

*МОИМ САМЫМ ЛЮБИМЫМ ЖЕНЩИНАМ,
МАМЕ И ЖЕНЕ,
ПОСВЯЩАЮ ЭТУ КНИГУ*

ВВЕДЕНИЕ

1. ЗАКОН И ПРАВО: ВЧЕРА, СЕГОДНЯ, ЗАВТРА

Хотя предлагаемая на суд заинтересованного читателя книга и является, по мнению автора, сугубо научным исследованием, тем не менее она предназначена не только для специалистов по римскому праву и историков государства и права, но и для всякого человека, задающего вопросом о происхождении понятий «закон» и «право». Когда мы с вами сталкиваемся в реальной жизни с явной несправедливостью, то, как правило, называем это беззаконием, бесправием, полагая, что закон и право должны защищать нас от несправедливости. Вместе с тем нередко при слове «право» у людей на лице появляется саркастическая улыбка, говорящая о глубокой пропасти в сознании людей между правом и справедливостью. Иные же скажут, что едва ли проникновение в глубокую древность возникновения понятий *lex*, *ius* и *iustitia* поможет нам в осознании современных реалий, ведь между древним, еще рабовладельческим обществом и современным лежат тысячелетия социальной эволюции. Однако не спешите превозносить себя: тонкий слой правовой рафинированности, так называемой цивилизованности и в Новое и Новейшее время нередко обнаруживал под собой звериное лицо дикого, бесправного общества. Достаточно вспомнить американское рабство по расовому признаку, вторичное закрепощение крестьян в СССР эпохи коллективизации, концлагеря германского нацизма и почти официальное рабство в Чечне времен Дудаева. Закон божеский, который люди всегда связывали со справедливостью, в древности еще не был отделен в их сознании от закона человеческого, а юристами могли быть лишь те, кого Ульпиан называл «жрецами справедливости» (D. 1. 1. 1. 1), на Руси же таких людей называли праведниками. Утратили ли мы связь между божеским и человеческим законом, между справедливостью и правом, или в основу нашей современной рафинированной модели права и закона по-прежнему заложена идея справедливости?

Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо познать сам механизм возникновения государства и права. Как справедливо отмечает проф. М.Н. Марченко, «изучение процесса происхождения государства и права имеет не только чисто познавательный, академический, но и политико-практический характер. Оно позволяет глубже понять социальную природу государства и права, их особенности и черты»¹. Действительно, исследование древнейшего периода возникновения и развития государства и права позволяет выработать более или менее четкие и ясные критерии понятия «право» вообще, тесную взаимосвязь появления права с возникновением государственного аппарата, социальной дифференциацией архаического общества и появлением института собственности. Вместе с тем теоретики и историки государства и права при изучении возникновения права в древнейших государствах сталкиваются с целым рядом проблем, связанных прежде всего с недостатком письменных источников. Конечно, здесь на помощь приходят методы сравнительного правоведения и такой относительно новой отрасли знаний, как юридическая антропология.

Юридическая антропология в своих исследованиях древнейшего, обычного права раннеклассовых обществ и норм первобытных обществ опирается на весьма значительные конкретно-исторические, «полевые» исследования современных первобытных обществ. Это позволило данной науке выработать целый ряд критериев, характеризующих основные черты «единой синкретической системы норм первобытного общества»² и так называемого предправа обществ, находящихся на стадии разложения родового строя и политогенеза.

Этнологи предложили целый ряд весьма ценных обобщающих критериев, характеризующих особенности развития архаического права, в частности разделение его норм «по принципу либо объектов, либо субъектов правоотношения»³, что является аналогом древнеримского деления права на *res* и *personae*, т.е. на вещное право и право лиц. Однако, не используя четких юридических критериев права, они часто не в состоянии более или менее определенно указать тот временной рубеж,

¹ Общая теория государства и права: Академический курс: В 2 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 1. М., 1998. С. 29.

² Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсисянца. М., 1999. С. 67; Мальцев Г.В. О происхождении ранних форм права и государства. М., 2000.

