником не считается. Таким правом некогда пользовался и римский народ: ведь каждый либо был собственником по праву квиритов, либо собственником не считался. Но впоследствии право собственности разделилось, так что одно лицо может быть собственником по праву квиритов, другое – обладать в составе имущества. 41. Ибо если я тебе манципируемую вещь не манципирую и не уступлю в суде, а только передам, то вещь становится твоей “в имуществе”, по праву же квиритов останется моей, пока ты, владея, не приобретешь ее по давности: ведь раз осуществилось приобретение по давности, она становится твоей по полному праву, т.е. и “в имуществе”, и по праву квиритов так же, как если бы она была манципирована или уступлена в суде»³².

Принципиальное положение содержится во второй части текста (2. 41): после приобретения по давности вещь оказывается у покупателя не в квиритской собственности, а в *полной* (*res mea pleno iure*), совмещающей два режима, т.е. и в бонитарной собственности (*res mea in bonis*), и в квиритской (*res mea ex iure Quiritium*).

Конструкция квиритской собственности (*dominium ex iure Quiritium*) в результате этой нормативной революции преобразуется в собственность «по полному праву», которая совмещает в себе два момента: *in bonis*, относящийся к абсолютным средствам защиты, и *ex iure Quiritium*, в котором удержались черты прежней конструкции «правомерного господства» (*iustum dominium*). Эта нормативная и понятийная двойственность предстает у Гаем (2. 40) как разделение прежде единой конструкции собственности («*divisionem accepit dominium*»), в результате которого в ее структуре выделились и до определенной степени обособились указанные два момента. Сущность произошедшей перемены не в том, что возможна ситуация принадлежности вещи двоим лицам по разным основаниям (в результате *traditio rei mancipi*), которая длится лишь до истечения срока приобретательной давности, а в том, что и по исте-

³¹ Вся казуистика вопроса строится вокруг задачи выяснить, кто имеет преимущество в споре о праве на вещь, т.е. нацелена на выявление единственного субъекта абсолютной правовой позиции, что отрицает релевантное право собственности на стороне «голого квиритского собственника». См. *Vacca L. Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana // La proprietà e le proprietà (Pontignano, 1985) / [A cura di E. Cortese]. Milano, 1988. P. 39 sgg., особ. P. 70 sg.*

³² *Gai. 2. 40-41: Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tu[is] ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et in iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.*

чении этого срока у приобретателя сохраняется позиция *in bonis habere*. Эту-то новую конструкцию Гай и называет в другом месте (1. 54) *duplex dominium*: «Впрочем, поскольку у римских граждан право собственности двойственное – ведь считается, что раб принадлежит всякому либо “в имуществе”, либо по праву квиритов, либо на основании и того и другого права, – мы скажем, что раб только тогда пребывает во власти господина, когда он принадлежит ему “в имуществе”, даже если он в то же самое время по праву квиритов ему не принадлежит: ибо не считается, что имеет власть тот, кто обладает “голым” квиритским правом на раба»³³.

Определение субъекта *potestas* существенно для выбора лица, отвечающего по ноксальным искам, а также – лица, в чью пользу поступают приобретения, сделанные рабом (Gai. 2. 86–87). В этой связи Гай и рассматривает ситуацию, когда одно лицо обладает рабом *in bonis*, другое – *ex iure Quiritium*: «Однако мы должны иметь в виду, что если раб принадлежит одному лицу “в имуществе”, другому – по праву квиритов, приобретения через этого раба, сделанные на любых основаниях, поступают только к тому, кому он принадлежит “в имуществе”»³⁴.

Сходным образом все имущественные поступления от наследства вольноотпущенника, состоявшего в рабстве у двух господ, один из которых обладал им *in bonis*, а другой имел в «голой» квиритской собственности, следуют бонитарному собственнику, хотя патроном считается обладатель квиритского права: «Итак, если раб будет твоим “в имуществе” и моим по праву квиритов, то латином его можешь сделать ты в одиночку, подтверждение же манумиссии могу осуществить я, но не ты, и он таким образом становится моим отпущенником. Но и достигнув квиритского гражданства иными способами, он делается моим отпущенником. Владение же имуществом, которое он оставит после смерти, предоставляется тебе, каким бы способом он ни достиг квиритского гражданства. Если же он был отпущен на волю тем лицом, которое обладало им и “в имуществе”, и по праву квиритов, то он от него одного может получить и латинское, и квиритское гражданство»³⁵. В данном случае очевидно потестарное значение квиритских полномочий, которыми не обладает субъект *in bonis*: бонитарный собственник не становится патроном и не может наделить раба полноценным гражданским статусом, но лишь суррогатным латинским гражданством. Обладатель же «голой» квиритской собственности не может своей властью сделать раба свободным, т.е. сделать его из вещи субъектом права, и не обретает наследственных прав на имущество вольноотпущенника, хотя тот именно от него получит римское гражданство и будет считаться его либертом («*meus libertus fit*»).

Это второй текст, в котором Гай упоминает двойственную собственность (пусть и не называя ее собственностью по полному праву, *pleno iure*), говоря, что господин, который обладает рабом и *in bonis*, и *ex iure Quiritium*, может доставить ему права и латинского, и римского гражданства. Эти слова заслуживают особого внимания. Двойного – латинского и римского – гражданства у вольноотпущенника не бывает: статус латина получает либерт, у которого нет римского гражданства; тот же, кто стал римским гражданином, не нуждается в гражданстве латинском (Gai. 1. 16: *...modo civem Romanum modo Latinum fieri...*). Гай здесь заговаривается, пытается установить полное соответствие между доктриной двойственной собственности и двояким гражданским статусом вольноотпущенника: раз латинское гражданство получается

³³ Gai. 1. 54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium – nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur, – ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

³⁴ Gai. 2. 88: *Dum tamen sciamus: si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum adquiritur, cuius in bonis est.*

³⁵ Gai. 1. 35: *Ergo si servus in bonis tu[i] <u>s, ex iure Quiritium meus erit, Latinus quidem a te solo fieri potest, iterari autem a me, non etiam a te potest, et eo modo meus libertus fit. Sed et ceteris modis ius Quiritium consecutus meus libertus fit. Bonorum autem quae <...>, cum is morietur, relinquerit, tibi possessio datur, quocumque modo ius Quiritium fuerit consecutus. Quodsi cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit manumissus, ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi.*

от бонитарного собственника, а римское от квинтского, то от собственника по полному праву, субъекта *duplex dominium*, отпущеннику должны следовать два гражданских статуса одновременно. Такая чрезмерная настойчивость в проведении доктрины *duplex dominium* выдает в Гае ее автора.

Не случайно само рассуждение о разделении собственности как исключительно римском юридическом явлении принимает за отправной пункт близко знакомое Гаю право peregrinorum (2. 40)³⁶: сходство прежнего римского порядка с peregrinorum и выявляет, по мысли Гаея, достижение развитой римской правовой культуры. Эта специфика полностью вписывается в задачу изложить римскую правовую систему в нормативном единстве квинтского и преторского права, а также собственно римского права (*ius proprium civium Romanorum*) и права, общего римлянам с peregrinorum (*ius gentium*), которую поставил перед собой автор «Институций» (1. 1).

