

# СТАТЬИ

## 1. ДРЕВНЕЕ ПРАВО

### РИМСКОЕ ПРАВО В СВЕТЕ ИСТОРИИ МЕНТАЛЬНОСТИ

С. П. ШЕВЦОВ

Одесский национальный университет, Украина  
[sergiishevtsov@gmail.com](mailto:sergiishevtsov@gmail.com)

---

Sergey Shevtsov (Odessa National University, Ukraine)

#### ROMAN LAW IN THE LIGHT OF THE HISTORY OF MENTALITY

ABSTRACT. Correlation of changes in the mentality of a given society and its legal consciousness is counted among the most salient problems that legal history has been facing since at least the second part of the 20th century. There are however considerable theoretical and practical difficulties in these areas, which involve a shift of interpretative paradigm as well as a new approach to the lamentable sparse sources. In these circumstances certain possibilities for further research can be found, for instance, in studying classical forms of legal consciousness as they are reflected in such forms of activities, as these abundantly presented in Greek and Roman military literature, since, obviously, military organization and the ways of warfare involve the structures and mentality, often parallel to these in the realm of law.

KEYWORDS. Law, mentality, legal consciousness, warfare

---

Характер возникновения и развития права в античном мире во многом остается неясным даже при той огромной работе, которая активно ведется в этой области на протяжении по крайней мере последних двух веков. Римское право стало предметом серьезного изучения уже в школе глоссаторов в XII веке и в дальнейшем непрерывно изучалось и разрабатывалось почти во всех образовательных центрах Европы. В XIX веке в связи со стремительным развитием гуманитарных наук, прежде всего, связанных с антиковедением (общих – классическая филология, история, философия, правоведение и вспомогательных –

археология, папирология, доксография, историграфия и др.), изучение римского права поднимается на небывалую высоту. Публикации «Кодекса Феодосия» и «Дигест» под редакцией Теодора Моммзена с обстоятельными комментариями закладывают серьезную базу для всех последующих исследований. Тот же Моммзен публикует фундаментальный трехтомный труд «Римское государственное право» (*Römische Staatsrecht*, 1871–1888), а позже – дополняющий его том «Римского уголовного права» (*Römische Strafrecht*, 1899). В то же время появляются труды по римскому праву Рудольфа Иеринга, Юлиана Барона, Карла-Эдуарда Цахариэ фон Лингенталя и многих других, и казалось, что все возможности для дальнейших исследований исчерпаны, а основные итоги подведены. Римскому праву грозило превратиться исключительно в учебную дисциплину. Конечно, неясности оставались, особенно применительно к праву в Греции, а также в области отношения классического и позднего римского права (римское ли оно еще или уже византийское?). Конец XIX – начало XX века принес открытие папирусов, а среди них – юридических памятников на сирийском, армянском, арамейском и других языках, что позволило иначе взглянуть на некоторые, казалось, уже решенные проблемы и поставить новые. Однако более важным фактом оказалось существенное преобразование самих наук – как истории, так и юриспруденции. В XX веке ряд историков решительно выступили против долго господствовавшей «позитивной истории» с ее радикальным требованием опираться исключительно на тексты (формула Ш. Ланглуа и Ш. Сеньобоса «История пишется по источникам» восходит к требованию Н. Д. Фюстеля де Куланжа «Тексты, только тексты, ничего, кроме текстов» (Февр 1991, 542–543), и обе напрямую следуют за лозунгом учителя Моммзена Леопольда фон Ранке «*wie es eigentlich gewesen war*»<sup>1</sup>). Воскресает почти забытый принцип «романтической» истории à la Жюль Мишле с его интересом к человеку, но принцип этот теперь осуществлен на совершенно новом уровне. Позитивная история представлена как «политическая» и мнимо объективная, ей противопоставлена история, в центре которой – человек во всем многообразии его связей и сам историк. Рождается история ментальности. Ее основания можно усмотреть в «философии жизни» – у В. Дильтея, Ф. Ницше, О. Шпенглера, но методологическое осуществление нового подхода наметили Й. Хейзинга, М. Блок и Л. Февр, Н. Элиас (на них, в свою очередь, повлияло возникновение культурологии как науки).

Но и в области правоведения произошли существенные изменения. Внешне они не носили столь революционного характера, но, по сути, наука о праве за XX век преобразилась почти до неузнаваемости. Это слишком большая тема даже для целой статьи, поэтому ее можно лишь наметить. К концу XIX – началу XX века стало очевидно, что без уяснения фундаментальных основ права дальнейшее его развитие и, тем более, прогресс немислимы. С особой остротой встал вопрос о связи права с другими областями жизни государства, общества

---

<sup>1</sup> См. Гуревич 1993, 34.

и отдельного человека. Этот вопрос предстал в форме создания теории права как особой дисциплины. Ее создателями можно было бы считать русских юристов – Н. М. Коркунова, Л. И. Петражицкого, Г. Ф. Шершеневича (van Hoeske 1985, 12), но их труды не получили известности на Западе. Поэтому первыми представителями новой дисциплины оказались Г. Кельзен и Л. Дюги (van Hoeske 1985, 13). Теория права потребовала привлечения социологии права и психологии права, позже присоединились (и одновременно обособились) история права и антропология права. В тот же период решительно заявила о себе позиция негативного отношения к праву. Здесь сошлись несколько совершенно разных учений: анархизм (У. Годвин, П. Ж. Прудон, М. Бакунин),<sup>2</sup> марксизм и религиозное учение Л. Толстого. Находясь на совершенно разных позициях и опираясь на разные основания, эти учения сходились в том, что право есть инструмент насилия и подавления господствующим меньшинством (государством) угнетаемого большинства. В каком-то смысле возникновение теории права было связано и с этой критикой права. Следует учитывать, что юристы представляли (и представляют) собой достаточно замкнутую, хотя и неоднородную, профессиональную группу. Представители романо-германской правовой семьи плохо понимали представителей так называемого «общего права» (прежде всего – англичан). Но и в том и в другом лагере проходило разделение по вопросу о природе права между сторонниками естественно-правового подхода, позитивного учения и исторической школы (последних, правда, становилось все меньше). В целом романо-германская правовая семья опиралась на римское право («писанный разум» [Давид 1998, 45]) и кантовское учение о праве, в то время как английские юристы отдавали предпочтение традиционному для них позитивному подходу, восходящему к учению Джона Остина (см. Харт 2007, 9 сл.). Две мировые войны и общее изменение сил в мире поставили перед правовой наукой ряд сложнейших и насущных проблем по правовому осмыслению и оценке произошедшего; возникла необходимость создания международного права и утверждения его статуса, формирования международных правовых институтов и т. д. Все это требовало пересмотра традиционных оснований и развития языка права, что, в свою очередь, создавало новые трудности. Однако найти новые пути обоснования сущности права не удалось, попытки соединить различные подходы (вроде «интегрированной юриспруденции» [Берман 1999, 340–363]) тоже не привели к успеху. С 20-х годов перед западными юристами возникает проблема теоретического осмысления неевропейских правовых систем – права советского, мусульманского, права индусской общины, права стран Дальнего Востока, позже – иудейского права. Кроме того, возникает вопрос о праве у народов, ведущих традиционный образ жизни (право ли это вообще? <sup>3</sup>). Вопрос о сущности права становится все более актуальным, но даже внутри европейского континента не удается найти общий язык по этому вопросу. Во второй поло-

---

<sup>2</sup> См. об этом Эльцбахер 2001.

<sup>3</sup> Например, Малиновский 2004.

вине XX века юристы все больше и больше стали говорить о кризисе западной традиции права (Берман 1998, 48–55). Основные пути преодоления этого кризиса видели либо в усилении строгости позитивистских методов и подходов (пример, Ганс Кельзен и Герберт Харт), либо, напротив, в смягчении, интеграции методов и привязке права к некоей сфере с устойчивой онтологией – Богу, земле и т. п. (Дж. Берман, К. Шмитт).