³ История первобытного общества. Эпоха классовообразования / Под ред. Ю.В. Бромлея. М., 1988. С. 455.

который указывает на возникновение государства и права, иногда необоснованно называя предправом не только нормы позднеродового общества, но и архаическое право раннеклассовых государств и даже вообще все добуржуазное право⁴. При этом понятие «закон» иногда сводится лишь к понятию «запрет» и неправомерно приравнивается к первобытному табу⁵. Многие ошибки этнологов связаны с тем, что они вообще склонны недооценивать необходимость изучения некоторых важнейших институтов древнейшего, в частности европейского, права. Действительно, юридическая антропология изучает преимущественно обычаи, обычное право⁶, а генезис такого важного юридического понятия, как закон, остается, как правило, вне рамок их исследований. Как очень точно отметил известный английский правовед Г.Дж. Берман, «антропологи в целом избегали изучения индоевропейского права, отчасти из-за его положительного значения для теории общественной эволюции, а отчасти потому, что его нельзя изучать “в поле”»⁷. Вместе с тем для западноевропейской юридической науки понятие «закон» является одним из основополагающих⁸.

Это понятие впервые было выработано в древнегреческом и римском обществе. Поэтому неслучаен интерес теоретиков и историков права именно к генезису римского государства и права. В изучении общей теории возникновения государства и права вообще современные западные и отечественные юристы опираются именно на европейскую историю развития права начиная с правовых учений Платона, Аристотеля, Цицерона и римских юристов⁹. Говоря о роли и значении римского права в становлении и развитии современного европейского, так

⁴ Белков П.Л. Раннее государство, предгосударство, протогосударство: игра в термины? // Ранние формы политической организации: от первобытности к государственности. М., 1995. С. 181.

⁵ Там же. С. 173 сл.

⁶ Бочаров В.В. Антропология права: антропологические и юридические аспекты // Человек и право: Книга о летней школе по юридической антропологии / Отв. ред. Н.И. Новикова, В.А. Тишков. М., 1999. С. 23–31.

⁷ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 532, сн. 27.

⁸ О роли закона в истории европейского права см.: Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5–11.

⁹ Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 1. С. 45–50; История политических и правовых учений: Древний мир / Отв. ред. В.С. Нерсисянц. М., 1985. С. 238–261, 291–310.

называемого континентального, или романо-германского, права, юристы обычно отмечают, что столь необычное долголетие древнеримского права связано с его универсальным, всеобъемлющим характером, основанным на логически ясной, стройной системе¹⁰. Так, известный западный теоретик права Р. Давид отмечал, что «римский гений создал юридическую систему, не имеющую прецедентов в мире»¹¹. Конечно, в классическом и юстиниановском праве, а тем более в пандектном праве Нового времени эта система была уже всесторонне разработана многими поколениями римских и средневековых юристов. Очевидно, что система эта возникла не на пустом месте, но основывается на многовековом опыте развития римского гражданского и преторского права.

Еще одним несомненным достоинством римского права со времен его возникновения являлась, является и, надеюсь, будет являться его основная цель – стремление к справедливости. Римляне не считали юристом того, кто не преследовал в своей деятельности этой главной цели. Именно римлянам принадлежит удивительно красивый миф о том, что богиня справедливости Юстиция дольше всех других богов оставалась с людьми и лишь в кровавый железный век последней покинула землю (*Ovid. Fast. I. 251; Met. I. 150; Iuven. Sat. VI. 14–20*) и с тех пор люди в поисках справедливости с мольбой зывают к ней, обращая взоры к небесам. Неотъемлимой основой справедливости римляне считали добрую совесть, олицетворявшуюся в богине Fides, поэтому без соблюдения принципа *bona fides*, т.е. добросовестности, в римском праве не имела юридической силы ни одна сделка. Принцип добросовестности и отсутствия злого умысла (*dolus malus*) также стал основой, фундаментом римского права еще в архаический период – в законах царя Нумы Помпилия и в Законах XII таблиц.