Рассуждение Гаея о *duplex dominium* вызвано стремлением противопоставить конструкцию бонитарной собственности как специфически римский институт неразвитому праву peregrinorum. Подчеркнем, что Публициев иск и позиция *in bonis esse (habere)* доступна только римским гражданам, поскольку только они могли приобретать по давности³⁷. Распространенные суждения о том, что Публициев иск позволял обойти недоступные peregrinorum ритуальные формы отчуждения, опровергаются этим фактом³⁸. Подобные же заключения применительно к римским гражданам – будто основной причиной возникновения новой конструкции абсолютного права на вещь была задача освобождения гражданского оборота от сложных и громоздких форм – наталкивается на свидетельство Гаея, что в его время манципация считалась весьма удобным и привычным способом отчуждения (2. 25). Столь же неточно говорить о расхождении между формальным и фактическим положением³⁹, поскольку позиция *in bonis esse* определяется формальными требованиями к *iusta causa* и *traditio*.

Суть перемены раскрывается с позиций формального подхода к субъектному составу отношения. Анализ социальной роли, в которой выступает (и получает общественное признание) римлянин как хозяин вещи, позволяет соотнести притязание «*meum esse ex iure Quiritium*» с потестарно насыщенной функцией главы патриархального семейства, домовладыки (*pater familias*)⁴⁰, тогда как «*meum esse in bonis*» выражает позицию торговца: «я купил, и мне это передали». Свободное от групповых, семейно-патриархальных и иных опосредований, это притязание является сугубо индивидуалистическим, оно конституируется как результат индивидуальной воли, воплощенной в заключении договора купли-продажи и получении владения товаром. Конструкция бонитарной собственности указывает на принципиально иной уровень формализации отношений, достигнутый обществом: она ориентирована на отдельную личность, преследующую свои предметные интересы. Прилагаемая только к отношениям внутри гражданского коллектива, эта конструкция отражает новое основание, объединяющее римское общество, новое качество его нормативной системы, которая теперь строится на таком уровне абстракции индивидуальных интересов, что достигает подлинной всеобщности.

³⁶ Гаея преподавал право в одной из восточных провинций. См. *Liebs D. Römische Provinzialjurisprudenz // ANRW. Bd II. 15. B.-N.Y., 1976. S. 294 ff.* Попытки определить эту провинцию точнее нельзя признать удачными. См., например: *Honoré T. Gaius. A Biography. Oxf., 1962. P. 70 ff.*

³⁷ *Gai. 2. 65: ...nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

³⁸ Иск мог применяться peregrinorum, только если в него включалась фикция римского гражданства (*Gai. 4. 37: Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi*).

³⁹ *Jörs P., Kunkel W. Römisches Privatrecht. 3. Aufl. Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1949. S. 123.*

⁴⁰ См. *Смирин В.М. Патриархальные представления и их роль в общественном сознании римлян // Культура древнего Рима. Т. 2. М., 1985. С. 70 сл.*

Сходное развитие может быть прослежено также и в области обязательственного и наследственного права, и даже в наиболее консервативной области римского гражданского права – в праве лиц. Эта нормативная система может исходить из свойственных любому человеку критериев «добросовестности» (*bona fides*), «здорового смысла» (*naturalis ratio*), «естественной возможности» (*naturalis facultas*), как определяет свободу Флорентин в D. 1. 5. 4 пр.), «человечности» (*humanitas*), поскольку она доросла в своем развитии до того, что приняла за единицу отсчета человека вообще.

Важно отметить, что защита добросовестного приобретателя в римском праве осуществляется преторскими средствами, и фикция Публициева иска, устанавливая в качестве ориентира квинтскую собственность, по сути консервирует строгое *ius civile* в качестве нормативной основы такой защиты. В отличие от этой, практической стороны решения конфликта, конструкция *duplex dominium* является продуктом теоретической мысли римской юриспруденции и относится к новому осмыслению гражданского права в материально-правовом смысле⁴¹: отныне собственность по *ius civile* получает новое измерение, интегрируя вдохновляемые идеей равенства индивидов принципы добросовестности и справедливости в фундамент римской нормативной системы. Такое преобразование снимает надуманную оппозицию права и справедливости, убедительно показывая, что именно право оказывается формой утверждения и самого существования справедливости.

Первый титул Дигест Юстиниана «О справедливости и праве» (*De iustitia et iure*) содержит несколько фрагментов, которые отражают гармоничные практических и теоретических представлений о праве, воплощенную в римском праве и осознаваемую римскими юристами. В первых же строках читаем следующее обобщение Ульпиана, юриста эпохи Северов, о праве, справедливости и общественной роли профессионального юриста: «Обращаясь к занятиям правом, прежде всего следует узнать, откуда происходит наименование права. Названо же оно от справедливости⁴²: ведь, как удачно определяет Цельс, право – это наука доброго и справедливого»⁴³. И далее: «Кое-кто, пожалуй, заслуженно назовет нас ее жрецами: ведь мы поклоняемся справедливости и проповедуем знания о добром и справедливом, отделяя правое от неправого, отличая дозволенное от недозволенного, желая, чтобы добрыми делались не только из страха наказаний, но и из ожидания наград, стремясь к истинной, если я не ошибаюсь, философии, а не к мнимой»⁴⁴.

Уподобление функции правоведа жреческой призвано подчеркнуть как избранность самих юристов, так и всеобщую значимость справедливости, которая именно благодаря своей объективной имманентности человеку представляется богоподобной. Соприродность права, делающую его основой добродетелей (*uirutes: liberalitas, caritas, pietas*) подчеркивал Цицерон: «Более того, если право не будет корениться в природе, то все доблести уничтожатся. И в самом деле, где смогут существовать благородство, любовь к отечеству, чувство долга, желание служить ближнему или проявить свою благодарность ему? Ведь все это рождается оттого, что мы, по природе

⁴¹ Собственно *ius civile* как источник (форма) права – *pars iuris*, согласно римским воззрениям, существует без записи в суждениях юристов (*Ромп.* l. s. enchir.: D. 1. 2. 2. 5: *hoc ius quod in scripto venit compositum a prudentibus... appellatur ius civile*). См. также прим. 78.

⁴² Передача понятия «*iustitia*» термином «правосудие», например, в переводе И.С. Перетерского (Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 23) вызывает те же возражения, что и перевод Н.В. Брагинской в «Никомаховой этике» (*Аристотель. Сочинения 4-х томах.* М., 1982. Т. 4. С. 715) понятия «δικαιοσύνη» словом «правосудность» (*Дождев. Методологические проблемы...* С. 109. Прим. 84). См. также: История политических и правовых учений. Т. 1. Древний мир. М., 1985 (автор раздела В.С. Нерсесянц). С. 299.

⁴³ *Ulp.* 1 inst.: D. 1. 1. 1 pr: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

⁴⁴ *Ulp.* 1 inst.: D. 1. 1. 1. 1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

своей, склонны любить людей, а это и есть основа права. И будут уничтожены не только благожелательность к людям, но и священнодействия и обязанности по отношению к богам, а все это, полагаю я, следует сохранять не из чувства страха, а ввиду наличия тесной связи между человеком и божеством» (пер. В.О. Горенштейна)⁴⁵.