Когда речь заходит об истории права, юридическая наука в силу своей специфики, обусловившей ее традиционную замкнутость, вынуждена обращаться к другим наукам. Без усилий историков, филологов, культурологов едва ли возможно обращаться к столь сложной области, как, к примеру, римское право. Но отказ от формы классического образования, где центральным моментом выступала античность – ее история, язык(и), литература, а также еще ряд факторов, способствовали существенному снижению интереса юристов к проблемам римского права – его возникновению и развитию. В итоге эта область все больше отходит историкам, теоретикам культуры, философам. Следствием этого оказывается постепенное угасание интереса к вопросам природы римского права, что значительно обедняет исследовательские работы. Хотя общее количество публикуемых исследований по римскому праву скорее возросло, нежели уменьшилось, значимость и актуальность этих работ для решения современных проблем права существенно снизились. Римское право сегодня – это особая область, относящаяся скорее к истории, чем к юриспруденции.

Для иллюстрации этого обстоятельства ограничимся небольшим, но во многих отношениях показательным примером. Рассмотрим статью Михаэля Райнера об античном праве в сборнике «История европейской ментальности» (EMG, 489–512). Но прежде надо сказать о самом сборнике. Он задуман как единый труд многих авторов по раскрытию истории становления европейской ментальности, этого ансамбля «способов и содержаний мышления и восприятия, которые являются определяющими для данного коллектива в данное время» [EMG, XXI], – так определяет историческую ментальность редактор и автор ряда статей известный немецкий медиевист П. Динцельбахер. Сборник представляет собой своеобразный ансамбль очерков основных категорий культуры в плане ментальности: индивидуум / семья / общество, сексуальность / любовь, религиозность, душа и тело, умирание / смерть, пространство, время / история, право и другие, – всего семнадцать разделов. Каждый из очерков в свою очередь состоит из трех частей: античность, средневековье, Новое время. Статьи написаны разными авторами, специалистами в данной области или по данному периоду; некоторым авторам принадлежит несколько статей в сборнике. Составителем сборника Питером Динцельбахером написаны введение, предисловие и шесть тематических статей. Некоторые очерки характеризуются ярко выраженной авторской позицией, но удачно подобранные и при единстве объема статьи дополняют друг друга и соединяются в целостную картину; избегнув объективной безличности хорового пения, они создают сложное композиционное единство индивидуальных голосов.

Статья Михаэля Райнера начинается со справедливого указания на трудность любой попытки вместить в небольшой объем (около двадцати страниц) историю понимания права и отношения к нему в течение почти тысячи лет у двух столь разных народов, как греки и римляне. К слову сказать, автор следующей статьи, Вольфганг Шильд, по тем же причинам ограничивает свое рассмотрение средневекового права исключительно германцами и Империей (Священной империей германской нации). Понятно, почему М. Райнер не может ввести такое ограничение и посвящает примерно четверть статьи Греции (EMG, 489–495), а три четверти – Риму (495–510). Две страницы занимает краткая библиография, разделенная по Греции и Риму, характерно при этом, что в части, посвященной Греции, приведены в основном работы исследователей античности (историков и культурологов), в части же, относящейся к Риму, больше представлены историки права, по сути – юристы.

М. Райнер начинает с гомеровской эпохи, где цари играли роль жрецов и осуществляли связь между богами и людьми. Далее он переходит к Гесиоду, который уже говорит о принципе справедливости, уподобляя его общей организации жизни крестьянина. Дальнейшая эволюция права связывается автором с общим развитием Греции, в первую очередь – с системой полисов и отношений между ними. В Афинах он видит центр греческой культуры и потому историю греческого права связывает с историей Афин. Здесь ключевой фигурой оказывается Солон, реформы которого привели к освобождению граждан Афин от долговой кабалы и угрозы рабства. По мнению М. Райнера, в этот период еще нет противопоставления писаного и неписаного права, и первое служит лишь дополнением второго. Он приводит цитату из Геродота (*История* 7, 104, 4), в которой бывший спартанский царь Демарат объясняет Ксерксу, что греки живут без верховного правителя, но при этом ими правит закон – владыка куда более грозный, чем сам персидский царь для своих подданных. Эта цитата приводится как пример взгляда греков на организацию собственной жизни со стороны. Автор испытывает серьезные трудности из-за недостатка материала, на основании которого можно было бы составить представление о правовой ментальности исследуемой эпохи. Он вынужден опираться на литературу (Геродот, Платон, Аристотель), на лингвистический анализ отдельных терминов (*nomos, dikaion*), на свидетельства истории, но в целом картина выходит достаточно условной, речь может идти скорее о воззрениях на закон, нежели о собственно категории права в ментальности античной Греции.

Римскую историю М. Райнер делит на четыре фазы: первая – от основания Рима до падения этрусской монархии (ок. 500 г. до н. э.), вторая – до компромисса патрициев и плебеев в 367 / 366 году, третья – до установления империи, и четвертая – до падения Западной Римской империи. Автор стремится показать уникальность системы римского права, равно как неуклонное и последовательное движение римлян к совершенствованию своей правовой системы. Каждый из указанных периодов выделяется не столько изменением ментальности, сколько этапами на пути совершенствования системы права. Римское

право во все эти периоды хотя и менялось, но сохраняло твердость и преемственность в принципиальном отношении. Что касается оснований этого единства принципов, то автор делает вывод, что на передний план следует поставить веру (*fides*) в качестве главного движущего механизма. «Фундаментом законности, – пишет он, – фундаментом преторского правотворчества, выступает вера как основная ценность, фундаментальный элемент римской культуры права» (EMG, 501). Сам автор никак не обосновывает тезис об исключительности римского религиозного сознания, ограничиваясь ссылкой на известную позицию Ф. Виакера по данному вопросу. Он подчеркивает, что в каждый из периодов своей истории народ Рима соотносил свое право с понятием справедливости (*Gerechtigkeit*). Ссылаясь на Цицерона, он полагает ближайшим воплощением справедливости знаменитую римскую добродетель (*virtus*). «Она (добродетель) связана со справедливостью и означает, не более и не менее, как ту справедливость высшего ранга, которая заставляет выводить из себя соответствующее конкретное право» (EMG, 505). Внимание автора привлекают более всего третья и четвертая фазы – развитие преторского права и появление профессиональных юристов в классическую эпоху римского права. Здесь автор чувствует себя гораздо свободнее, так как может опираться на тексты самих римских правоведов. Но в целом раскрыть ментальность он и не стремится, ограничиваясь общим пересказом истории права и указанием на наличие его неизменных оснований – веры, чувства справедливости и добродетели. Механизмы функционирования ментальности и ее историческое и национальное своеобразие вообще никак не затронуты автором. Вся ментальность в его изложении сводится примерно к такой формуле: «Уже Цицерон резко отклонял правовой позитивизм и в целом характеризовал его как глупость, будучи уверен, что все справедливое существует (*iusta esse*) как то, что содержится в законе и в общем праве (*instituta*) народа.<sup>4</sup> Вся юридическая культура римлян покоится на этом фундаменте, она стала возможной благодаря постоянному соответствию рамкам традиции» (EMG, 505). В целом едва ли данная статья может претендовать на раскрытие правовой ментальности в эпоху античности пусть даже в общих чертах.

Нет сомнения, что при исследовании такого сложного и уникального феномена как римское право с позиции ментальности возникают колоссальные трудности. Ментальность, лежащая в основе римского права, не просто еще одна область или тема в ряду других. В ней скрыт ключ к пониманию права в

---

<sup>4</sup> Под «общим правом» здесь понимается естественное право, так как тут следует ссылка на фрагмент из Дигест (D 1.1.3, Ульпиан): «Естественное право (*ius naturale*) – это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам; сюда относится сочетание мужчины и женщины, которое мы называем браком, сюда же порождение детей, сюда же воспитание; мы видим, что животные, даже дикие, обладают знанием этого права».