Некоторые современные исследователи архаического римского права считают, что Законы XII таблиц еще не имели никакой внутренней системы и представляли собой всего лишь набор приказов, запретов и правил судебной процедуры¹². Насколько правомерны подобные утверждения? Ведь основой всего гражданского права сами римляне всегда

¹⁰ История государства и права зарубежных стран / Под ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. Ч. 1. М., 1996. С. 105.

¹¹ Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. В.А. Туманова. М., 1988. С. 51.

¹² Bretone M. Storia del diritto romano. Roma; Bari, 1987. P. 105–106; Guarino A. Una palinogenesi delle XII Tavole? // Index. 1991. N 19. P. 225 ss.

считали именно Законы XII таблиц¹³. Отсюда вполне естественным было бы предположить, что уже в древнейшем римском своде законов были заложены какие-то основы системы гражданского права.

Таким образом, нам предстоит рассмотреть конкретные пути возникновения и развития римского права, выяснить, как в архаическом обществе, полном различных пережитков родового строя, складывались такие основополагающие юридические понятия, как *ius* (право) и *lex* (закон). Не менее важно и выявление основных закономерностей возникновения и развития права в древнейшем Риме. Поэтому мы попытаемся проанализировать и обобщить конкретные данные античной письменной традиции по истории возникновения и развития древнейшего римского права, уделив особое внимание становлению и развитию в нормативном сознании римлян понятия «закон», а также определению значимости и места закона в развитии древнейшего права римлян.

Своеобразие римской государственной структуры архаической эпохи в VIII–III вв. до н.э. заключалось в том, что первоначально сакральные и государственно-правовые институты еще не были разделены. Более того, даже чисто государственные функции были не только облечены в сакральную форму, но и выполнялись различными жреческими коллегиями. Соответственно право этого периода развивалось преимущественно в сакральной форме. Следовательно, необходимо изучить характер древнейших сакрально-правовых норм, а также проследить их эволюцию от религиозных табу к правовым санкциям. Такая эволюция была немыслима без соответствующего развития некоторых функций основных государственных институтов, усиливавших значение жреческих коллегий. Не менее важно выяснение роли царской власти, сената и народных собраний в процедуре создания закона, а также исследования того, как изменялась эта роль в ходе развития римского государства в VIII–III вв. до н.э.

С целью изучения процесса выделения римского права в особую, уже не совпадающую с религией и моралью сферу в книге на материале нарративных источников анализируется роль жречества в создании сакрального права, в дальнейшем формировании и развитии римского публичного и частного права. Обращается внимание и на распределение сферы влияния жреческих коллегий на ту или иную сторону соци-

¹³ *Liv.* III. 34. 6; *Cic. De orat.* I. 193–195.

альной и правовой жизни римского общества, и на политико-правовые и судебные функции отдельных, наиболее важных коллегий, таких, как авгеры, понтифики и фециалы.

В книге дается также обзор истории создания Законов XII таблиц и анализ их внутренней структуры, которые позволяют в значительной мере скорректировать устоявшиеся стереотипы в представлениях о роли сословно-классовой борьбы плебса в развитии светского писаного права, о характере древнейшего гражданского права римлян. Исследование отдельных норм Законов XII таблиц дает возможность раскрыть такие важные черты архаического права, как понимание под законом ясно выраженной и зафиксированной письменно воли народа, главенство принципа равенства граждан перед законом, право апелляции к народу, признание публичной и частной собственности и владения и т.д. Наконец, определенное внимание уделяется в книге формированию магистратской *fides publica*, генезису и развитию в IV–III вв. до н.э. преторского права в недрах архаического права, показывается особая роль городского претора в распространении преторского права за пределы Рима.

Многие из рассмотренных в книге норм позволяют нам понять систему архаического права в целом и особую роль в нем закона в частности. Некоторые характерные особенности представления древних римлян о соотношении закона божеского и человеческого на века вошли в сокровищницу европейского права и морали, это те особенности, отказавшись от которых общество с неизбежностью утратило бы в будущем важнейшие ориентиры в соотношении закона и справедливости, морали и права. Обращаясь к опыту прошлого, мы должны взять из него то, что не подвержено тлению с течением времени, что было, есть и будет основой цивилизованного человеческого общества.