Любовь к людям как логический коррелят любви к богу, соотносительности человека с богом, выявляет соприродную человеку основу права. Как отношение человека к богу единично и поэтому утверждает онтологическое значение отдельной личности, так и природа укорененность права понятийно восходит к признанию самоценности индивида. Право служит сферой и способом проявления моральных (индивидуальных) добродетелей, потому что оно, будучи социальным явлением, связывая людей в общество, не отрицает, а защищает подлинную индивидуальность, в которой раскрывается богоподобная сущность человека.

Оппозиция истинной философии мнимой в тексте Ульпиана также находит соответствие у Цицерона (*De leg.* 1. 37–39), который противопоставляет разные философские школы, в зависимости от того, согласились бы они с позицией самого Арпината по вопросам права или нет. Признание природного основания права неизбежно приводит к признанию его принципиального единства (которое не может быть отменено произвольными различиями в законодательстве) и его всеобщности: «Ибо существует лишь одно право, связывающее человеческое общество и установленное одним законом. Закон этот есть подлинное основание для того, чтобы приказывать и запрещать. Кто закона этого не знает, тот – человек несправедливый, независимо от того, писаный ли это закон или неписаный. Но если справедливость заключается в повиновении писаным законам и установлениям народов, и если, как утверждают все те же философы, следует все измерять выгодой, то этими законами пренебрежет и их, если сможет, нарушит всякий, кто сочтет, что это будет ему выгодно. Это учение приводит к тому, что, если справедливость не проистекает из природы, то ее вообще не существует, а та, которая устанавливается в расчете на выгоду, уничтожается из соображений пользы для других» (пер. В.О. Горенштейна)⁴⁶.

Справедливость – только тогда справедливость, когда она одинакова для всех; специальной, избирательной, индивидуальной или групповой справедливости не бывает. Всеобщность справедливости (*iustitia*) указывает на ее сущностное единство с правом (*ius*), независимо от формы его выражения: как писаного закона (*lex scripta*), так и неписаного⁴⁷. Всеобщность права (и справедливости) рассматривается как проявление его соприродности, объективности. Здесь в опровержение эпикурейского утилитаризма воспроизводится учение Аристотеля о праве и справедливости. *Iustitia* у Цицерона – это калька с аристотелевского *τὸ δίκαιον*. Ульпиан заимствует это понятие из философского языка (в юридических сочинениях оно встречается крайне редко⁴⁸), демонстрируя текстовую и понятийную преемственность своего правопонимания с «истинной философией» его великих предшественников.

По Ульпиану, *iustitia* как объект поклонения (*colere*), профессиональной обработки (*separare, discernere*) и авторитетного распространения (*profiteri*) со стороны юрис-

⁴⁵ *Cic. De leg.* 1. 43: *Atqui si natura confirmatura ius non erit, uirtutes omnes tollantur. Vbi enim liberalitas, ubi patriae caritas, ubi pietas, ubi aut bene merendi de altero aut referendae gratiae uoluntas poterit existere? Nam haec nascuntur ex eo quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est. Neque solum in homines obsequia, sed etiam in deos caerimoniae religionesque tollentur, quas non metu, sed ea coniunctione quae est homini cum deo conseruandas puto.*

⁴⁶ *Cic. De leg.* 1. 42: *Est enim unum ius quo deuincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi. Quam qui ignorat, is est iniustus, siue est illa scripta usquam siue nusquam. Quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut eidem dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque perrumpet, si poterit, is qui sibi eam rem fructuosam putabit fore. Ita fit ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est ea quae propter utilitatem constituitur utilitate conuallitur.*

⁴⁷ Ср. *Ulp.* 1 inst.: D. 1. 1. 6. 1: *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγραφοι, οἱ δὲ ἀγραφοί.*

⁴⁸ *Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd I. München, 1971. S. 194. Anm. 1.*

тов является субстанциальным источником *ius* (права), которое предстает продуктом и реализацией справедливости в общественных отношениях. Этимологически неверная, производность *ius* от *justitia* оказывается и теоретически, и прагматически корректной. Принципиально новым здесь является акцент на творческой деятельности профессионала как необходимом условии реализации принципа справедливости в праве. Для Цицерона, который посвящает поиску места и роли юриста-профессионала в реальной жизни права всю первую книгу диалога «Об ораторе», задача согласования принципиальной неизменности требований естественного права с практикой индивидуальных (и, казалось бы, неизбежно субъективных) интерпретаций представляется трудноразрешимой. Это поле конкуренции искусства риторического убеждения и застывших юридических норм, здравого смысла ораторов и субъективистского авторитаризма правоведов. Победительная житейская мудрость вдохновляется непосредственностью жизненной правды, в отличие от оторванных от жизни, традиционалистских и формалистических источников юридического знания: «Да разве ты сам защищал дело Манья Курия по заметкам и правилам Сцеволы (не в обиду этому нашему превосходному другу будь сказано)? Разве не издевался ты и над соблюдением справедливости, и над защитой завещаний и воли покойников? Уверяю тебя (я ведь постоянно тебя слушал и был при тебе): больше всего голосов ты привлек солью и прелестью своих изящнейших острот, когда ты высмеивал правовые тонкости Сцеволы, восхищаясь его умом за мысль, что следует раньше родиться, чем умереть, и когда ты не только ядовито, но и смешно и забавно приводил множество примеров из законов, сенатских постановлений и повседневной речи, показывая, что, если следовать букве, а не смыслу, то ничего и не получается» (пер. Ф.А. Петровского)⁴⁹.

В речи Марка Антония, крупного оратора начала I в. до н.э., из диалога «Об ораторе» упоминается постоянно приводимое Цицероном в пример судебное дело, в котором столкнулись две эти логики, – знаменитая *causa Curiana* 93 г. до н.э. По некоему завещанию наследником был назначен сын наследодателя, а на случай смерти сына до достижения совершеннолетия ему был подназначен некто Маний Курий. Такое подназначение (*substitutio pupillaris*) делалось для того, чтобы наследство в случае преждевременной смерти малолетнего наследника не отошло к боковым родственникам по правилам наследования без завещания, поскольку несовершеннолетний не имел права оставлять завещание⁵⁰. В данном же случае сын у наследодателя вообще не родился, а значит, не мог и умереть, так что условие подназначения, строго говоря, выполнено не было. На наследство стал претендовать боковой родственник наследодателя Марк Копоний, чего тот, очевидно, и хотел избежать, подназначив своему сыну Манья Курия. Если бы в тексте завещания была предусмотрена ситуация отсутствия назначенного наследника (как при обычном подназначении – *substitutio vulgaris*), права Манья Курия на наследство были бы неоспоримы. В данном же случае решение оказалось в зависимости от того, отдавать ли предпочтение намерению завещателя (очевидному, но неадекватно выраженному) или буквальному тексту подназначения. Первое решение – отвечавшее интересам Манья Курия – взялся защищать Лициний Красс, лучший судебный оратор того времени; второе – на стороне бокового родственника – отстаивал Квинт Муций Сцевола, крупнейший правовед эпохи (*Cic. Brut.* 194 sqq.; *De orat.* 1. 180; *Top.* 10. 44).