современном мире и тех проблем, которые возникают перед нашим обществом сегодня. И решение этой задачи может быть найдено именно в позднейшей истории правового мышления.

Римское право лежит в основании нового понятия государства и представления о человеке. Это новое представление реализует себя в эпоху, которую принято теперь называть Возрождением и в значительной мере составляет ее основу. Начало воплощения этих новых представлений, начало формирования этой новой ментальности лежит в эпохе, которую авторы сборника называют Высоким Средневековьем – в XII веке (хотя применительно к этому периоду говорят иногда и о Раннем Возрождении: Брук 1992). Именно в этот период происходит «открытие индивидуума», что отмечалось многими исследователями и давно уже стало традицией, но казуальное объяснение этого процесса и сегодня вызывает серьезные трудности, о чем пишет, в частности, в своей статье посвященной индивидууму / семье / обществу в Средние века П. Динцельбахер (EMG, 26). В связи с этим становятся понятными трудности проведения грани между Средневековьем и Возрождением, особенно в плане ментальности. Со времен «создателей» Возрождения – Ж. Мишле<sup>5</sup> и Я. Бурхардта – принято считать, что в его основе лежит принципиально новое понимание человека, церкви и государства. Об этом вслед за Бурхардом (хотя и в полемике с ним) пишет Й. Хейзинга, позже – М. Вебер и многие другие. Дж. Берман представил блестящую, хотя во многих отношениях неполную, картину этого преобразования мира с точки зрения права, где основными источниками преобразования оказываются клюнийская реформа церкви и последовавшая борьба светской и церковной властей, папы и императора (Берман 1998). Европа (за исключением некоторых стран) обрела в римском праве инструмент разграничения полномочий государства и церкви, а тем самым и ту форму свободы, которую искала и к которой стремилась. В частности, еще в античности сложилась формула, господствовавшая на протяжении почти тысячелетия и служившая основой античной аскетики, а потом и христианской, что основой порока является тело.<sup>6</sup> В этом плане позднее средневековье можно представить как утрату «телом» некоторых своих функций. О постепенном обращении от преступлений (и наказаний) «идущих от тела» к «идушим от свободы» пишет В. Шильд в статье, посвященной праву в Средние века (EMG, 513–534).

В связи с этим встает вопрос о том, когда и как возникла такая степень свободы в римском праве, позволившая новому миру опереться на него. Предположительно таких вариантов может быть четыре: (1) она была заложена изначально; (2) возникла в классический период (II–III вв. н. э.), (3) создана кодификацией (V–VI вв.); (4) вложена интерпретаторами (XII в. и позже). Мне

---

<sup>5</sup> О Мишле как «открывателе» Возрождения см. статью Л. Февра «Как Жюль Мишле открыл Возрождение» (Февр 1991, 377–387).

<sup>6</sup> Формула Прокла: «Корень порока – тело, а добродетели – ум» (Столяров 1999, 92).

представляется наиболее вероятным первый из вариантов, поэтому рассмотрим их в обратном порядке.

Вариант (4). Свобода как конституирующее начало права возникает на Западе в XII веке в процессе рецепции римского права (в университетах, юридических школах и т. д.). В определенной степени в этом нельзя усомниться. Даже если Кодекс Юстиниана и сохранял «вкус» былой римской свободы, эта свобода требовала определенного процесса реанимации, ведь сама она не могла породить свободу мысли и чувства (если судить по Византии). Глоссаторы не вносили ничего нового – они лишь комментировали и поясняли, постглоссаторы уделяли больше внимания систематизации и помещению права в общую теологическую (на тот момент – «научную») картину мира, и только французские юристы XVI века добрались до собственно римского права в «чистом виде» (Барон 1888, 6). Юридически это, несомненно, так, но стремительное распространение римского права и неуклонно возрастающий интерес к нему уже в XII веке указывают на происходящие в Западной Европе существенные перемены. Эти перемены со временем обернутся ростом свободы, и в этом процессе римское право сыграет далеко не последнюю роль. Однако вопрос о методах реактуализации свободы, ее извлечения из римского права с начала XII века Западом, о формах ее актуализации, например, в школе глоссаторов, постглоссаторов или позже – гуманизмом XV–XVI вв. выходит за рамки данной статьи. Вопрос о том, как распределялись эти два разных источника свободы – внутренние тенденции в обществе Западной Европы периода высокого средневековья и нормы римского права, как они встретились и обрели друг друга, как происходило их взаимообщение (в плане ментальности), требует специального рассмотрения, которого на сегодняшний день все еще недостает.

Вариант (3). Не привнесена ли идея свободы в право кодификациями V или VI веков? В пользу этой точки зрения может говорить предположение, что после упадка старой правовой ментальности могла сложиться (или родиться) новая, уже на основах христианского учения, что и послужило причиной принятой кодификации. Ведь новое понимание человеческой личности так или иначе могло (и должно было) повлиять на характер правовой системы. Против этой точки зрения свидетельствует тот факт, что право как особую ментальность мы обнаруживаем задолго до этого периода.

Следует учитывать, что важнейшие кодификации (Феодосия – составлена между 429 и 438 г., и Юстиниана – 528–534 гг.) стремились не столько к тому, чтобы правовым образом выразить новые процессы социальной и ментальной жизни, обнаружившие себя за прошедшее с классического периода время, сколько, напротив, вместить эти процессы в искусственно созданные формы. Особенно отчетливо это видно на примере Свода гражданского права (*Corsus iuris civilis*) Юстиниана – и более известного, и значительно более полного, нежели все ему предшествующие. Достаточно характерно уже то, что кодификация свелась к специальной организации текстов классического периода, в том числе к систематизации цитат (с определенными интерполяциями). При этом



язык Свода преимущественно оставался латинским, хотя общим языком империи к этому времени был греческий. Один этот факт уже существенно затруднял проникновение христианского мировоззрения в правовую терминологию и систему норм Свода. Христианство в Восточно-Римской империи мыслилось почти исключительно по-гречески: по-гречески шли службы, греческой была вся теологическая литература, по-гречески велись дискуссии на соборах. Латиноязычная христианская литература этого периода была значительно беднее. Правда, в латинском мире существовали сочинения Блаженного Августина, но, во-первых, они не были популярны на Востоке, во-вторых, автора «Града Божьего» едва ли можно отнести к сторонникам правового подхода к человеку. Вместе с тем, именно у него можно найти новое христианское понимание свободы (*De libero arbitrio*), в то время как греческих авторов эта проблема волновала гораздо меньше. Из сказанного можно сделать вывод о том, что в сознании населения Восточной Римской империи свобода вообще и достоинство личности в частности не представляли собой проблемы. Основой их внимания были вопросы богопознания и организации жизни (прежде всего личного поведения) как некоего пути восхождения к Богу. Здесь таится основа того принципиального расхождения между восточным и западным не только христианством, но и мировоззрением вообще. В центре внимания Запада стоит человек – конкретный, живой, в его социальном окружении, преобразующий мир и себя согласно своему разуму (в основе которого – Бог). В центре внимания Востока – прежде всего Бог, потом формы его воздействия на мир (эманация, энергия), соответственно, созданный-преображенный Богом мир (природа как целое, социум как государство и церковь), и лишь потом человек (при этом, как правило, человек вообще, не конкретный и не в конкретных обстоятельствах).<sup>7</sup> Соответственно византийское право(-сознание), если пытаться реконструировать таковое, должно было бы строиться сперва на фундаментальной теологии, потом на уставе монастырской жизни (труды Василия Великого), потом на церковном уставе, потом на уставе общинном, и лишь в последнюю очередь регулировать межличностные отношения. О правах человека, отношении отдельной личности как независимой сущности к государству говорить не приходится вовсе, это противоречит всему характеру византийского богословия. Такое право повторяло бы иерархию Дионисия Ареопагита, где каждый уровень определялся бы вышестоящим и всецело подчинялся ему, а главной задачей должно было выступать *обожение*, то есть восхождение человека к Богу, еще точнее – постепенное уподобление человека Богу, которое возможно только как переход с уровня на уровень. Наделение человека правовым статусом могло лишь препятствовать такому движению, в силу факта фиксации определенного состояния, тем самым лишая его носителя возможности преобразования.