2. ОБЗОР ИСТОРИОГРАФИИ

В книге использованы и подвергнуты критическому анализу работы крупнейших западных романистов XVI–XXI вв., касающиеся как всего развития архаического римского права, так и некоторых важнейших источников архаического права, таких, как «царские законы» и Законы XII таблиц.

Западная историография чрезвычайно богата литературой, посвященной проблемам возникновения и развития римской государственности и древнейшего права. Исследования «царских законов» и Законов

XII таблиц появились в Европе еще в XVI в. Начало научному исследованию палингенезиса XII таблиц положил французский ученый Годфруа, его система восстановления децемвирального свода легла в основу большинства современных научных изданий¹⁴. Его современник Франсуа Боден впервые попытался собрать и прокомментировать не только Законы XII таблиц, но и законы легендарного царя Ромула¹⁵. Уже тогда в отношении структуры децемвиральных законов сложилось два диаметрально противоположных мнения. Так, Боден был убежден, что эти законы вбирали в себя все древнейшее право, включая сакральное право и право магистратов, а Годфруа склонялся к преимущественно светскому их характеру.

Бурный всплеск интереса к развитию архаического права приходится на середину XIX в. Направление в историографии, утверждающей всеобъемлющий характер Законов XII таблиц, включавших в себя *ius publicum*, *ius sacrum* и *ius privatum*, представляет сделанное на латинском языке исследование голландского ученого Е. Ксавьера Леливра¹⁶. Он дает подробный анализ собственно римских и греческих первоисточников законов, подробно останавливается на данных традиции о нормах сакрального и публичного права в децемвиральном своде и рассматривает важнейшие нормы частного права, которые, по его мнению, были помещены в конец свода. Этой же позиции придерживался итальянский ученый Лодовико Валериани, особое внимание уделяя, в частности, именно законам о религии и магистратах, а точнее, об их величии (*maiestas*)¹⁷. Неоценимый вклад в изучение истории и источников Законов XII таблиц сделал представитель второго направления — немецкий исследователь Генрих Дирксен¹⁸. В его фундаментальном труде подробно разбираются почти все известные нормы законов, дается их юридический анализ и предлагается реконструкция их системы, в целом повторяющая модель Годфруа. Вместе с тем ученый собрал уни-

¹⁴ *Gothofredus J. Legis XII Tabularum fragmenta quae supersunt... // Opera juridica minora. Lugdunum, 1733. P. 3–199.*

¹⁵ *Fran. Balduini iuriconsulti Commentarii in libros quattuor: Institutionum Iuris Civilis: et eiusdem libri duo ad Leges Romuli, & Leges XII Tab. Parisiis, 1554.*

¹⁶ *Xaverius Carolus Lelièvre E. Commentatio antiquaria de legum XII tabularum patria. Lovaniens, 1826.*

¹⁷ *Valeriani L. Leggi delle XII Tavole. Firenze, 1839.*

¹⁸ *Dirksen H.E. Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente. Lpz., 1824.*

кальные сведения позднеантичных и раннесредневековых авторов о судьбе децемвирального свода. Автор считает, что законы содержали нормы преимущественно частного светского права. Той же позиции в отношении содержания этих законов придерживался другой немецкий юрист, М. Фойгт, издавший тексты законов и подробный комментарий к ним¹⁹. Именно его издание и по сей день служит основой для всех последующих переизданий этого архаического свода. Не менее важно и другое, относительно небольшое исследование М. Фойгта, посвященное истории, восстановлению и комментариям «царских законов»²⁰. Рассмотрев общие свойства «царских законов» и отметив их религиозный характер, а также принадлежность к неписаному праву, Фойгт обращается к важнейшим нормам Ромула, Нумы Помпилия и Туллы Гостилия. Третья глава его книги посвящена изучению древнейших письменных текстов, содержащих нормы «царских законов». Он упоминает так называемые книги комментариев царей, жрецов и магистратов, таблицы самих законов и *ius Papirianum*. Подробно Фойгт останавливается и на проблеме достоверности сведений традиции об этих законах, отвергая гиперкритическое направление их оценки.