⁴⁹ *Cic. De orat.* 1. 242 sqq.: *Nisi vero (bona venia huius optimi viri dixerim) Scaevolae tu libellis aut praeceptis soceri tui causam M. Curi defendisti, non adripuisti patrociniū aequitatis et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum. Ac mea quidem sententia (frequens enim te audivi atque adfui) multo maiorem partem sententiarum sale tuo et lepore et politissimis facetiis pellexisti, cum et illud nimium acumen inluderet et admirarere ingenium Scaevolae qui excogitasset nasci prius oportere quam emori; cumque multa conligeres et ex legibus et ex senatus consultis et ex vita ac sermone communi non modo acute sed etiam ridicule ac facete, ubi si verba, non rem sequeremur, confici nihil posset....*

⁵⁰ Подробнее о правилах подназначения см. *Дождев.* Римское частное право. С. 655 сл.

Со времен Ф. Шульца⁵¹ утвердилось мнение, что Цицерон усматривал в этом споре противоречие между писанным правом и справедливостью: «... Красс был непревзойден в толковании, в определении и в раскрытии справедливости. Это он доказал не один раз, между прочим, и в деле Мания Курия перед судом центумвиров. Он сказал тогда так много против буквы письменного свидетельства, в защиту равенства и справедливости, что совершенно подавил обилием доводов и примеров даже Квинта Сцеволу, человека очень пронизательного и в вопросах права, которые составляли суть этого процесса, очень опытного» (пер. И.П. Стрельниковой). Однако справедливость, отрицающая буквальное толкование Сцеволы, в тексте Цицерона прямо соотносится с вопросом о праве, составляющем суть дела. Право здесь оказывается высшей целью, которая достигается по-разному: путем буквального толкования текста завещания или путем выявления истинной воли наследодателя («*contra scriptum pro aequo et bono dixit*»). Конфликт сводится к предпочтению того или иного пути выявления права в конкретной ситуации («*in interpretando in definiendo in explicanda aequitate*»), а не к противостоянию различных нормативных принципов. Представляется, что «*scriptum*» в данном тексте следует понимать буквально, а не в качестве эллиптической формы от «*ius scriptum*», как повсеместно принято в переводах. Речь идет о том, выводить ли содержание волеизъявления из анализа казуса в целом или же только из зафиксированного на письме текста.

В другом описании *causa Curiana* у Цицерона читаем: «А сам-то Муций, который в этой тяжбе боролся за отеческое право, точно за свою вотчину, что он такое извлек из гражданского права, чтобы выступить против тебя? Какой огласил закон? Что осветил из него ясного для несведущих? Ведь вся его речь сводилась к тому, что он отстаивал необходимость точно держаться написанного. Но на такие упражнения натаскивают всех мальчиков в школах, обучая их отстаивать то букву закона, то справедливость» (пер. Ф.А. Петровского)⁵². В последней фразе на самом деле нет и речи о писаном праве (или «букве закона»), но, как и в предыдущем тексте, противопоставляется буквальное значение письменного текста и действительное содержание волеизъявления: даже мальчики в риторских школах упражняются, обучаясь (разбившись на группы) защищать в такого рода тяжбах одни – написанное, другие – справедливость.

Квинт Муций, исповедуя принцип буквального толкования, в действительности добивается искоренения произвола в интерпретации, когда всякий оратор мог бы в угоду влиятельному клиенту навязать (не без помощи приемов риторического убеждения) суду какое угодно понимание воли покойного. Он исходит из приоритета права, поскольку только определенность и устойчивость правил поведения (в этом ряду – и требование письменной фиксации воли завещателя) может обеспечить свободу и равенство участников общественных отношений. Требованию определенности соответствуют и принципы преемственности и традиционализма, и предпочтение буквального толкования как верного способа защитить от искажений волю покойного. В отличие от слов, вложенных в уста оратора Антония, отрицающего значение права для решения споров, о том, что Сцевола не привел никаких собственно юридических доводов (*De orat.* 1. 244), в диалоге «Брут» Цицерон – уже от своего имени – совсем иначе воспроизводит аргументацию великого юриста: «Когда Сцевола стремился доказать, что Маний Курий, назначенный наследником “в случае, если воспитанник⁵³ умрет раньше, чем достигнет совершеннолетия”, не может быть наследником неродившегося ребенка, то чего только он ни говорил о завещательном праве, о старинных формулах, о том, как следовало написать, чтобы Курий был признан наследником неродившегося

⁵¹ Schulz F. *History of Roman Legal Science*. Oxf., 1946. P. 134 f.

⁵² *Cic. De orat.* 1. 244: *Ipse ille Mucius paterni iuris defensor et quasi patrimoni propugnator sui, quid in illa causa, cum contra te diceret, attulit, quod de iure civili depromptum videretur? Quam legem recitavit? Quid patefecit dicendo, quod fuisset imperitis occultis? Nempе eius omnis oratio versata est in eo, ut scriptum plurimum valere oportere defenderet; at in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur.*

⁵³ Собственно: «малолетний» (*pupillus*).

сына! Как доказывал он, что опасно для народа, когда пренебрегают точным смыслом написанного, наобум гадают о намерениях писавшего и слова простых людей извращают инотолкованиями краснобаев! Как много он говорил об авторитете своего отца, который всегда отстаивал такое понимание права! Как много говорил вообще о соблюдении гражданского права!»⁵⁴. Квинт Муций стремится именно к обеспечению справедливости. В другом месте этого диалога Цицерон говорит о нем: «Сцевола с редкой проницательностью мог различить, что истина и что ложь в вопросах права и справедливости, и удивительно удачно с замечательной краткостью выражал словами существо дела» (пер. И.П. Стрельниковой)⁵⁵.

Нетрудно заметить, что именно эта характеристика, данная конкретному историческому лицу, использована Ульпианом для приведенного выше обобщающего указания на роль правоведа в обществе. Слабость позиции Сцеволы в данном случае в том, что строгое следование традиционным принципам толкования может привести к искажению истинного содержания волеизъявления. Итак, *праву*, выведенному из письменно зафиксированной воли в результате буквального толкования (*scriptum*), противопоставляется *право*, которое выведено в результате юридического толкования, учитывающего весь фактический состав; такое право именуется *aequitas*. Устойчивым, традиционным правилам разрешения спора противостоит более гибкий способ поиска справедливости в конкретной ситуации, но оба пути реализуют один и тот же, единый принцип справедливости (*bonum et aequum*).

Объясняя всеобщее действие правового принципа (*omnis ratio iuris*), Цицерон представляет следующее соотношение нормативных систем: «Оно [право] разделяется сначала на две части: природу и закон, и значение каждого типа распадается на божественное и человеческое право, из них одному свойственна справедливость (*aequitas*), другому благочестие (*religio*). Значение справедливости двоякое: одна направлена на истинное и правомерное и, как говорится, опирается на принцип соразмерного и доброго (*aequi et boni ratio*), другая относится к чередованию воздаяний, что в отношении благодетеля именуется благодарностью, а в отношении несправедливости – мезтью. Это также общее для природы и закона, но свойственно именно закону: и то, что записано, и то, что без записи поддерживается либо всеобщим правом (*ius gentium*), либо обычаям предков (*mos maiorum*)»⁵⁶.

Единство принципа справедливости (эквивалентности и взаимности предоставлений) для всех проявлений права связано с его объективностью, подобной требованиям природы. Различение природы и законов, права природного и права установленного (зафиксированного, конвенционального) выражает не противопоставление, а требование соответствия одного другому и общему для них принципу справедливости (*aequitas*).

