

*Дождев Дмитрий Вадимович*  
ведущий научный сотрудник сектора истории государства,  
права и политических учений  
Института государства и права РАН

## **Правовое общение: опыт римского права\***

### **§ 1. Методологические предпосылки**

Предметные интересы, имеющие социальное измерение, опосредуются правом таким образом, что формализованные по принципу формального равенства и эквивалентности блага соотносятся с особым уровнем личности, заключающим в себе горизонт всеобщего, – свободным индивидом. Социально значимое обладание благами имеет нормативную природу, формируя в соответствии с принципом права и сами блага, и субъекта обладания, и устанавливая связь между лицом и благом в качестве одного из моментов социального взаимодействия<sup>1</sup>. Право – формальная система, она не может непосредственно усваивать внешнее, фактическое, но может его преобразовывать, создавая соответствия из собственных элементов, обогащая свою систему и подчиняя внешний мир своему воздействию (что, собственно, и составляет «регулирование»). Начало этого процесса – начало права и возникновение права как системы<sup>2</sup>. Можно сказать, что система права и есть форма взаимодействия формально-правовых личностей, а внешний системе мир – в человеческом измерении – представляет собой социальные взаимодействия, которые не подчиняются принципу равенства – несоциализированное и неформализованное (не цивилизованное) в человеке (в структуре личности): доправовое (доцивилизационное – как сферы

---

\* Сокращенный вариант этого текста составил 3 главу коллективной монографии «Правовое общение. Постановка проблемы» (М.: «Юрлитинформ», 2012. с. 100-156). Устранены вкрапившиеся в публикацию редакционные искажения и восстановлены перекрестные ссылки.

<sup>1</sup> О возможности внешнего *Мое* только в нормативном измерении см.: *Иммануил Кант*. Метафизика нравов в двух частях. Часть первая. В кн.: Сочинения в шести томах. Т. 4, Ч. 2. М.: «Мысль», 1965. с. 158 (§ 5).

<sup>2</sup> Современное понимание системы применительно к обществу см.: *Луман Н.* Социальные системы. Очерк общей теории. С-Пб., 2007.

личности, на которые действие формы не распространяется), неправоное (сферы социального, отрицающие равенство) и правонарушающее (сферы личности, которые обнимаются правовой формой, но ей противоречат, выход за пределы цензуры: отклонения, протесты, проступки).

Понятно, что восприятие этого взаимодействия как коммуникации, определяется, прежде всего, коммуникативными свойствами субъектов права, которые, однако, как элементы системы – при аналитическом подходе – отнюдь не нуждаются в этих свойствах. Для функционирования системы существенно поддержание и воспроизводство качества составляющих ее элементов, а не обмен информацией между ними. Семиотическая сторона взаимодействия воспринимается как необходимая только потому, что она дана как объективная характеристика большинства доступных восприятию актов взаимодействия, тогда как сами формы взаимодействия, связи и отношения, составляющие систему, актов сообщения и восприятия не предполагают. Воспроизведение сущностных свойств системы в конкретных связях и отношениях – как единственных формах ее бытия – фиксируется (отражается) и в порождающем отношении акте (конститутивном акте), обладающем коммуникативной стороной, что однако не сводит само взаимодействие к коммуникации, но подчиняет принципам системы (права) и коммуникацию в ее семиотическом, синтаксическом и прагматическом аспектах. Сообщением будет и акт имущественного обмена, эквивалентность которого определяется принципом равенства, который управляет всеми элементами и институтами системы. Если эквивалентность обмена – свойство, наведенное параметрами системы, в рамках которой обмен только и становится возможным, то коммуникативные свойства обмена отвечают требованиям права именно тем, что акт общения одновременно утверждает взаимное признание сторон в равенстве.

Взаимодействие элементов системы между собой является одним из факторов воспроизводства системы – единственного способа существования системы (и ее элементов в качестве элементов системы), формы ее бытия, обеспечения ее

тождественности<sup>3</sup>. На этом уровне обобщения правовое общение (взаимодействие) выстраивается как непрерывное преобразование участников правового общения в правовых субъектов и формирование отношений (придание им экзистенциальной формы), выстроенных по правовому принципу, по поводу бесконечного ряда явлений, обнимаемых правовой формой и включаемых в систему правового взаимодействия. Формальное равенство как принцип права выстраивает всю систему как постоянное, воспроизводимое в непрерывной череде конститутивных актов признание другого как равного, что – применительно к внешним элементам системы – означает равное (эквивалентное) распределение релевантных внешних объектов между участниками такого взаимодействия и усвоение их системой, интеграцию таких объектов в систему права в качестве содержания соответствующих правоотношений. Правовое общение предстает системой эквивалентного обмена, а развитие права – постепенным распространением этой системы (принципа равенства и эквивалентности) на все более широкий круг явлений и поступательным совершенствованием эквивалентности, приданием принципу равенства все более абстрактного и универсального значения.