---

<sup>7</sup> Замечательный анализ различия западного богословия и восточного дает Бриллиантов (1898).

Так что право в западном его понимании в Византии так и не сложилось, и правовой Свод Юстиниана следует этому руслу лишь отчасти – в той мере, в которой позволяет уже устоявшаяся правовая традиция. Отталкиваясь от конституций римских императоров и их стремления сделать свою волю основным источником права, Свод представляет дело так, что император оказывается источником права, то есть наиболее близким к Богу (но не «человеком» – скорее, здесь уместнее говорить о «месте» или местоположении согласно природе). Кстати, и вся повседневная сфера – ритуальная, служебная и проч. также представляла императора как живого Бога на земле. Этому находили обоснование и в текстах римских юристов – Ульпиан (D.1.4.1.): «*Quodcumque igitur imperator... praeseripit, legem esse constat* (То, что решил император, имеет силу закона...)».

Вопрос о том, в какой мере в Своде Юстиниана присутствует восточная традиция (и какая именно – классическая или христианская), чрезвычайно сложен, особенно в плане оценок. В противовес сложившемуся мнению П. Коллине сформулировал мысль о том, что Свод Юстиниана является византийским, а не римским правом: «Даже если настаивать на оценке работы Юстиниана как римской, нужно признать, что она не может быть римской в полном смысле этого слова, поскольку она не была создана в виду Рима и Италии и не предназначалась для применения к римлянам по национальности. Она будет римской лишь настолько, насколько империя Юстиниана и он сам будут римскими, то есть преимущественно восточной...» (Collinet 1912, 15). При этом его подход и критерии оставались подчеркнуто юридическими (он рассматривал только правовые институты, проблему ментальности даже не затрагивая).

Тот факт, что христианство внесло ряд изменений в юридические нормы правового Свода Юстиниана, ни у кого из исследователей сомнений не вызывает. Но в отношении роли и значения этих изменений позиции исследователей расходятся. В целом влияние христианства видят в следующих положениях: придании правового статуса деятельности церкви (в первую очередь в лице епископов); признании условием правоспособности чистоты веры, соответственно, правовом обеспечении мер против язычников, еретиков и иудеев; укреплении семьи; разрешении браков с вольноотпущенниками; ослаблении отцовской власти и имущественных прав отца; уравнивании женщин в правах с мужчинами (в ряде положений – по отношению к мужу, в вопросах наследства и др.); смягчении законов, касающихся рабовладения и освобождения от рабства (Kühlenbeck 1910, 346; Успенский 1999, 350). Но в целом влияние христианства рассматривалось опять-таки исключительно в юридическом аспекте. Только серьезный анализ мог бы позволить уяснить, в какой мере эти юридические изменения могли отражать или затрагивать план ментальности. Такие исследования мне неизвестны. Итак, крайне сомнительно, чтобы восточное христианство обладало представлением о свободе личности; если же предположить обратное, то все равно неясно, в какой мере это представление могло найти свое отражение во внесенных в Свод Юстиниана нормах права. Отсюда

следует, что говорить о проникновении в римское право представлений о свободе личности при кодификациях V–VI веков нет оснований.

Вариант (2). В его пользу может говорить тот факт, что к этому времени уже существует понятие индивидуальности, возникшее с эпохой эллинизма и во многом обусловившее его своеобразие. Это достаточно изученный период античной истории, но трудно реконструируемый по причине необозримости материала. Именно тогда Римская империя достигает вершины могущества во II веке и переживает глубочайший кризис во всех сферах в следующем, в период перехода от «принципата» к «доминату». К этому периоду относится и расцвет деятельности римских юристов, что и обусловило название его «классическим периодом римского права». Среди юристов выделяются прежде всего Папиниан (ок. 150–212), Ульпиан (170–228), Павел (III век), Модестин (III век) и Гай (II век), чьи суждения позже (императором Валентинианом III, 425–455 гг.) были признаны основным источником римского права. Сочинения римских юристов (за редким исключением, вроде *Институций* Гая и *Сентенций* Юлия Павла) до нас дошли в фрагментарной форме. Несмотря на новые находки, основным нашим источником остается Свод гражданского права (*Corpus iuris civilis*) Юстиниана, в первую очередь – Дигесты. Все это очень осложняет работу по реконструкции римского права не только классического периода (толкуемого при этом более широко – с начала принципата), но и других периодов. Кроме Свода, важными источниками оказываются дошедшие до нас отрывки в иных текстах, упоминания историков (Тита Ливия, Тацита, Авла Геллия и др.), римских грамматиков (Варрона, Феста), мыслителей (Цицерона, Сенеки), писателей (Плавта, Теренция, Плиния и др.), наконец, сохранившиеся надписи на камне, дереве, бронзе.<sup>8</sup> Особо следует выделить найденные греко-египетские папирусы, но по большей части они содержат материал относительно римских провинций.<sup>9</sup>

Все это позволяет детально изучить римское право в его развитии, однако для нас в данном случае будет важна лишь одна из его существенных черт: в классический период право обретает свою письменную форму, однако процесс его создания заканчивается. Это принципиальная позиция самих римских юристов. Во-первых, они всячески избегают общих установок и определений. Эту их особенность часто отмечают исследователи, и примеров тому множество. Ограничимся двумя: Павел (D.50.17.1): *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (не следует, исходя из общего, отвлеченного правила, черпать, создавать конкретное право; наоборот, нужно, основываясь на существующем, живом праве, строить общую форму); Яволен Приск (D.50.17.202):

<sup>8</sup> Большую работу по изданию текстов таких надписей проделал в свое время Т. Моммзен и его коллеги, о чем речь шла в начале статьи; выдержки из издания Моммзена, относящиеся к праву, изданы Брунсом (Bruns 1893).

<sup>9</sup> См. Mitteis 1891. Он же позднее совместно с Вилькеном издал свод греческих папирусов: Mitteis–Wilcken 1912.

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset (Всякое определение в гражданском праве опасно, ибо мало случаев, когда оно не может быть опровергнуто). Это известное высказывание римского юриста I–II вв. н. э. «считается историками римского права типичным» (Липшиц 1984, 367). Р. Иеринг отмечает, что юристы часто «объявляют себя не в состоянии точно определить понятие и напирают на то, что понимание его надо приобрести из самой жизни», их формулировки понятий часто неудовлетворительны, отмечает он, «зато эти понятия глубоко укоренились в них, что доказывается их мастерским применением» (Иеринг 1875, 36).

Еще в большей степени подтверждением того, что в своих глубинных основаниях право (как и сознание) уже сформировалось к началу классической эпохи, служит факт бурного развития к этому моменту преторского права. Этот феномен крайне редко оказывался предметом изучения в плане ментальности, несмотря на огромную литературу, посвященную самому институту претуры. Это вынуждает нас отвлечься.