Краеугольным камнем, заложившим фундамент научного изучения истории древнейшего римского права, является капитальный труд Теодора Mommsena по государственному праву Древнего Рима, и по сей день не потерявший своей актуальности²¹. Первый том его исследования посвящен изучению сакральных, военных, судебных и административных функций римских республиканских магистратов. Второй том начинается с исследования царской власти и ее инсигний. Особо подчеркивает Mommsen жреческие функции царя. Далее ученый подробно рассматривает магистратские обязанности верховного понтифика, останавливаясь, в частности, на его роли в создании *leges regiae*, а также на его судебных полномочиях. Не менее подробно он разбирает и характер архаического сената, исследуя значение термина *patres*, выделяя внутрисенаторскую коллегию центумвиров и анализируя способ вступления в сенат в различные периоды римской истории. Вообще надо сказать, что Mommsen огромное значение придавал роли жречества в

¹⁹ Voigt M. Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, wieprozesses. Lpz., 1883. Т. I–II.

²⁰ Voigt M. Ueber die *leges regiae*. Lpz., 1876.

²¹ Mommsen Th. Römisches Staatsrecht. Т. I–III. Lpz., 1887–1888.

формировании архаического государства и законодательства в период царей и ранней Республики, считая, что сама римская магистратура родилась из жречества, и называя архаический Рим «жреческой империей»²².

Говоря о работах первой половины XX в., нельзя обойти молчанием исследования в области публичного права, принадлежащие итальянскому юристу Г. Ночере. В одной из своих работ он дает реконструкцию римского публичного права, уделяя большое внимание архаическому периоду²³. Особый интерес представляет его исследование различных форм народных собраний в Древнем Риме²⁴. Рассматривая различия между куриатными, центуриатными и трибутными комициями, он указывает на их разные политические цели, в частности в законодательной области. Подробно автор останавливается на местах проведения народных собраний, характере и порядке голосования. Значительную роль ученый отводит контролю сената за деятельностью комиций. Большой интерес представляет также книга Дж. Никколини по фастам плебейского трибунала, где сведены и прокомментированы данные источников по плебейскому трибунату от его основания до эпохи Империи²⁵. Соответственно исследователь рассматривает все законы и плебисциты ранней Республики, связанные с тем или иным плебейским трибуном.

Настоящий бум в изучении архаического права приходится на вторую половину XX в. Среди работ общего характера следует отметить четырехтомное исследование Ф. де Мартино «История римской конституции», первый том которого посвящен истории возникновения и развития государственных институтов и права²⁶. Характеризуя нормы царской эпохи, он подчеркивает, в частности, что в отношении этого периода нельзя говорить о законах, так как право тогда основывалось на неписаных обычаях. В работе английского исследователя Р. Палмера рассматривается характер куриатной организации царского Рима и ее

²² *Mommsen Th.* Disegno del diritto pubblico romano / Trad. di P. Bonfante. Milano, 1973. P. 119–127.

²³ *Nocera G.* *Ius publicum* (D. 2. 14. 38). Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle *regulae iuris*. Roma, 1946.

²⁴ *Nocera G.* Il potere dei comizi e i suoi limiti. Milano, 1940.

²⁵ *Niccolini G.* I fasti dei tribuni della plebe. Milano, 1934.

²⁶ *De Martino F.* Storia della costituzione romana. Vol. I. Napoli, 1958.