В древнем Риме, происходит становление рефлексированного права – права как самопознающей самовоспроизводящейся (аутопойетической<sup>4</sup>) системы. Предшествующие стадии мифологической и синкретичной социальной регуляции – известные на материале других традиционных обществ – именно здесь могут получить научную оценку в единстве с последующей, развитой стадией правового опосредования общественных интересов и волевых отношений. Переход к праву, выделение права в самостоятельную нормативную систему происходит здесь на собственной основе, без существенного культурного или политического воздействия извне, позволяя судить о закономерностях процесса, установить его объективные и необходимые свойства.

---

<sup>3</sup> «Интеракции есть эпизоды осуществления общества» (Луман Н. Указ. соч., с. 529); «Общество конституирует элементарные единства (коммуникации), из которых состоит... (Там же, с. 531) et passim.

<sup>4</sup> О понятии «аутопойетиса»: Там же, с. 63 и слл. К литературе, указанной там же, прим. 60, добавить: G. Teubner. *Evolution of Autopoietic Law // Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* / Ed. G. Teubner. Berlin, 1988; Id. *Law as an Autopoietic System*. Oxford, 1993.

Первичная синкретичность мифологического сознания объединяет весь мир в единое, подчиненное общему принципу целое, отождествляет субъект и объект, выстраивая все существование человека как постоянное воспроизведение космогонического акта, как подражание и осуществление веления творца. Здесь любое действие, любое проявление жизни воспринимается и мыслится как акт творения. Коммуникация сводится к включению себя и другого в единую ткань мифа через совместное разрывание и потребление тотема. Пребывая в постоянном непосредственном контакте с божеством, мифологическое сознание наводит коммуникативные связи только через посредство божества, включая другого в сферу действия первичного начала. Мир един не только в объективных данных, в ощущениях, но и в субъективных восприятиях другого, контакт с которым сводится к включению другого в единое мифологическое пространство. Незрелость классификационного подхода (синкретичность) выступает как последовательное воспроизведение единого принципа во всех областях мыслимого, распространение единого масштаба на всю воспринимаемую действительность и восприятие действительности в единой парадигме мифа. Уже Дюркгейм прослеживает первичные классификационные построения, которые не столько развивают, сколько подтверждают изначально синкретичную картину мира. Если общество построено на двух фратриях, мир представляется двоичным (земля – небо), если на трех – троичным (божественный, верхний, мир – мир земной, людской, – мир подземный, хтонический). Прimitивные классификации переносят на внешний мир порядок социальной системы, сложившейся на ранней стадии политогенеза, демонстрируя первичность социального опыта.

Контакты между людьми подчинены задаче подтверждения устоявшихся представлений о мире и структуре собственного бытия. Обмен имеет не столько коммуникативное, сколько идентификационное значение, поддерживая сложившееся представление о себе как внешне подтвержденное. Практика встречных отдач (реципрокный дар) и щедрых раздач (потлач) направлены на воспроизведение статуса дающего как в глазах получающего, так и в собственных (и своих близких). Щедрость

даров и раздач отвечает убеждению в неотвратимости возмещения, которое основано на представлении о единстве мира. Попытки аналитизма, вычленения отдельных фрагментов мира ограничены идеей цикличности, постоянного возвращения к себе. Образ весов – равного воздаяния, соразмерности, баланса<sup>5</sup> – воплощен и в образе клепсидры – весов времени, которое возвращается само к себе. Все выделенное из целого (времени и пространства) стремится вернуться к прежнему равновесию, к самому себе. Как чаша весов, нарушив равновесие, вернется на прежнее место, так и песок в часах перетечет туда, откуда он вытек. Мир замкнут на себя.