Эта закономерность теоретически установлена Аристотелем, который вышел за рамки естественно-правовой доктрины, указав, что неизменными право и справедливость можно признавать только в отношении богов, человеческое же право не-

⁵⁴ Cic. Brut. 52. 195 sq.: Cum is hoc probare vellet, M. Curium, cum ita heres institutus esset, 'si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset', pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure, de antiquis formulis? quem ad modum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur? quam captiosum esse populo quod scriptum esset neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat? quam omnino multa de conservando iure civili?

⁵⁵ Cic. Brut. 39. 145: Qui quidem cum peracutus esset ad excogitandum quid in iure aut in aequo verum aut esset aut non esset, tum verbis erat ad rem cum summa brevitate mirabiliter aptus.

⁵⁶ Cic. Part. or. 130: Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis est duplex, cuius altera directa et veri et iusti et ut dicitur aequi et boni ratione defenditur, altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria ultio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur.

пременно должно получить определенность (конкретизацию и фиксацию). Отсюда – различие между естественным правом и правом, воплощенным в законе (Arist. NE. 1134b 18 sqq.):

«Что касается политического права (τὸ πολιτικὸν δίκαιον), то оно частью естественное (φυσικόν), частью условное (νομικόν). Естественное право – то, которое везде имеет одинаковое значение и не зависит от признания его или непризнания. Условное право то, которое первоначально могло быть без существенной разницы таким или иным, но раз оно определено [то это безразличие прекращается], и есть разница, выкупить ли пленника за одну мину, [или за две], и принести ли в жертву одну козу или двух баранов. Сюда же относятся законоположения, даваемые для отдельных единичных случаев, например касательно жертвоприношения Бразиду, законоположения, получающие силу путем голосования (τὰ ψηφισμάτωνδῃ).

Некоторым кажется, что все права именно такого рода, ибо то, что существует по природе, неизменно и имеет повсюду одинаковое значение, например, огонь жжет точно так же здесь, как и в Персии, в то время как понятия о справедливости изменчивы (τὰ δὲ δίκαια κινούμενα ὁρώσιν). Но это не так, и понятие о справедливости изменчиво только в известной степени: что касается богов, то относительно их вообще может быть нельзя говорить об изменчивости; что же касается нас, то есть у нас и известного рода естественное право, хотя вся область права изменчива; все же, однако, есть право естественное и право условное.

Ясно, что из явлений, могущих быть и иными, должно отнести к области естественного права, и что должно отнести не к области естественного права, а установленного законом и всеобщим соглашением (ποῖον δὲ φύσει τῶν ἐνδεχομένων καὶ ἄλλως ἔχων, καὶ ποῖον οἱ ἄλλὰ νομικὸν καὶ συνθήκη, εἴπερ ἄμφω κινητὰ ὁμοίως, δῆλον). Это определение может быть применено и ко всему другому; так, например, правая рука от природы сильнее левой, но может случиться, что у некоторых людей обе руки одинаково сильны.

(1135a) Что касается правовых отношений, основанных на взаимном соглашении и пользе, то они подобны мерам. Не везде существует одинаковая мера для вина и хлеба, а мера [крупных] покупателей большая, чем мера [мелких] продавцов. Подобным же образом и то право, которое не от природы таковое, а есть лишь человеческое право, не повсюду одинаково, точно так же, как государственные устройства не везде одинаковы, хотя лучшее от природы лишь одно. Отдельные права и законоположения относятся между собой, как целое относится к частному, ибо действий много, правило же, касающееся их, одно; оно общее» (пер. Э. Радлова)⁵⁷.

Необходимость конкретизации единого соприродного права определяет неизбежность различий правовых систем у разных народов. Развивая этот подход, Цицерон (Part. or. 130) относит к законам (к установленному праву) и неписаное право, выделяя в качестве его форм *ius gentium* («право народов», дословно: право, существующее повсюду) и *mos maiorum*, относящееся к установлениям отдельной гражданской общины. При этом всеобщее право выступает по отношению к праву отдельной гражданской общины, гражданскому праву, таким же критерием объективности, как природное право по отношению к установленному: «Хотя я понимаю, что из-за порчи наших нравов это нельзя ни признать позорным по обычаю, ни запретить по закону или по гражданскому праву, все же это воспрещено законом природы. Ведь существует общность (хотя об этом и часто говорились, однако следует говорить еще чаще), распространяющаяся весьма широко, единая для всех, более узкая среди тех, кто принадлежит одному народу, специфическая среди тех, кто принадлежит

⁵⁷ Arist. NE. 1135 a: τὰ δὲ κατὰ συνθήκην καὶ τὸ συμφέρον τῶν δικαίων ὁμοία ἐστὶ τοῖς μέτροις· οὐ γὰρ πανταχοῦ ἴσα τὰ οἰνηρὰ καὶ σιτηρὰ μέτρα, ἀλλ' οὐ μὲν ὄνουνται, μείζω, οὐ δὲ πωλοῦσιν, ἐλαττω. ὁμοίως δὲ καὶ τὰ μὴ φυσικὰ ἀλλ' ἀνθρώπινα δίκαια οὐ ταῦτα πανταχοῦ, ἐπεὶ οὐδ' αἱ πολιτεῖαι, ἀλλὰ μία μόνον πανταχοῦ κατὰ φύσιν ἢ ἀρίστη. τῶν δὲ δικαίων καὶ νομῶν ἕκαστον ὡς τὰ καθόλου πρὸς τὰ καθ' ἕκαστα ἔχει· τὰ μὲν γὰρ πραττόμενα πολλὰ, ἐκείνων δ' ἕκαστον ἐν καθόλου γάρ.

одной гражданской общине. Поэтому наши предки пожелали, чтобы всеобщее право (*ius gentium*) было одно, гражданское право – другое; то, что гражданское, не должно быть в то же время всеобщим, то же, что является всеобщим, должно быть и гражданским правом. Но мы не достигаем полного и ясного представления об истинном праве и о подлинной справедливости, а пользуемся лишь их тенью и подобием. О, если бы мы следовали хотя бы им! Ведь они проистекают из превосходных примеров природы и правды»⁵⁸.

Несмотря на риторическое противопоставление права и обычая закону природы, в котором заключается подлинная справедливость (*germana iustitia*)⁵⁹, рассуждение Цицерона опирается на принципиальное единство нормативной системы, устанавливая таксономическую иерархию правопорядков, отличающихся по масштабу действия и степени конкретизации: закон природы – всеобщее право – гражданское право. Надполитический характер *ius gentium* сближает его с законом природы, но в праве отдельной общины непременно присутствуют и нормы, общие всем людям⁶⁰. Неповторимость отдельной правовой системы определяется спецификой сочетания норм разного уровня, а не принципиальным различием и тем более не конфликтом гражданского права с *ius gentium* или *ius naturale*. Именно такое понимание римской правовой системы демонстрирует Ульпиан: «Гражданское право – то, которое не во всем отличается от природного или всеобщего, но не во всем им и подчиняется: итак, когда мы что-либо добавляем или отнимаем от общего права (*ius commune*), то создаем собственное (*ius proprium*), т.е. гражданское право»⁶¹.