У преторов (как магистратов, то есть должностных лиц) не было полномочий изменять, создавать или отменять существующие нормы права. Претор, по сути, выступал лишь посредником между гражданами и судом. И, тем не менее, в реальной практике изменилось практически все. Во второй половине II века до н. э. в Риме установился новый судебный процесс – *процесс per formulas*, или *формулярный*. «Общий смысл совершившейся реформы заключается в переложении обязанности формулировать предмет спора с плеч сторон на плечи претора. В процессе формулярном стороны перед магистратом могут излагать дело в любых выражениях и в любой форме; дать же претензиям сторон соответствующее юридическое выражение составляет теперь дело претора. Из объяснений сторон он выводит юридическую сущность спора и эту сущность излагает в особой записке судье, назначаемому для разбора этого дела. Эта записка судье и есть *formula*, отчего и самый процесс называется формулярным» (Покровский 1999, 142). Но преторы не ограничиваются тем, что облегчают, упрощают и делают более доступным обращение в суд. Они вводят в сферу судебных решений и те случаи, которые традиционно не подлежали регулированию в рамках гражданского («квиритского») права. «Если к нему (претору) являлось лицо с претензией, хотя и не имеющей для себя оснований в гражданском праве, но все-таки, по мнению претора, справедливой, то он мог теперь... просто-напросто составить соответствующую формулу и передать дело на решение судьи, предписав ему по проверке фактических данных обвинить ответчика. Таким образом, рядом с исками, основанными на гражданском праве, *actiones civiles*, появляются иски преторские — *actiones praetoriae*. В создании этих исков преторское творчество достигает своего зенита. В основе *гражданского иска* лежит всегда то или иное гражданское право истца, некоторое *jus*, которое в иске осуществляется... Материальным основанием всех *преторских исков*, напротив, является уже не какое-либо *право* истца на то, чтобы ответчик ему что-либо заплатил, а просто известное фактическое положение дел,

совокупность известных фактических обстоятельств, которые делают справедливым, чтобы ответчик заплатил. Поэтому преторские иски опираются всегда на некоторое *factum*, а их формулы являются *formulae in factum conceptae*»<sup>10</sup> (Покровский 1999, 151–152).

Этот вид права, осуществляющийся в дополнение к строгому гражданскому праву (то есть вне рамок традиционного правового формализма), чрезвычайно важен и показателен. Во многих чертах (с точки зрения ментальности, а не формы) здесь наблюдается близость с английским «правом справедливости». Суть последнего в том, что в случае, если поданная истцом жалоба не могла быть представлена как иск по общему праву (то есть выходила за нормы английского права), истец мог обратиться непосредственно к королю (реально – к канцлеру), и тот решал дело «по велению совести», вне законодательных форм (Берман 1999, 70–103), но со временем (с XVII в.), как и преторское право, эта форма права («право справедливости») сама стало собранием юридических норм (Давид 1998, 232–233). И в том и в другом случае введение дополнительного основания (источника) права и механизма его реализации придают системе права удивительную гибкость. В обоих случаях источником принятия решений оказывается понятие справедливости, а не правовая норма. Отметим эту параллель, она будет для нас важна.

Казалось бы, столь существенные правовые полномочия, оказавшиеся в руках должностных лиц, стоящих практически вне всякой системы официального контроля, могли привести к злоупотреблениям, коррупции и другим негативным явлениям. В этом случае стоило бы ожидать сопротивления этому процессу со стороны общества. Но мы видим как раз обратное: преторское право и судопроизводство посредством формул стремительно развиваются и становятся, собственно, римским правом. «Вся классическая юридическая литература, отрывки которой дошли до нас в Юстиниановской компиляции, предполагает именно этот формулярный процесс» (Покровский 1999, 143). Именно это вынудило нас обратиться от эпохи классического права к историческому периоду, ей предшествующему. Дело в том, что эпоха классического права представляет собой период относительного упадка правового сознания, что и сделало письменную фиксацию норм необходимой. Письменная фиксация уже существующего в ментальности может быть оценена по-разному, но в данном случае эта фиксация нарушала саму природу преторского права. «Освобожденный от оков строгой формалистики, формулярный процесс оказался в достаточной степени гибким, чтобы воспринять в себя самые разнообразные нарождающиеся отношения и дать место различным, даже самым тонким, оттенкам каждого конкретного случая» (Покровский 1999, 143). И вот как раз эта гибкость устранялась при письменной фиксации. В позднейшую эпоху юридическая практика достигает своей вершины в смысле строгости и утонченности, но становится уделом людей специально этому обученных, в то время как

---

<sup>10</sup> «Формулы, составленные на основе фактической ситуации».

прежде в роли судьи мог выступить едва ли не любой римский гражданин, при вынесении решения полагаясь исключительно на свое понимание справедливости. На этом примере можно увидеть принципиальное различие между историей фактической и историей ментальности: там, где одна видит вершину, другая обнаруживает упадок.

Преторское право не могло бы достичь такого уровня технического совершенства, широты практики и единообразия норм, если бы не опиралось на сложившееся устойчивое представление о праве. В свою очередь это представление не могло бы быть столь твердым без некоторого стержневого момента, узлового камня, связующего множество разнообразных случаев в некое правовое единство. Но для юристов показателями такого единства служат всегда либо формы процесса, либо формы обращения к источникам права. Второй способ создает право как систему в юридическом смысле. Но единство римского права определялось не этими критериями, потому что одной из важнейших черт римского права, отмечаемой почти всеми исследователями, было отсутствие единой системы. Возникает своего рода парадокс: с одной стороны, римское право понимается как *ratio scripta* (писанный разум), юристы континентальной Европы восхищаются им и видят в нем образец (Давид 1998, 225), с другой стороны, в этом разуме отсутствует обобщение и систематизация (Берман 1998, 132), то есть оно не представляет собой единой системы (такую стройность ему придадут позже).<sup>11</sup> Чтобы осмыслить эту ситуацию, достаточно понять, что у всех, кто когда-либо знакомился с римским правом, ощущение единства римского права неизменно возникало, хотя это единство не укладывалось в рамки существующих стереотипов, проявляясь скорее не на уровне письменного выражения норм, но на более глубоком – на уровне оснований для принятия каждого конкретного решения. Осознание этого факта не сразу и нелегко далось европейским юристам Нового времени. «Для того чтобы отбросить традиционный взгляд, утверждавший, что право и закон – это одно и то же, понадобилась революционная смена позиции, в итоге которой изменилось само определение права, в нем стали видеть выражение не справедливости, а воли государства» (Давид 1998, 75). Эту позицию формулирует Р. Иеринг как свою основную мысль: «...правовые положения суть только самые внешние, практически верхушки права, не исчерпывающие ни количественно (экстенсивно), ни качественно (интенсивно) его действительного содержания» (Иеринг 1875, 29). А римские юристы (Павел) говорят об этом так (называя, по сути, закон «правилом»): «*regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* – правило кратко рассказывает вещь, как она есть, таким образом, не право из правила формируется, а правило делается из права, как оно есть» (D.50.17.1).

---

<sup>11</sup> «Римское право состояло из сложной сети норм; однако они существовали не как интеллектуальная система, а скорее как красочная мозаика практических решений конкретных юридических вопросов» (Берман 1998, 152).

Можно сделать вывод, что для классической эпохи римского права характерно создание письменного свода правовых норм (позитивного права), однако само право (как тип ментальности и главный источник юридической системы) в это время уже не создавалось; напротив, наблюдается определенный упадок понимания последнего в сознании современников.

Итак, остается вариант (1): свобода была изначально присуща римскому праву как конституирующая основа. Правовая система Рима восходит ко времени основания города, то есть к периоду, сложно поддающемуся реконструкции. О праве столь архаичного периода мы знаем исключительно мало, лишь то, что косвенным образом дошло до нас в цитатах и поздних нормах с отметкой, что источник такой нормы – обычное право римского народа. Даже текст Закона XII Таблиц (середина V в.) при достаточно полной реконструкции содержания вызывает споры относительно того, как изложенные там нормы были упорядочены (Покровский 1999, 120). Есть данные археологии, совсем не мифические, но требующие своего истолкования. Отдельно стоит упомянуть и лингвистические реконструкции. Кроме того, мы располагаем достаточно большим объемом полумифических (скорее всего, вымышленных) фактов об основании Рима и раннем периоде его истории (Тит Ливий, Плутарх и др.). И существует поистине безграничная литература, посвященная возникновению Римского государства, изобилующая реконструкциями.

В этой ситуации утверждать что-либо определенное относительно столь ранней эпохи, кроме совершенно очевидного (вроде того, что Рим в какой-то момент возник), кажется безумием. И все же можно решиться на это, признавая всю шаткость оснований, в данном случае не столько исторических, сколько логических и философских.