Внешние проявления личности подчинены общему порядку мира и воплощаются (и фиксируются) только в установленных формах, суть которых заключается в постоянном воспроизведении. Известное рассуждение Гадамера о празднике<sup>6</sup> раскрывает эту логику. Праздник – это то, что празднуется. Он всегда новый, но всегда один и тот же и празднуется в один и тот же день. Он существует только в праздновании – раз в год, но тем самым снимает пороки воспроизведения (которые обсуждаются только как отступления от нормы), раскрывая подлинное содержание того, что празднуется, истину праздника. Практика взаимного обмена дарами (в ответ на которые получают соответствующий дар) выражает идею постоянства статуса дарителя и соразмерности (эквивалентности) полученного целям самого ритуала – подтверждения идентификации контактирующих единиц. Возможно и замещение (метонимическое, по принципу – часть вместо целого, или метафорическое, одно вместо другого) акта обмена другим коммуникативным действием. Роли действующих лиц и зрителей при этом совпадают. Этим ритуал отличается от театра. Ритуальная форма контакта в любом случае нацелена на воспроизводство положения субъекта в мифологически единой картине мира (и самой этой картины), на поддержание общей гармонии, единства субъекта-объекта, на утверждение идентичности представляемого и представления.

---

<sup>5</sup> О символике весов в примитивном правосознании см.: *Нерсесянц В.С.* Право в системе социальной регуляции. М., 1986, с. 14.

<sup>6</sup> *Гадамер Х. Г.* Истина и метод. М., 1988. с. 168-170.

Господство ритуальных форм в традиционных культурах отражает подчиненность представлений об эквивалентности общей мифологической картине мира. Тождественность сообщений (нулевая степень информативности) и искомая тождественность результата раскрывают истоки нормативности как способа обеспечения единства и воспроизводства первичной социальной структуры, обеспечения тождественности (самого существования) общественной системы. Подчинение смысла и функции единичного акта обмена универсальному значению мировосприятия и самоидентификации (определению роли субъекта, его места в мире и подтверждению единства самого мира) освобождает акт от утилитарного значения и снимает его утилитаристскую трактовку, утверждая нормативную.

Символизм архаических конститутивных актов, восходящий к первичному нормативному синкретизму, ставит проблему разграничения правового и мифологического в формах обмена и других видов социального взаимодействия. Если циркуляция ресурсов в примитивных обществах функционально ориентирована на поддержание социальной иерархии (потlach как воспроизведение статуса биг-мэна) и, относясь к миру институционального, существенно отличается по предмету от правового общения, – то удержание в последующие эпохи внешних форм взаимодействия применительно к правовому общению предполагает переосмысление (перекодировку) символических значений ритуалов и их атрибутики, а также определенный конфликт смыслов, которые первоначально мифологические символы сохраняют в рамках взаимодействия, подчиненного новому принципу равенства и личной автономии.

Выход за пределы мифологического единства возможен только через последовательное различение внешних себе явлений (аналитизм) и утверждение себя в качестве различающего и тем самым отличного от целого субъекта. На этой основе становится возможным общение, которое первоначально актуализирует именно правовой принцип равенства. Античные источники дают материал для обоснованной реконструкции первичных форм правового общения, от политических (формирующих гражданина как члена публичной организации) до частных (выявляющих автономию

личности в реализации предметных интересов). В центре нашего внимания закономерно оказываются римские правовые формы, позволяющие проследить истоки позднейших развитых принципов правового общения в первичных и традиционных актах и институтах.

Познавательное обособление политических (в перспективе – публичноправовых аспектов социальной жизни) происходит раньше, чем осмысление частно-правовых форм и связей. Соответственно, человек политический выделяется из синкретичной социальной личности раньше человека – субъекта вещно-правовых и обязательственных отношений. Это связано во многом с тем, что основной формой частной жизни в Античности выступает патриархальная семья (*πάτρα*, *familia*), поглощающая индивида и его предметные интересы генеалогическими и культовыми установками группы. По модели семьи долгое время выстраивалась и публично-правовая организация общества, так что античному обществу нередко отказывают в знакомстве с феноменом государства. Политическое объединение оформлялось как общее дело всего народа (*δημοσία*, *res publica*), как соучастие, обогащающее личность. Гражданская община (*πόλις*, *civitas*) как коллектив отдельных личностей (интегрированных именно в качестве членов общежития) стимулирует первичную атомизацию общества, признание членов общества на индивидуальном уровне и соответствующее осознание человеком себя. Гражданское право (*πολιτεία*, *ius civile*), право личности как члена гражданского коллектива, оказывается необходимой предпосылкой складывания частно-правовых интересов и формирования частной личности (*ἰδιότης*, *privatus*), свободной от групповых (семейных, родовых, корпоративных и сословных) опосредований. Единство политической и гражданской организации римского общества (государство совпадает с гражданским обществом) отводит семейной группе положение конкурирующего социального принципа, источника и одновременно предела первичного частного интереса, который – вне (все)общих форм и институтов – остается сферой нереализованного частного начала, замкнутого в круге традиционных ценностей и ориентаций, закрытого для развития общественных установок и идей. Гражданин (член гражданского коллектива)

постепенно вытесняет в структуре личности члена семьи (и рода) и становится носителем подлинно индивидуального интереса, субъектом частного (гражданского) права, личностью, раскрепощенной и обогащенной горизонтом всеобщего.