Итак, расхождение между установленным правом и естественным не совпадает ни с различием права писаного и неписаного, ни с различием права и справедливости. Сохраняя понятийное единство обсуждаемого явления, оно выражает различие права, справедливого всегда и для всех (естественного права) и права, справедливого для граждан отдельной общины (гражданского права): «“Право” говорится во многих смыслах: в одном – когда правом называется то, что всегда справедливо и

⁵⁸ *Cic. De off. 3. 17. 69*: Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim (quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius), latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores alium *ius gentium*, aliud *ius civile* esse voluerunt: quod civile, non idem continuo *gentium*, quod autem *gentium*, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.

⁵⁹ Подробнее об этом тексте см. *Дождев Д.В.* Добросовестность как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. М., 2000. С. 99 слл.

⁶⁰ В первых строках «Институций» Гая (*Gai. 1. 1 = D. 1. 1. 9 = I. 1. 2. 3*), где представление о многомерности нормативной системы отдельной общины представлено как хрестоматийное, *ius gentium* почти сливается с естественным правом: «У всех народов, которые управляются законами или обычаями, частью действует их собственное право, частью – право, общее для всех людей (*ius commune omnium hominum*); ведь то право, которое каждый народ постановил сам для себя, является его собственным и называется гражданским правом (*ius civile*), будто это собственное право гражданской общины; то же, что установлено между всеми людьми природным принципом (*naturalis ratio*), одинаковым образом соблюдается у всех народов (*apud omnes populos*) и называется *ius gentium*, словно этим правом пользуются все роды (*gentes*) людей». Такое представление отражено в трактовке Гаема ряда юридических институтов как одновременно общенародных и естественных (*Gai. 1. 86; 89; 189; 2. 65-79*). Например: «Sed haec quoque societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit» (3. 154). Тогда же (вторая половина II в.) Флорентин и Трифонин противопоставляют рабство как институт *ius gentium* природной свободе всех людей: «Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur» (*Flor. 9 inst.: D. 1. 5. 4. 1*); «libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est» (*Tryph. 7 disp.: D. 12. 6. 64*). Это не результат развития теоретической правовой мысли (ср. *Tondo S. Profilo di storia costituzionale romana. T. 2. Milano, 1993. P. 422 sgg.*), а свидетельство гибкого учета специфики отдельных институтов практической юриспруденцией.

⁶¹ *Ulp. 1 inst.: D. 1. 1. 6 pr.*: *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.*

хорошо, каково природное право. В другом смысле – то, что имеет силу для всех или многих в какой-либо гражданской общине, каково гражданское право»⁶².

Сходным образом принцип *bonum et aequum*, представленный в определении Цельса («*Ius est ars boni et aequi*»), не сводится к оппозиции права справедливости. Соблазн упрощенной интерпретации усиливается наличием в наследии Цельса утверждения, которое, казалось бы, воспроизводит суть полемики между Крассом и Сцеволой по вопросу толкования, причем в значении принципа правопонимания: «Знать законы – значит держаться не их слов, а смысла и значения»⁶³. Однако генерализующий смысл эта фраза получает только в контексте титула Дигест Юстиниана «О законах, сенатусконсультах и укоренившемся обычае» (D. 1. 3. De legibus senatusque consultis et longa consuetudine), в котором она и дошла до нас⁶⁴. Технического значения выражение *legis scientia*, в отличие от *iuris scientia*, не имеет: «*scire leges*» следует понимать не в обобщающем значении, а в ситуативном. Перед нами фрагмент из мотивировочной части решения юриста по конкретному делу, связанному (судя по тематике 26-й книги «Дигест» Цельса) с толкованием слов стипуляции – торжественной устной формы заключения обязательственного соглашения (обычно сопровождавшейся и письменной фиксацией). Так, в другом сохранившемся фрагменте из этой книги⁶⁵ говорится: «Когда в отношении стипуляции рассматривается вопрос о том, что было содержанием сделки, то двусмысленность обращается против кредитора»⁶⁶.

Таким образом, *lex* следует понимать как дополнительное условие договора, соглашение при сделке, уточняющее ее содержание, а исходный смысл фразы связывать с принципами толкования текста договора: «Понимать дополнительные соглашения к стипуляции – значит придерживаться не буквального значения слов, а их общего смысла». Только юстиниановские компиляторы, вырвав слова Цельса из первоначального контекста, придали им значение концептуального противопоставления слепого следования букве закона его содержательной интерпретации. В действительности это положение не содержит философской постановки вопроса о сущности права, как и слова Цицерона о речи Лициния Красса (De orat. 1. 243), но также выражает требование к юридической технике обеспечить адекватное применение общего принципа справедливости к конкретной ситуации.

Расхождение между здравым смыслом, житейской логикой и традициями юридического знания (среди которых и буквальное толкование письменно выраженного волеизъявления, когда сам субъект уже не может дать личное свидетельство) ставится Цицероном в один ряд с расхождениями и спорами по вопросам права между самими правоведами (De orat. 1. 238–240). Путь преодоления сомнений, который может сделать и само юридическое ремесло доступным для освоения более широким кругом заинтересованных, прежде всего ораторами, – это, по Цицерону, приведение правовых знаний в систему: «...ведь даже если бы это познание права было превеликим и трудным, все же огромная его польза должна была бы побуждать людей приниматься за этот труд; но, о бессмертные боги, я не стал бы говорить этого при Сцеволе, если бы он сам постоянно не говорил, что он не знает другой науки, более легкой для изучения. Однако по определенным причинам многие считают иначе: прежде всего, потому что в прошлом те, кто обладал этим знанием, не хотели рас-

⁶² Paul. 14 ad Sab.: D. 1. 1. 11: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.*

⁶³ Cels. 26 dig.: D. 1. 3. 17: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

⁶⁴ Юстиниановские компиляторы нередко наделяли значением общего определения (*definitio*) суждения классиков по отдельным вопросам практики. См. Martini R. Le definizioni dei giuristi romani. Milano, 1966. P. 383 sg.

⁶⁵ О. Ленель помещает этот фрагмент непосредственно перед D. 1. 3. 17, так что они образуют единый текст: Lenel O. Palingenesia iuris civilis. I. Lipsiae, 1889. Col. 161. № 219.

⁶⁶ Cels. 26 dig.: D. 34. 5. 26: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*

пространять свою науку, чтобы получить и увеличить свое могущество; затем, после того как право было опубликовано, когда Гней Флавий впервые выставил на обозрение иски, не нашлось никого, кто бы привел его в систематический порядок на основе распределения по родам; ведь никакой предмет нельзя привести в систему, если тот, кто обладает тем, что он хочет возвести в науку, не овладеет прежде тем знанием, которое позволяет создать науку из вещей, пока что лишенных системы»⁶⁷.

Слова *ad artem redigere* – «привести в систему»⁶⁸ – это технический термин, означающий организацию знания в науку на основе диалектического метода. Здесь *ars* – результат систематизации. Эта же лексема представлена в предыдущей фразе: «*qui illa artificiose digesta generatim componerent*» («кто систематически собранное право распределил бы по родам»). «*Artificiose*» – производное от *artifex* – это не простое противопоставление «природному» (*naturale*)⁶⁹, бессмысленное в данном контексте, но указание на особую квалификацию эвентуального систематизатора (*субъекта digerere*, «приводить в порядок»), полученную в результате освоения *ars dialectica* – науки наук. Эта уплотненная фраза, как замечает сам Цицерон, трудна для неподготовленного восприятия и может быть развернута в теорию систематизации, применимую к любой области знания⁷⁰. Перед нами – продукт долгих и усиленных размышлений, в котором концентрированно выражена целая программа возведения права в науку, изложенную ниже: «... чтобы сначала разделил все гражданское право по родам (*in genera digerere*), которых весьма немного, затем распределил как бы некие члены этих родов, потом изложил собственное значение каждого из них посредством определения (*definitio*), – вы получите совершенную систему гражданского права (*ars iuris civilis*)»⁷¹.