В частности, можно утверждать, что устойчиво укоренившаяся правовая традиция была присуща римскому сознанию уже к эпохе возникновения преторского права. В основе этой традиции лежало глубокое уважение к деятельности должностного лица и внимание к слову любого гражданина Рима. Это традиционное сознание и закладывало истинное основание всему римскому праву, иначе говоря, источником позитивного римского права стало специфическое римское мировоззрение.<sup>12</sup> Почти все известные нам нормы древнего Рима построены на том, что римлянин не врет, не лицемерит, не лжесвидетельствует, преследует свою выгоду открыто и прямо. Кроме того, хотя в данном случае это не так уж важно, именно такой портрет римлян рисуют нам историки (и не только римские). И еще одно качество (оттуда же): римляне с уважением относятся к врагу, оказывающему им открытое и решительное сопротивление, но плохо к тому, кто делает это скрытно и бесчестно. Даже у историков имперского периода нет высокомерия по отношению, например,

---

<sup>12</sup> Р. Иеринг пишет: «Предостережение – не отождествлять право какого-либо времени с его правовыми положениями» (1875, 29).

к германцам, значительно уступающим римлянам в плане цивилизованности, но являющим образец твердости, верности и стойкости (Тацит, Светоний).

Кажется, можно доверять интуиции и чувству права Иеринга, который пишет, что, когда мы рассматриваем право одного народа в различные периоды его истории, мы видим, что отдельные институты (такие, как право наследства, опеки, обязательственное право и т. п.) имеют в один период нечто общее, «так сказать, известное сходство в выражении их физиономий, и это сходство может быть даже сильнее, заметнее сходства с самим собой одного и того же института в различных фазах его развития» (Иеринг 1875, 37). Это положение Иеринг использует для подтверждения того наблюдения, что право в некий период времени, так сказать, в синхронии, представляет собой единый организм, в котором действуют одни и те же силы. Но если это наблюдение распространить на всю ментальность, то мы получим чрезвычайно интересную формулу. Согласно ей, тот или иной период вполне может стать объектом исследования – не с точки зрения норм и институтов, но с позиции ментальности, духа права и его сущности.

Некоторые черты римского менталитета можно усмотреть в той сфере, к которой редко обращались в связи с правом и ментальностью – военном искусстве. А оно, несомненно, является одним из самых ярких моментов кристаллизации ментальности. С. С. Аверинцев делает в связи с этим интересное наблюдение: в античном полисе, – пишет он, – сила военной мощи «предстает как сумма, соизмеримая каждому из составляющих ее слагаемых – личной крепости и личной отваге каждого гоплита... Напротив, мощь византийской державы едва ли кто мыслил себе как слагаемое телесных и духовных сил отдельных стратиотов (к тому же во времена Юстиниана стратиоты в большинстве своем были варвары); скорее это некая иррациональная величина...» (Аверинцев 1997, 20–21).

И действительно, римское войско (эпохи пунических войн – самой ранней, относительно которой мы можем говорить достоверно о военной тактике римлян [Дельбрюк 2001, 189]) отличалось дисциплиной и инициативностью (маневренностью). Примечательно место у Полибия (XVIII, 28–32), где он сравнивает македонскую и римскую фаланги. Македоняне в своем развитии двигались в сторону все большей сплоченности и спаянности – уже греческие гоплиты, как мы знаем из Еврипида,<sup>13</sup> могли сражаться только в тесном строю. Македоняне же довели взаимозависимость фалангистов до предела: первые пять шеренг фаланги представляли собой, по сути, единое целое – их копья образовывали перед строем сплошную «щетину», при этом длина копья для каждого последующего ряда увеличивалась, доходя до семи метров (21 фут) у фалангистов пятого ряда. Такое копье – сариссу – можно было держать только

---

<sup>13</sup> Гоплит – он в вечном рабстве у своих / Доспехов: сломится ль копье в сраженье, / Он беззащитен; будь с ним рядом трусый, / Храбрейший из гоплитов пропадет (*Геракл*, 190–193; пер. Ин. Анненского).



двумя руками, что исключало возможность держать щит. Предположительно щиты держали только воины первой шеренги, чьи копья были обычной длины. Воины стояли тесно плечом к плечу (на каждого приходилось около 1,5 м), задние шеренги напирали на передние, создавая огромную давящую мощь фаланги (Дельбрюк 2001, 288). Фаланга римлян такой мощью не обладала: воины ее стояли вдвое свободнее (около 3 м на человека). Задние шеренги также помогали передним в случае необходимости, но так как глубина фаланги римлян была значительно меньше, то и в мощи натиска они намного уступали македонянам. Зато они были значительно подвижнее и маневреннее. Строй македонян трудно было удерживать даже на плацу, а на пересеченной местности это было практически невозможным делом. В итоге фаланга македонян распалась, в ней возникали давки и разрывы, что делало ее уязвимой, так как в этом случае воины (кроме первой шеренги) оказывались практически небоеспособными. Римская же фаланга могла менять тактику в ходе боя, медленно отступая под натиском македонян, она провоцировала образование у нападавших разрывов, куда вклинивались отдельные отряды римлян, так как их фаланга не была сплошной, но выстраивалась в шахматном порядке. При этом существенную роль играла дисциплина римлян: отступающим нужно было стойко сдерживать медленно движущуюся фалангу, а воинам второй и третьей линии римлян (гастатам и триариям) быть готовым по сигналу офицера перестроиться и атаковать образовавшиеся в фаланге противника разрывы. Это свидетельствует о том, что во II веке до н. э. существенно возросла роль отдельных командиров и их инициативность (Разин 1955, 338).

В этом описании Полибия и построенных на его основе реконструкциях трудно не увидеть того же принципа, что и в основе преторского права: четкое понимание общей задачи каждым, определенная свобода действий при строгой дисциплине, при этом – инициативность и значимость каждого отдельного индивидуума. Это примечательное соединение жесткости и пластичности, устойчивого и изменчивого составляют основу римского образа действий. Рим – удивительная культура, задающая жесткие рамки, допускающие, однако, необходимое для свободных и осознанных действий каждого отдельного гражданина маневрирование в широких внутренних пределах (как условие свободного выбора наилучшего решения общей задачи). Такая культура не могла быть задана извне, она должна была присутствовать изначально и развиваться в течение многих веков.

Вывод: Рим был таким с самого начала. И все же отсюда еще далеко до свободы индивидуума. Еще одна черта: по сравнению с другими цивилизациями античности, Рим был удивительно воинственен. С самого своего основания Рим воевал со *всеми* окружающими его городами и народами. Даже Моммзен, описывая начало Рима, испытывает серьезные трудности, пытаясь, с одной стороны, представить Рим как естественное образование (отбрасывая всю мифологию) трех народностей (рамнов, тициев и луциев), а с другой стороны, признавая его искусственность и уникальность (Моммзен 1994, 51–55), и в

итоге видит решение проблемы в статусе Рима как общего для нескольких городов рынка и торгового складочного места (там же, 55–56), но все же высказывает удивление по поводу того, что для этой цели избрали местность столь нездоровую и пустынную. И наконец, почему охрану этих торговых складов и рынка доверили столь враждебным и воинственным племенам?