Существенно, что утверждающаяся в оппозиции к семейной и аристократической обособленности гражданская община выступает именно как начало всеобщее, которое не только не замыкает гражданина в своих рамках, отграничивая его от внешнего мира, но становится формой и способом освоения этого внешнего мира, проводником контактов и прочных связей с другими общинами и народами. Субъектами международного права признавались только организованные сообщества: царства и народы (общины). Гражданская организация открывает путь и индивидуальному взаимодействию. Принцип всеобщего, заложенный в гражданской общине, легко выходит за рамки унаследованных от примитивного прошлого общинно обособленных норм и институтов, порождая и поддерживая открытые всем цивилизованным людям формы и способы правового общения (*ius gentium*).

Мы последовательно рассмотрим этапы и сферы становления правового общения в классической правовой системе как определение сферы правового общения в различении публичных и частных форм; формирование правового индивида – субъекта правового общения; обособление объекта индивидуального интереса как и интеграцию вещей в право; консолидацию форм правового общения на началах эквивалентности (договоров).

## § 2. Становление гражданской организации (*civitas*) и гражданского права (*ius civile*)

Структура архаического римского общества (VIII-IV вв. до н.э.) совмещает в себе два начала: семейно-генеалогическое и военно-административное<sup>7</sup>. Первое представлено патрицианскими родами (*gentes*), советом «отцов» (*patres*), клиентелой, различными формами зависимости, институционализированными в частной сфере,

---

<sup>7</sup> Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право. М., 1993, с. 23 слл.



патриархальной семьей. Второе – войском под началом царя, народными собраниями (комициями), другими публичными институтами, которые в эпоху Республики оформятся в законодательство, систему магистратур и судебное производство. Конкуренция двух принципов – аристократического и эгалитарного – не исключает их креативного взаимодействия и даже взаимодополнительности. Так, в случае смерти царя и наступления междуцарствия (*interregnum*) власть отходит к «отцам», которые обеспечивают политическую преемственность и появление нового царя. Назначение царя оформляется решением «отцов» (*auctoritas partum*), религиозным актом птицегаданий (*auspicia*) и ритуальным обращением жреца-авгура к Юпитеру (*augurium*), а затем вотируется комициями – *lex curiata de imperio*. Крушение мира, воплощенного в лице ставленника Юпитера, интегрирующего все общество и все сферы социальной жизни, ставит перед «отцами» задачу воспроизводства социальной структуры. Институт междуцарствия показывает не только первичность аристократического (генеалогического) принципа, но и его социальную адекватность. С другой стороны, генеалогический принцип представлен и в принципе выбора преемника на царство и в других публичных институтах, которые с установлением суверенитета народа (*res publica*) надолго оказываются монополией патрициата.

Эгалитарный принцип военно-административной организации римского общества фиксируется и в ряде религиозных обрядов (коллегия Салиев – 12 жрецов, вооруженных одинаковыми круглыми щитами), и в порядке разделения народа-войска на части (30 курий, само число которых указывает на искусственное административное выделение этих единиц), и в композиционной структуре народа (3000 воинов по 100 в каждом отряде). Аристократический принцип представлен иерархической организацией патрицианских *gentes* (родов), включавших предводителя (*princeps gentis*), родственников, преданных сподвижников-сотрапезников (*sodales*) и толпу клиентов. Такая группа обычно выдвигалась на границы римской территории, обеспечивая защиту от вражеских набегов и получая

там место для поселения, что вело к еще большей консолидации группы, выделяя и обособляя патрициат не только структурно, но и географически<sup>8</sup>.

Если *populus* – это группа, основанная на началах всеобщей уравнительной военной организации, то *gentes* – это иерархически структурированный союз, в котором критерием иерархии выступает характер личных отношений с лидером: от родства до подчинения-преданности (*fides*). *Populus* по происхождению восходит к отряду колонистов-основателей из Альба Лонги, *gentes* – образования, вторичные по отношению к *populus*, но на основе социальных единиц, предшествовавших основанию Города. В территориально-географическом плане *populus* соотносится с Городом (*Urbs*), а *gentes* с пагами (*pagi*), которые представляют собой преобразованные общины догородской эпохи.