⁶⁷ *Cic. De orat.* 1. 185 sq.: *nam si esset ista cognitio iuris magna atque difficilis, tamen utilitatis magnitudo deberet homines ad suscipiendum discendi laborem impellere: sed, o di immortales, non dicerem hoc, audiente Scaevola, nisi ipse dicere soleret nullius artis sibi faciliorem cognitionem videri.* (186) *Quod quidem certis de causis a plerisque aliter existimatur: primum, quia veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa pervulgari artem suam noluerunt; deinde, postea quam est editum, expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent; nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere vult, habet illam scientiam, ut ex eis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit.*

⁶⁸ Или даже: «возвести на степень науки», как переводит М.Л. Гаспаров (*Цицерон. Три трактата об ораторском искусстве. М., 1994. С. 111*).

⁶⁹ См., например: *Gallo F. Sulla definizione celsina del diritto // Idem. Opuscula selecta. Padova, 1999. P. 576 sg. (= SDHI. 1987. 53)*.

⁷⁰ Философ исправляет положение, разъясняя теоретические основы своего суждения о состоянии правовых знаний (*De orat.* 1. 187–189): «Кажется, желая выразиться покороче, я выразился несколько темно; но я сейчас попытаюсь высказать свою мысль по возможности яснее. Чуть ли не все данные, которые сведены теперь в различные науки, были некогда разбросаны и рассеяны. Так, в музыке – размеры, звуки и напевы; в геометрии – очертания, фигуры, расстояния и величины; в астрономии – вращение неба, восхождение, захождение и движение светил; в грамматике – толкование поэтов, знание сказаний, объяснение слов, произношение при чтении; наконец, в нашем собственном ораторском искусстве – нахождение, украшение, расположение, напоминание, исполнение; все это всем казалось некогда действиями отдельными и не состоящими одно с другим ни в какой связи. Потому была призвана на помощь особая наука со стороны, из другой области знания, которую философы целиком считают своим достоянием; она-то должна была на основании твердых правил внести связь и слитность в этот разбитый и разрозненный круг вещей. Таким образом, для гражданского права прежде всего должна быть определена цель, а именно – справедливое соблюдение законов и обычаев в тяжбах граждан. Вслед за этим предстоит выделить роды понятий, твердо установленные и не слишком многочисленные. Род есть то, что заключает в себе два вида или более, сходные между собою в известном общем признаке, и различные по признакам видовым. Вид есть подразделение рода, к которому он относится. Все роды и виды имеют свои названия, значение которых должно быть раскрыто определениями. Определение же есть не что иное, как короткое и точное указание отличительных признаков определяемого предмета» (пер. М.Л. Гаспарова).

⁷¹ *Cic. De orat.* 1. 42. 190: *ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt; deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat; tum propriam cuiusque vim definitione declaret; perfectam artem iuris civilis habebitis.*

В диалоге «Брут» Цицерон ставит приведение права в систему в заслугу своему другу, крупному юристу Сервию Сульпицию Руфу⁷². В этой похвале окончательно раскрывается понимание *ars* в оппозиции к *usus*: «...прекрасное владение (*usus*) гражданским правом было и у Сцеволы, и у многих других, – наукой (*ars*) оно стало только у него; ему бы никогда не постичь этого из самих знаний о праве (*iuris scientia*), если бы прежде он не посвятил себя той науке (*ars*), что учит распределять весь предмет на части (*tribuere in partis*), скрытое выявлять посредством определений (*definire*), неясное объяснять посредством интерпретаций (*interpretari*), сначала увидеть неопределенность, затем различить, наконец, составить правило (*regula*), которое бы указывало истинное и ложное и какие у каких предпосылок есть последствия, а каких нет. Ибо, привнеся эту науку, высшую из всех наук, он как бы пролил свет на то, что прежде без всякого порядка у других состояло в рекомендациях или исках»⁷³.

Итак, *usus* превращается в *ars* путем применения *ars dialectica*, тогда как *iuris scientia* для этого недостаточна и к такому результату сама по себе привести не может. *Ars dialectica* – это учение, способное упорядочивать знание (*scientia*). Систематизированное знание – это тоже *ars*, но наука, как мы бы теперь сказали, отраслевая. Сотношение с *usus* показывает, что *ars* несет в себе семантику способа действия и выражает модус обладания знанием⁷⁴. «Ремесло», «умение», «мастерство», «искусство» – вот тот терминологический ряд, который способен передать действенность, творческий, креативный потенциал отдельной отрасли знания, ее способность к преобразованию действительности⁷⁵. *Ars dialectica* как *ars artium* – это дисциплина, организующая другие области знания. *Ars iuris civilis* – это творческий аспект юридического знания, позволяющий находить и устанавливать справедливость в общественных отношениях.

Творческий, преобразовательный аспект права как системы принципиально отличает действенное и конкретное *ius civile* от абстрактного и умозрительного *ius naturale*, одинакового везде и для всех. Право коренится в природе (Cic. De leg. 1. 43) и в ней находит свой критерий как объективная регулятивная система, отличающий ее от произвола, возможного в позитивных формах фиксации общего принципа (*ius positum*). Но действующее, реализованное право невозможно без «искусственной» (*artificiose*) адаптации абстрактного правила к конкретным жизненным явлениям, фактам, событиям. Эту творческую функцию выполняют правоведа – лица, освоившие науку права (*iuris prudentes*), которые, подобно жрецам, поклоняясь справедли-

⁷² Цицерон превозносит Сервия перед Квинтом Муцием Сцеволой, с которым связывала первую систематизацию права позднейшая юридическая традиция (*Pomp. l. s. enchir.*: D. 1. 2. 2. 41: *Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*). Юрист II в. н.э. Помпоний сознательно воспроизводит цицероновскую терминологию: «*generatim redigendo*». Противоречие между двумя свидетельствами стало предметом специальных исследований: *Schiavone A. Nascita della giurispudenza*. Bari, 1977. P. 18 sgg.; *Bona F. L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere' // SDHI*. 1980. 46. P. 304 sgg.; *Scarano Ussani V. L'utilità e la certezza del diritto*. Milano, 1987. P. 81 sgg.

⁷³ Cic. Brut. 41. 152: *iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa indicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non esset consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.*

⁷⁴ Соотношение между *ars*, *artifex* и *scientia* применительно к риторике сходным образом определяет Квинтилиан, у которого учился риторике Цельс (*Quintil. Inst. Or.* 2. 14. 5): *Ars erit, quae disciplina percipi debet; ea est bene dicendi scientia. Artifex est, qui percepit hanc artem: id est orator, cuius est summa bene dicere* («Мастерством будет то учение, которым надлежит овладеть, то есть знаниями о хорошей речи. Мастер – это тот, кто усвоил это мастерство, суть которого – хорошо говорить»).

⁷⁵ Противопоставление такого значения *ars* значению «научная система» (см., например: *Kaser. Das römische Privatrecht*. Bd I. S. 194. Anm. 2) не представляется продуктивным: креативное начало присуще только организованному знанию.