Вот черты римской древней общины, на которые указывает Моммзен: «Вся судебная власть сосредотачивалась в общине, т. е. в лице царя», так что родовой судебной власти не было, хотя власть отца семейства соперничала с царской. Царь не мог миловать, но община могла (там же, 131). Любопытно добавить к этому замечание Иеринга о царской власти: царь в Риме – не глава семьи или рода, имущество государства – не «царское добро», он избирается свободно и не властен над имуществом отдельных лиц и не в силах отменить решение отца о члене семьи. Он – не правитель, прежде всего он – военачальник (223). Дальше Моммзен отмечает очень раннее исчезновение кровной мести. Обвиняемый во время следствия лишь подвергался аресту, и то необязательному. Пытки и вовсе применялись только к рабам. Нарушителя общественного спокойствия ждала смертная казнь. Собственность на землю была общинной, но выделялась в пользование. Отец семейства владел всем имуществом семьи (в том числе и всем имуществом даже взрослых сыновей) и самой семьей, имея право творить суд – вплоть до смертной казни и продажи детей в рабство. При этом он, однако, не мог лишить детей наследства без должного на то основания, имущественная целостность семьи сохранялась, и он не мог (кроме редких случаев) выбирать наследника (им становился старший мужчина в роду). Собственность и имущество каждого были защищены от воровства и вредительства с беспощадной строгостью. При заключении договоров не было не только формальностей, но и каких-либо символических актов (вроде средневекового «оммажа»). Основой договора выступало честное слово или клятва (там же, 137). Здесь стоит отметить, что Э. Бенвенист указывает на тот факт, что ни в одном языке, кроме латыни, нет этимологической связи между «правом» и «присягой», *ius* и *iurare* (Бенвенист 1995, 308). И Моммзен делает вывод: «Это государство, требовавшее столь многого от своих граждан и дошедшее в понятии и подчиненности частных лиц целому так далеко, как никакое другое и до и после него, поступило так и могло так поступать только потому, что ниспровергло все преграды для сношений между людьми и в такой же степени сняло оковы со свободы, как и ограничило ее» (Моммзен 1994, 139).

Ответа на его же вопрос о причине этой уникальности у Моммзена мы не найдем, хотя он, кажется, уже напрашивается сам собой: Рим возник как поселение разбойников. Только это может объяснить и поселение в столь неудобном месте, и враждебные отношения с соседями, и даже культ волка, пронизывающий всю историю Рима. И такой ответ не противоречит тому, что со временем там возник рынок, потому что нет более безопасного рынка, чем тот, который контролируют разбойники.

Но что такое разбойничье поселение? Прежде всего, это строгая иерархия и жесткий порядок. Соединение разбойничьих групп требует порядка. Нормы такого порядка нигде не записаны, но выполняются безукоризненно. Самые строгие нормы поведения существуют именно в преступном мире. И члены таких сообществ – будь то «вор в законе», член «якудзы» или «вольного братства» – строго отделяют себя от тех, кто находится вне группы. В этой своей особенности, в своей исключительности они видят некое достоинство, и оно ничуть не бывает поколеблено принадлежностью группе и верностью ей. Внутри такой группы нет безличности, там царит строгая иерархия, так как каждый занимает то место, которое оказывается способен занять, и эта правомочность признается за ним. Можно предположить, что Рим стал сельскохозяйственной общиной только на следующем этапе – с появлением плебеев, и именно это принципиальное различие могло лечь в основу столь своеобразного деления городской общины, неизвестного больше ни одному другому городу. В этом принципиальное отличие римской общины от общин греческих и даже латинских. Там – единая группа даже при наличии аристократии, всеобщее равенство и взаимозаменяемость, почти безличность. Исключение – царь, но он один. Здесь же община – это всегда организм, с интеграцией частей, соединение индивидуумов, единство уникальных. Афиняне назначали полководцев по жребию – едва ли это могло прийти в голову римлянам. Греческие поселения даже на ранних этапах подозрительно относились к пришельцам, римляне в ранний период открывали ворота всем желающим присоединиться, а со временем стали осуществлять насильственное присоединение.

Конечно, через несколько десятков лет существования такой общины она перестает уже быть собственно преступной. По жизненной логике, уже второе поколение будет искать другие формы существования, да и выжить одним разбоем для большой общины куда труднее. Тогда основным источником дохода становится рынок: и поскольку этот рынок внутри города, то есть внутри общины, можно ли сомневаться в том, что он будет самым безопасным – своих торговцев нет, все пришлые равны, а хозяева как раз и будут обеспечивать безопасность. Впрочем, разбой под видом войн с соседями тоже хороший источник дохода.

Такое предположение объясняет также и ряд особенностей древнего римского права: во-первых, власть отца (черта уникальная), владевшего всем имуществом и самой семьей. По сути, он оставался вождем банды. Во-вторых, полная честность и доверие к согражданам и столь же полное пренебрежение, недоверие ко всем не-римлянам (пегринам). Внутри воровской общины ложь и измена всегда карались только смертью, а личная исключительность всегда предполагала определенную прямоту и открытость («для своих»). Поэтому римляне никогда не составляли письменных соглашений между собой и не нуждались, по сути, в свидетелях во время споров. Их прямота и честность были безукоризненными, но объяснялось это никак не примитивностью, ведь они сохранялись еще в I в. до н. э. Даже во время войн римляне предпочитали

действовать открыто и прямо, хотя это не мешало им совершенствовать тактику боевых действий. Не случайно даже во II в. военные хитрости карфагенян вызвали у них едва ли не брезгливость, и пунийское коварство стало именем нарицательным – *punica fides*, «пунийская верность». И потому-то они всегда заключали письменные договоры с peregrini (иностранцами), ведь те не обладали римской исключительностью и с ними («фраерами») не могло быть прочного мира. Потому-то и власть внутри городской черты (гражданская) исконно строго отличалась от власти за чертой города (военной) (Тит Ливий I, 26, 6). В-третьих, только в имперское время появилась обязательность обеспечения государством повестки при вызове в суд, всю предшествующую историю истец сам обеспечивал явку ответчика, но едва ли он делал это силой,<sup>14</sup> все строилось на определенном сознании достоинства – как вызов на дуэль у дворян или прибытие на «стрелку» у бандитов уже совсем другой эпохи.

Р. Иеринг выводил римское право из трех составляющих: семейной, религиозной и военной, особенно подчеркивая роль последней. Военный принцип, считал он, важен с этического-политической стороны: строгая дисциплина, присущая армии, воспитывала этот изначально разбойничий и неорганизованный народ (Иеринг 1875, 308–309). Такой взгляд очень характерен для немца, считающего, что любая армия ровно настолько армия, насколько она дисциплинирована. Но и он не в силах был объяснить источник воинственности римлян. Дельбрюк, уделивший много внимания военной организации римлян, отмечает, что вся римская государственная система выросла из организации войска. «В Риме военизация глубже проникла в общество, чем даже в Спарте» (Дельбрюк 2001, 197). Римское войско отличалось удивительной дисциплиной: в то время как греческие командиры позволяли себе пререкаться с командующим, в римской армии наказывали за любое нарушение приказа даже командиров (там же, 215).

Как мы видели, вслед за Ф. Виакером М. Райнер считает источником римского правового сознания представление о справедливости, в основе которого лежит глубокая религиозность римлян. Действительно, читая римских историков, нетрудно заметить постоянный страх римлян прогневать богов или нарушить священные установления. Но любое право всегда в той или иной мере сакрально, поэтому само указание на эту связь еще мало что объясняет, а причины высокой религиозности римлян все равно остаются неясными. Неясным остается даже, были ли римляне более религиозны, чем их соседи. Здесь естественнее предположить обратную связь – не правовая дисциплина проистекает из религиозности, а источником религиозности римлян выступает их правовая дисциплина. Здесь можно усмотреть тот же парадоксальный механизм, что раскрыт Фрейдом в «Неудобствах культуры»: «Она (совесть) ведет себя тем строже и недоверчивее, чем добродетельнее человек, так что в конце концов именно люди, ушедшие в святости далее всего, обвиняют себя в самой гнусной

---

<sup>14</sup> Тем более что не пришедший на суд автоматически проигрывал дело.