Структура патрицианского рода воспроизводит принципы семейной организации. Патрон по отношению к клиенту выступает подобно главе семьи (о чем говорит и термин “*patronus*”, производный от “*pater*”). Клиент носит родовое имя патрона (*nomen gentilicium*) и принимает участие в родовых священнослужениях (*sacra gentilicia*) (Dionys., 9,19,1), отношения клиентелы передаются из поколения в поколение, подобно родственным (Dionys., 2,10,4).

*Fides*, на которой основана клиентела, выступает как форма поглощения личности клиента: «доверие», связывающее обе стороны отношения призвано компенсировать первоначальную обособленность постороннего лица, поступающего в полное ведение патрона. Здесь доверие означает отказ от собственной личности, но в то же время мобилизует определенное внимание со стороны сильного человека, высшего по статусу, направленное на включение постороннего в круг собственного влияния. Это

---

<sup>8</sup> Это прежде всего отмеченный Моммзеном факт совпадения названий 10 сельских триб (*tribus rusticus*) с именами крупнейших патрицианских *gentes*. Как показал Альфельди (*A. Alföldi. The Early Rome. Ann-Arbor, 1976, p. 151 sqq*), эти трибы располагались вокруг древнейшего *ager Romanus*, определенного на основании изучения географии древнейших римских культов, и представляли собой результат экспансии патрициата на эти земли. Трибы внутреннего пояса использовались под земельные участки единого и безликого *populus*, трибы внешнего были заняты патрицианскими *gentes*. Подробнее см.: *D.V. Dozhdev. Rome: Socio-Political Evolution in the 8<sup>th</sup> – 2<sup>nd</sup> Centuries B.C.*, in: *The Early State, Its Alternatives and Analogues. Ed. by L.E. Grinin, R.L. Carneiro, D.M. Bondarenko, N.N. Kradin, A.V. Korotayev. Volgograd, 2004, p. 388 sqq.* Сомнения Кр. Смита (*Chr.J. Smith. The Roman Clan. Cambridge, 2006, p. 235 sqq*) в гентильном характере землевладения на этих землях связаны, прежде всего, с отрицанием родового и коллективистского понимания *gens* в духе Л. Моргана.

покровительство и защита, восполнение социальных дефектов статуса подопечного, но и тем самым поглощение (преодоление его постороннего положения), поскольку иной формы заботы древнее общество не знает. Включенный в род патрона, клиент получает социальное признание в личности главы рода, реализует собственную личность через социально утвердившийся статус патрона, инкорпорируется в консолидированную схему социальных отношений, включается в общество, структурированное по родам.

Забота патрона о клиенте и даже социальные требования к нему, сконцентрированные в идее *fides*<sup>9</sup>, есть ничто иное как выражение общих установок социума на квалификацию высокого статуса, предикаты самого понятия статуса – отца, господина, медиатора с миром предков и божеств, человека с высокой судьбой. Сфера приложения этих качеств – клиент и его нужды – выступает необходимым диалогическим полюсом для их проявления и мобилизации. Позиция патрона выявляется в отношениях клиентелы, раскрывая социальное наполнение роли главы рода и отражая социальные экспектации, приданные этому статусу. Не испытывая значимой конкуренции со стороны личности клиента, патрон остается наедине с регулятивной системой общества, оказывается открыт непосредственному воздействию базовых нормативных требований. Римское общество архаической эпохи ориентировано (в требованиях к лучшим людям) на нравственную безупречность, отвечающую гармонии мира, единству божественного и человеческого, на ожидание высокого в лучших.

Свойственное архаической эпохе синкретичное единство прав-обязанностей приводит к тому, что идея ограничения произвола в раннем законодательстве получает абстрактное и обобщенное выражение, как в законе Ромула о клиентеле, воспроизведенном в XII таблицах (VIII, 21): «PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FECIT SACER ESTO (если патрон совершит коварство в отношении клиента, пусть

---

<sup>9</sup> Gell., 5,13,2: «По обычаям римского народа было принято и широко известно, что после родителей в первую очередь следует заботиться о детях, вверенных в нашу *fides* и опеку; после них ближайшее место занимают клиенты, что поступили к нам в *fides* и под наше покровительство; затем на третьем месте – лица, связанные гостеприимством; затем – родственники и свойственники».