востии (*iustitia*) как абстрактному принципу, имеют предметом своей деятельности *bonum et aequum* – конкретное воплощение действительной справедливости. Цельсово определение права, востребованное Ульпианом в качестве аргумента для установления подлинного соотношения между философским понятием *iustitia* и юридическим понятием *ius*, раскрывает креативную природу права через творческую, преобразовательную деятельность носителя профессионального знания. Такова практика права, его действительное осуществление в жизни общества. Эта практика (и вдохновленное практикой правопонимание) отвечает (и является конкретно-историческим воплощением) справедливости в общественных отношениях: «Гражданское право – это справедливость, установленная для тех, кто принадлежит к одной гражданской общине, ради обеспечения принадлежности своих вещей»⁷⁶.

Слово *constituere* (как и *constitutio*) в юридическом языке обычно указывает на авторитетное суждение правоведа или правило (D. 1. 4. 4. 1: *iuris gentium constitutio*), установившееся на основе интерпретации⁷⁷. В тексте Цицерона «*aequitas constituta*» в отношении *ius civile* может также выражать результат практической деятельности римской юриспруденции⁷⁸.

Различение естественного права (существующего по природе – *φυσικόν*) и позитивного права (установленного законом и соглашением людей – *νομικόν καὶ συνθηκῆ*) основано не на противопоставлении истинного права его более или менее адекватному подобию (как у софистов), но покоится на признании необходимости конкретизации общих принципов права применительно к регулируемой действительности. Эта конкретизация, по Аристотелю, является естественным моментом бытия права, его реализацией, а значит, не порождает разрыва в содержании. Напротив, абстрактное правовое требование достигает в позитивном праве своей определенности, так что сознательное (квалифицированно осмысленное) вмешательство людей в развитие права оказывается важным фактором утверждения справедливости и нравственной красоты в жизни общества. Законодательная деятельность выступает одним из проявлений регулятивной функции права, ведущей к совершенствованию общества и его членов. Творчество законодателя, конкретизирующего абстрактные правовые принципы, – это не что иное, как проявление самого права, необходимая форма его наличного существования. Разумное начало поэтому становится одним из требований к законодательной деятельности, призванным обеспечить ее соответствие своей природе и соразмерность порождающей причине (абстрактного права, принципа справедливости) целевой причине (конкретному праву, правде, воплощенной справедливости).

Нахождение и выявление права требуют приложения профессионального мастерства (*ars*). Поиск, который ведется в этом нормативном контексте, приводит к праву, а не к его отрицанию: оппозиция, предполагаемая максимой «*summum ius – summa iniuria*» предполагает противопоставление неправа праву; справедливость – это подлинное право. Это право (*ius civile*, *πολιτικὸν δίκαιον*) существует как результат и как момент деятельности законодателя, юристов и других источников позитивного права, которое здесь совпадает с найденной (реализованной) справедливостью (*τὸ ἴσον, bonum et aequum*).

Научно обоснованный поиск справедливости означает восхождение общества к искомой идеальной общности людей, а человека вообще – к нравственно совершенному человеку. Этот синтез достигается именно на правовом пути развития: принцип формального равенства, подчиняя себе все иные социальные регуляторы, в конечном счете конституирует общество на основе предельно абстрактной роли, ожи-

⁷⁶ Cic. Top. 3. 9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.*

⁷⁷ Ср. D. 9. 2. 43; 51. 2; 9. 4. 28; 26. 1. 3. 4; 41. 10. 5 pr.; 45. 1. 91. 3; 4; 6; 50. 16. 96 pr.; 120. См. Bonfante P. *Scritti giuridici vari*. V. 2. P. 126 sgg.

⁷⁸ Pomp. 1. s. enchir.: D. 1. 2. 2. 12: *est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

даемой от его члена, которая определяется самим участием в обществе, построенном на добре и справедливости. Изучение нормативных проявлений абстрактного и всеобщего действия правовой формы в самых различных областях жизни римского общества обладает значительной познавательной перспективой. Конкуренция различных принципов социальной регуляции (религиозного, генеалогического, семейного, корпоративного, этического, политического) и правового принципа равенства в ходе исторического развития продуцировала многообещающие для исследования разнообразие переходные фигуры социального и ментального порядка на пути к той степени юридизации социальной нормативности, достигнутой в классическом Риме, которая отличает свободного индивида как члена гражданского общества от философских идеалов человека знатного, благого, честного, добродетельного, нравственного, политического, разумного, отражающих предшествующие стадии развития античного общества и его идеологии.

METHODOLOGICAL PROBLEMS OF THE STUDY OF ROMAN LAW:
LAW AND JUSTICE IN THE CONCEPTUAL SYSTEM OF ROMAN JURISPRUDENCE
(*ius civile, ius naturale, bonum et aequum*)

D.V. Dozhdev

Universal character of legal norms implies the necessity to transcend the civic horizon of an individual and to put its human essence in the centre of legal order. The contributor demonstrates this trend of legal development by analyzing the development of the institution *in bonis esse*, which lead to reinterpreting Roman civil ownership and to considering a tradesman pursuing his own economic interests as a model subject of proprietary relations. This construction, praetorian in its origin and conceived to defend the buyer in good faith, was reconsidered by Roman jurisprudence as a structural element of civil ownership and thus revealed a new scale of universality, organically inherent in *ius civile*. Similar development of other institutions of classical Roman law demonstrated truly juridical and humanistic orientation of the law system elaborated by Roman legal science, a system aimed at legal recognition and defence of an individual in his essence, taken apart from corporative and group restrictions.

Reconsidering the shift in the scale of legal norms in terms of *ius gentium (ius commune)* and *ius naturale* does not imply dissociating different levels of interacting interests or establishing different spheres of an individual's realization. On the contrary, Roman jurists regarded *ius civile* as a means and form of exercising justice. Ideal law, the legal principle is to be specified when applied to a particular situation. Such quest for justice in social relations was the main task of professional activity of jurists or experts in law (*iuris prudentes*). Hence their adherence to the Aristotelian in its origin (Arist. NE. 1134b 18) opposition between the Law which is just always and everywhere (Cic. De leg. 1. 42; De off. 3. 6; D. 1. 1. 11) and conventional law (*ius positum*) embodying specific justice, operating in a particular case (Cic. De leg. 1. 43; D. 1. 1. 1). From this viewpoint, *ius naturale* as an abstract philosophical concept proves valid only in the sphere of animal instincts (D. 1. 1. 1. 3), while political organization of civilized people implies developing legal norms of the community (*ius civile* – Gai. 1. 1; D. 1. 1. 6.pr) as a product of professional knowledge (*iuris scientia*) and scientific research (*ars iuris civilis*). True and established justice (*aequitas constituta*) is exercised at the level of individuals, ensuring *suum cuique* according to the philosophical ideal (Cic. Top. 3. 9).

Relations established on legal basis mean that an individual is treated as a perfect man, and thus the quest for and establishment of justice proves to be the only way to true morality and virtue: «Iustitia est domina et regina virtutum». Embodiment of the philosophical ideal of good in legal form relieves other normative systems of the charge of functions which are alien to them and allows religious, ethical and other social norms to reveal and realize their own principles, thus opening the way for further enrichment of the model personality.