соотношение с трибами и центуриями²⁷. Изучает автор и соотношение терминов *patres*, *patricii*, *plebs*, считая, что появление плебса не может быть датировано ранее 494 г. до н.э. По мнению ученого, реформа Сервия Туллия способствовала замене куриатной конституции на центуриатную. Вообще, постепенную отмену куриатной конституции, навязанной патрициями и подтвержденной в законодательстве децемвиров, Палмер связывает лишь с победой плебса и отменой патрицианской монополии на основные должности консулов, диктатора, царя жертвоприношений и главного куриона. Большой интерес представляет и коллективная работа под редакцией другого английского ученого, К. Раафлауба²⁸, посвященная изучению социальной борьбы патрициев и плебеев в VI–IV вв. до н.э. В этой книге особого внимания заслуживают статьи Арнольдо Момильяно, Жан-Клода Ришара и Ричарда Митчелла об источниках и характере патрицианско-плебейского дуализма. Так, Митчелл доказывает, что архаический сенат был чисто патрицианским органом, причем изначально он формировался из представителей родов и жреческих коллегий и лишь постепенно жречество перестало быть обязательным условием членства в сенате. В статье Джерси Линдерского приводится и юридическое обоснование этого тезиса, связанное с трактовкой чисто патрицианской формы брака – конфарреации, каковая была непременным условием вступления в должность царя жертвоприношений, фламингов и салиев. Статья Марка Тоера комментирует X таблицу децемвирального свода. Автор возражает тем ученым, которые считают погребальные законы древними нормами по ограничению роскоши.

Из наиболее новых работ можно отметить книгу Марио Бретоне по истории римского права²⁹, в которой автор поднимает некоторые общие вопросы развития римской юриспруденции. Касаясь архаического периода, автор пишет, что важнейшим элементом правовой культуры царского периода была сила устного слова, а Законы XII таблиц стали первым писаным правом благодаря влиянию греков. Однако эти законы еще были «кодексом сельчан», сохраняя многие пережитки примитивизма. Особое внимание автор уделяет роли понтификов в формирова-

²⁷ Palmer R.E.A. *The Archaic Community of the Romans*. Cambridge, 1970.

²⁸ Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders / Ed. K.A. Raafaub. Berkeley, 1986.

²⁹ Bretone M. *Storia del diritto romano*. Roma; Bari, 1987.

нии римской юриспруденции, основанной на «языке знаков», ритуалов и символов. Более традиционную концепцию развития римского архаического права дает Луиджи Амиранте³⁰. В первой главе своей книги он рассматривает роль понтификов в составлении и сохранении религиозных обычаев предков. Деятельность царей и *lex curiata de imperio* он рассматривает лишь в связи с правлением этрусской династии, специально останавливаясь на реформах Сервия Туллия. Вторая глава целиком посвящена созданию плебейской организации, священных законов и Латинского договора. Наконец, в третьей главе рассматриваются отдельные частноправовые нормы Законов XII таблиц. Касается он и борьбы плебеев за равноправие в IV в. до н.э., а также развития понтификальной юриспруденции.

На проблемах характера государственной власти и взаимоотношений патрициев и плебеев в царский и раннереспубликанский период останавливается также французский историк Ж.-К. Ришар³¹. Подробно рассматривая проблему происхождения плебеев, он считает их простолудинами, не имевшими доступа в патрицианский сенат, но входившими в состав *porulus*. Впервые как сословие плебс оформился лишь в результате возмущения должников в 494 г. до н.э. К данным традиции о «царских законах» в целом и реформе Сервия Туллия в частности он относится с полным доверием. Следует отметить также работу Луиджи Капогросси-Колоньези³² об эволюции Рима от родового общества к государству. Разбирая латинский период развития царской власти, он соотносит власть рекса с полномочиями куриатных комиций и *patres*. Обращаясь к этрусскому периоду, он характеризует соотношение между *patres* и плебсом, между царем и жреческими коллегиями, а также выделяет основные аспекты реформы Сервия Туллия. Законы XII таблиц автор связывает с принципиально новой фазой гражданской истории.

Среди исследований общего характера наиболее важным мне представляется фундаментальный труд итальянского историка права Сальваторе Тондо, специально посвященный истории развития римской

³⁰ *Amirante L.* Una storia giuridica di Roma. Napoli, 1994.

³¹ *Richard J.-Cl.* Les origines de la plebe romaine: Essai sur la formation du dualisme patricio – plebein. Rome, 1978.

³² *Capogrossi Colognesi L.* Dalla tribù allo stato (Le istituzioni dello stato cittadino). Roma, 1990.