будет посвящен подземным богам)». Комментарий Дионисия объясняет лишь санкцию нормы (*sacer esto*<sup>10</sup>), которая ставила нарушителя вне охраны закона (Dionys., 2,10,3)<sup>11</sup>. Содержание же сакрально санкционированного поведения – “*fraudem facere*” состоит в нарушении *fides* (“*fidem frangere*”) – и закон, таким образом, в его диспозитивной части тавтологичен: патрону предписывается вести себя так, как положено патрону, соответствуя общепринятой в те времена парадигме *fides*.

*Fraus* («коварство») как антипод *fides* несет в себе идею выхода за пределы допущенного, произвольного (явного или скрытного) нарушения цензуры, утверждения личных интересов вопреки общественным установкам и привычкам. Это произвол, отрицающий мир, установленный между богами и людьми, между должным и сущим, подрывающий гармонию мироздания. Санкция, поражающая отступника (*sacer esto*), отвечает такой интерпретации – нарушитель ставится вне мира богов и людей, вне мира жизни, его участь – подземное царство, его душа отдана хтоническим божествам, обречена гибели и смерти. Оппозиция между жизнью и смертью рисует границу, определение принципов жизни. Это следование общим нормам, которые оставляют и другим известную сферу самоопределения, возможностей и уверенности, основанных не на усмотрении другого, но на общих установлениях и порядках.

Мифологическое начало пронизывает не только аристократические *gentes*, но и политическую организацию народа-*populus*. Отождествление подразделений *populus* с земельными наделами (“*centuria*” в определении Феста<sup>12</sup> одинаково прилагается и к центурии воинов, и к сотне наделов), как и с территориальными единицами (“*curia*” говорится и о союзе мужей, и о территории) соответствует мифологическому синкретизму субъекта и объекта. *Populus*, собранный на куриатные комиции, пассивно

---

<sup>10</sup> Зафиксирована в древнейшей надписи на римском форуме (Lapis Niger): “*sakros esed*” (CIL I, 1). См.: J. Stroux. Die Foruminschrift beim Lapis Niger, *Philologus*, 86, 1931, 460 sq; T.N. Gantz. Lapis Niger: The Tomb of Romulus, PP, 29, 1974, 380 sq. Первичное значение *sacer* – отверженный, выведенный за рамки человеческого (*sacratio* – акт отторжения, *sacrare* = *separare*). Анализ индоевропейских корней см.: R. Fiori. *Homo sacer*. Napoli, 1996, p. 66 sqq.

<sup>11</sup> Концентрированное выражение установления обычного права, воплотившегося в законе Ромула, представлено у Авла Геллия (Gell., 20,1,40): «...так, [римский народ] считал, что в отношении клиента, принятого в *fides*, следует проявлять большую заботу, чем о родственниках, и защищать его от родных, и не было известно более тяжкого преступления, чем если кто-то обвинялся в разрыве с клиентом».

<sup>12</sup> Fest., s.v. *centuria* (p. 47 L).

одобряет все инициативы царя (*lex curiata*): между народом и царем не существует социальной дистанции. Правовой принцип проявляется с обострением конфликта между царем и знатью в результате воцарения этрусских царей и реструктуризации общества, проведенной Сервием Туллем (учреждение классов на основе имущественного ценза), и утверждается с учреждением республики.

Очевидна взаимосвязь в развитии публичной и частной сферы. Сервий проводит имущественный ценз (“*pro habitu pecuniarum*” – Liv., 1,42,5), придавая политическое значение различию в уровне состояний (“*inter gradus dignitatis fortunaequae*” – *ibid.*, 1,42,4). В сочлениении с термином “*fortuna*” (состояние) “*dignitas*” – это имущество, богатство, тогда как политический и социальный статус (*ordo*), производный от публичного признания имущественного положения, доставляет носителю богатства подлинную *dignitas* – *достоинство*. Имущественный ценз предполагает известность собственности и фиксирует зависимость публичной власти от частной сферы как от объективной социальной реальности, которая становится фундаментом диалога «личность – государство». Такой диалог преобразует публичную власть, отделяя ее от общества, но при этом конституируя общество как отличное от власти. В то же время придание собственности публичного значения преобразует частную сферу, наделяя ее новым общественным статусом, возводя ее в основание социального. Конституированные в качестве собственников и граждан (*cives*), римляне формируют гражданское общество – *civitas*, фундамент, контекст и содержание социального взаимодействия нового уровня – правового общения (гражданского общества). Системное единство граждан в гражданстве определяет диалектическое совмещение частного и публичного в статусе гражданина и в гражданском праве (*ius civile*). Утверждение личности в системе *civitas* означает открытие диалога между *cives* как частными лицами.