греховности» (Фрейд 1995, 326). Согласно психоаналитическому объяснению, не нравственное сознание порождает отказ от влечений, а напротив, нравственное сознание порождается отказом от влечений, и оказывается тем выше, чем строже отказ. Другой вопрос – чем порождена эта дисциплина: воинственностью ли римлян, как считал Р. Иеринг, или пронизывающей общество жесткой нормативностью преступного мира? Впрочем, это вполне совместимые источники. Да и сама по себе религиозность тоже не исключает происхождения римской общины из разбойничьего укрытия. Во-первых, члены уголовного мира (особенно уголовных организаций) любят подчеркивать свою веру (даже сегодня) – они вовсе не считают, что она препятствует заниматься их ремеслом, скорее может обеспечить удачу («фарт»); во-вторых, стоит обратить внимание на некоторые уникальные черты религии римлян – они поклонялись не только богам-личностям, но и отдельным добродетелям – Верности, Доблести, Чести, Согласию, в том числе был у них и храм Удачи («Фортуны»). Звучит парадоксально, но все эти категории чрезвычайно важны в преступном мире и сегодня, хотя они приобретают там содержание, несколько отличное от общепринятого. Особенно распространена в этом сообществе вера в удачу («фарт»), для «воров в законе» она даже обязательна (См. *Короли и пешки*).

Можно ли считать Рим в правовом отношении уникальным образованием? По-видимому, нет. Римское право в его сложившемся виде – право гражданское и право преторское – очень напоминает, при существенном различии в содержании норм, право другого народа и в совсем другое время. Речь идет об английском праве, разделенном на так называемые «общее право» и «право справедливости». В том виде, в каком римское право с XII века стало основанием правовых систем народов романо-германской правовой семьи, оно рассматривается как противоположность общему праву (Давид 1998, 228), однако не стоит забывать, что рецепции подвергалась скорее внешняя оболочка, нежели сама организация правовой жизни. Общее право возникло в Англии после ее завоевания норманнами и в значительной мере обязано своим возникновением именно им. Ничего не знавшие о римском праве, норманны тем не менее создали в Европе два первых государства современного типа – государство Обеих Сицилий и Английское. И в основе этих двух государств лежала не религия, а именно право (Берман 1998, 415). Хотя это были разные системы, и создавались они в разных условиях, в них было много общего и обе они были созданы норманнами. Однако норманны тоже были разбойниками. В отношении Сицилии, где они были немногочисленными чужаками, история установления их власти – просто приключенческий роман.<sup>15</sup> Право оказалось единственным инструментом примирения и сотрудничества сарацин, греков и лангобардов, населявших территорию королевства, и у норманнских властителей (Рожера I и Рожера II) хватило ума понять это и осуществить колоссальную программу построения совершенно нового по своему типу государства

---

<sup>15</sup> См. Норвич 2005а и 2005б.

(при толерантном соединении разных религий). Что касается Англии, то и там «грабеж в той или иной форме был их (норманнов) открыто признанной целью, но если они и были грабителями, то разумными и систематически действующими» (Дженкс 1947, 18). Механизмы функционирования римского и норманнского права были во многом сходными. Исследователи, например, отмечают следующие недостатки системы общего права: чрезвычайная строгость и формализм; узость санкций: в гражданском праве – денежное возмещение, в уголовном – смертная казнь; отсутствие средств обеспечения явки в суд свидетелей (а иногда и ответчика) и др. (Романов 2010, 75). Эта негибкость общего права и вызвала появление «права справедливости», очень схожего во многих чертах с преторским правом в Риме, особенно, как мы уже отмечали выше, в его разновидности *formulae in factum*. Но гораздо более важным представляется тот факт, что в обоих случаях огромную роль играла формула и процедура: право не нисходило на человека извне, сверху (в виде абстрактных идей справедливости и равенства), а посредством процедуры извлекалось из самих участников судебного процесса. Источником и носителем права в обоих случаях оказывался человек. Это было возможно только при условии обладания им высокой степени достоинства, которую нынешняя цивилизация склонна называть свободой.

Итак, не следует забывать, что современные представления о праве сложились в результате долгой эволюции, и право каждого периода содержит в себе в качестве своей основы некий ментальный образ своего носителя. Поэтому одни и те же правовые формы в различные эпохи за общим понятием справедливости таили совершенно несхожие представления. И сами понятия «личность» (*persona*), «справедливость», «свобода» тоже обладали существенными отличиями у разных народов и в разные времена. Но в основе своей право всегда выражало положение человека в мире. Новая эпоха заимствовала старые формулы, так как усматривала в них выражение собственного мировоззрения. И мы видели, как понятие «исключительности» у первых римлян постепенно обернулось их «достоинством», а вслед за этим проложило путь к «свободе» для жителей континентальной Европы.

### Библиография

- Аверинцев С. С. (1997) *Поэтика ранневизантийской литературы* (Москва)  
 Барон Ю. (1888) *Система римского гражданского права* (Киев), вып. 1., кн. 1  
 Бенвенист Э. (1995) *Словарь индоевропейских социальных терминов* (Москва)  
 Берман Дж. Г. (1998) *Западная традиция права: эпоха формирования* (Москва)  
 Берман Дж. Г. (1999) *Вера и закон: примирение права и религии* (Москва)  
 Бриллиантов А. И. (1898) *Влияние восточного богословия на западное в произведениях Иоанна Скота Эригены* (Санкт-Петербург)  
 Брук К. (1992) *Возрождение XII века* (Киев)  
 Гуревич А. Я. (1993) *Исторический синтез и Школа «Анналов»* (Москва)

- Давид Р. Жоффре-Спинози К. (1998) *Основные правовые системы современности* (Москва)
- Дельбрюк Г. (2001) *История военного искусства в рамках политической истории*. Т. 1: Античный мир (Санкт-Петербург)
- Дженкс Э. (1947) *Английское право* (Москва)
- Иеринг Р. (1875) *Дух римского права на различных ступенях его развития* (Санкт-Петербург)
- Короли и пешики* : [http://www.aferizm.ru/criminal/crime\\_kingdom.htm](http://www.aferizm.ru/criminal/crime_kingdom.htm)
- Липшиц Е. Э. (1984) «Юридические школы и развитие правовой науки», *Культура Византии: IV – первая половина VII в* (Москва) 358–370
- Малиновский Б. (2004) *Избранное: Динамика культуры* (Москва) 211–282 («Преступление и обычай в обществе дикарей»)
- Моммзен Т. (1994) *История Рима*. Т. 1. (Санкт-Петербург)
- Норвич Д. (2005а) *Нормандцы в Сицилии. Второе нормандское завоевание. 1016–1130* (Москва)
- Норвич Д. (2005b) *Расцвет и закат Сицилийского королевства. Нормандцы в Сицилии. 1130–1194*. (Москва)
- Покровский И.А. (1999) *История римского права* (Санкт-Петербург)
- Разин Е. А. (1955) *История военного искусства*. Т. 1. (Москва)
- Романов А. К. (2010) *Право и правовая система Великобритании* (Москва)
- Столяров А. А. (1999) *Свобода воли как проблема европейского морального сознания* (Москва)
- Успенский Ф. И. (1999) *История Византийской империи VI–IX вв.* (Москва)
- Февр Л. (1991) *Бои за историю* (Москва)
- Фрейд З. (1995) *Художник и фантазирование* (Москва)
- Харт Г. (2007) *Понятие права*. Под ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева (Санкт-Петербург)
- Эльцбахер П. (2001) *Сущность анархизма* (Минск / Москва)
- Bruns C. G., ed. (1893) *Fontes iuris romani antiqui*. Pars prior: Leges et negotia (Lipsiae)
- Collinet P. (1912) *Études historiques sur le droit de Justinien*. Т. 1. (Paris)
- EMG – *Europäische Mentalitätsgeschichte*. Hauptthemen in Einzeldarstellungen. Stuttgart, 1993.
- Kühlenbeck L. (1910) *Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*. I. Band: Institutionen I., Rechtsgeschichte (München)
- Mitteis L. (1891) *Reichsrecht und Volksrecht in den Östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Leipzig)
- Mitteis L., Wilcken U. (1912) *Grundzuge und Chrestomathie der Papyruskunde*. Bd. I–IV (Leipzig)
- van Hoescke M. (1985) *What is Legal Theory?* (Amersfoort)