Римская традиция рисует правовое единство граждан как определение *civitas*, наделяя источники права единым основанием воли всего народа. В комментарии к «Энеиде» Сервий-грамматик донес слова Варрона, антиквара I в. до н.э. (Serv., in Aen., 7,601): «Варрон признавал, что правовой обычай (*mos*) – это общее согласие всех

(*comminet consensum omnium*), обитающих в одном месте в одно время»<sup>13</sup>. Согласие предстает источником правового обычая, вопреки тому, что в эпоху до XII таблиц, никакого формального выражения, подобного *leges publicae*, такое волеизъявление получить не могло. Логично, что впоследствии римские авторы говорят о «молчаливом согласии». Ульпиан (Ulp., Tit., princ. 4): «Обычаи (*mores*) – это молчаливое согласие народа (*consensus populi*), укрепленное долгим применением». По Юлиану, такое молчаливое согласие (*tacitus consensus*) может даже отменять законы вследствие неприменения (Iul., 84 dig. D. 1,3,32,1)<sup>14</sup>.

Идея согласия менее уверенно выражена у Цицерона, который противопоставляет обычай закону именно как неписанное право, но такой объективный порядок обладает для философа еще большим авторитетом, находя в самом себе оправдание в качестве естественного права (Cic., part. orat., 37,130): «То же, что является неписанным и появляется или по обыкновению (*consuetudine*), или в результате соглашений между людьми (*conventis hominum*) и как бы на основе согласия (*quasi consensu*), – это соблюдается столь же строго, как наши обычаи и законы, как бы предписанное естественным правом (*iure naturali*)»<sup>15</sup>. Цицерон не говорит о молчаливом согласии, он не совсем готов к такому метафорическому употреблению политической лексики и выражается осторожнее: «*quasi consensu*»<sup>16</sup>, но его словоупотребление живо и в IV в., когда Гермогениан воспроизводит ту же идею (Hermog. 1 iur.epit. D.1,3,35): «Но то, что одобрено долгим применением (*longa consuetudine*) и соблюдалось в течение

---

<sup>13</sup> Serv., in Aen., 7, 601: Varro vult morem esse communem consensum omnium simul habitantium. Фест (Fest., p. 146 L) определяет *mos* как “*ritus*” (чин, ритуал), показывая, что речь идет об устойчивых формах общественного взаимодействия, из которых и складывается обычное право в древности. По проблеме см.: С. *Gioffredi*. *Mores*, NNDI. Vol. X. Torino, 1964. p. 919 sqq.

<sup>14</sup> Примечательно, что *populus*, представленный у Ульпиана (более позднего автора, но опиравшегося на вековую традицию), здесь уступает место безликим «всем», как у Варрона. Об отмене закона молчаливым согласием говорит и Авл Гелий (Gell., Noct.Att., 12,13,5: *legum quoque ipsarum iussa consensu tacito obliterantur*), что добавляет доверия к тексту Юлиана. О тексте см.: F.P. *Casavola*. Giuliano secondo Triboniano, in: *Giuristi adrianei*. Napoli, 1980. p. 193 sqq; L. *Bove*. La consuetudine nel diritto romano. Vol.I. Napoli, 1971. p. 106 sqq; A. *Guarino*. Giuliano e la consuetudine, *Labeo*, 39, 1989. p. 172 sqq; F. *Gallo*. Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32), *Iura*, 35, 1985, p. 71 sqq (= Вестник древней истории. 1996. №1. с. 3 слл.).

<sup>15</sup> За тридцать лет до этого другой римский оратор сходным образом противопоставит обычай закону, который отличает формальная процедура принятия (Ср. *Rhet. ad Her.*, 2,13,19): «Обычное право (*consuetudine ius*) – это то, что употребляется без закона, как если бы оно было законным».

<sup>16</sup> К. Кошоне усматривает в “*quasi*” инструмент сравнения и уподобления: С. *Coscione*. *Consensus*. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche. Napoli, 2003, p. 137.



многих лет как молчаливое соглашение граждан (*tacita civium conventio*), соблюдается в не меньшей степени, чем писаное право». Здесь «соглашение людей» (“*conventio hominis*”) превратилось в «молчаливое соглашение граждан», которое допускает и перевод «молчаливое собрание граждан», что подчеркивает единство, существующее между формальным актом законодательства (в народном собрании) и неформальным правотворчеством (обычного права), а именно – гражданский коллектив и его согласованную волю как единственный возможный источник права.

### § 3. *Право публичное и частное*

Единство правового поля выразилось в отличном от современного понимании дихотомии публичное – частное: *ius publicum* означает объективное право, право народа (*ius populi*), основанное на *lex publica* – законе, принятом римским народом (*populus*)<sup>17</sup>, тогда как *ius privatum*<sup>18</sup> относится к субъективным правовым ситуациям, определяемым частными волеизъявлениями, зафиксированными в строгой (*testamentum, lex manicipi, stipulatio*) или в свободной форме (*pactum conventum*), устной или письменной (как таблички завещания). Различение сводится к схеме «всеобщее – отдельное».

Такое восприятие (представленное, например, у Цицерона – *Cic., part. orat., 37,129-130*), объединяющее разные уровни нормативной системы по одному основанию, оправдано единством источника всего римского права – *ius civile*, которое, в представлении римлян, целиком основано на Законах XII таблиц (ср. *D. 1,2,2,6*). Публикацию юриста III в. до н.э. Секста Элия Пета “*Tripertita*” («Трехчастный комментарий»), содержащую текст XII таблиц, комментарий и формулы исков (*legis actiones*) и служившую основным источником информации для практиков, своего рода прикладным кодексом, юрист II в. Помпоний в своем историческом очерке развития римского права и государства (*D.1,2,2,38*) называет “*canabula iuris*” – колыбелью, основами права.

<sup>17</sup> *Gai., 1,3*: “...названием «народ» обозначается вся совокупность граждан (*universi cives*).

<sup>18</sup> “*Privatus*”, от *privus*, лишенный, по значению эквивалентно слову “*singulus*”, отдельный, единичный.

XII таблиц содержали не только императивные нормы, но и наделяли нормативной силой частное волеизъявление (*lex privata*), облеченное в общезначимую форму, словами: *ITA IUS ESTO* («таким пусть и будет право»), – устанавливая свободу завещания (и вообще распоряжения собственным имуществом) (XII tab., V, 3) или право модифицировать содержание сделок со строго ритуальной формой (XII tab., VI, 1) как признанную способность отдельного гражданина определять правовую ситуацию, релевантную для третьих лиц<sup>19</sup>. Среди диспозитивных норм, установленных этим первым римским кодексом, известен закон (XII tab., VIII, 27), признававший внутренние правила частных коллегий, лишь бы они не противоречили общеримским законам (D.47,22,4: “*ne quid ex publica lege cogumpant*”). Закономерно, что римляне считали XII таблиц источником всего публичного и частного права (Liv., 3,24,6: “*fons omnis publice privatique... iuris*”).

Наряду с этим – нормативным – критерием различения публичного (общенародного) от частного (индивидуального) прослеживается и другой подход, не менее глубокий – функциональный, который выделяет в общественной жизни институты, ориентированные преимущественно на частные или на публичные интересы. Он известен Цицерону (Cic., part. or., 100): “*...in iure civili, quod est in privatarum ac publicarum rerum lege aut more positum..*” (...в гражданском праве, установленном в отношении частных и публичных дел законом или обычаем...). Именно такое восприятие воплотилось в знаменитых словах юриста первой половины III в. Домиция Ульпиана, вдохновивших последующие поколения европейской юриспруденции на разработку концепции публичного и частного права как различных отраслей правовой системы (Ulp., 1 inst. D. 1,1,1,2):

*«Существует два аспекта этого изучения [права]: публичное и частное. Публичное право – это то, которое относится к положению римского государства, частное – то, которое относится к пользе отдельных лиц: ведь некоторые права являются полезными в публичном отношении, некоторые – в частном. <Публичное*

---

<sup>19</sup> Заявление, сделанное при манципации (обряде отчуждения) – *lex mancipi*, позволявшее определить условия сделки или оговорить особые права сторон (например, установить сервитут в пользу отчуждателя), считалось *lex privata* – частным законом. Мы еще вернемся к этому вопросу.



*право состоит в священодействиях, жрецах, магистратах.> Частное право трехчастное: ибо оно составлено из предписаний естественных, или общих всем народам, или цивильных»<sup>20</sup>.*

Юрист представляет публичное и частное право как два подхода к единому предмету в рамках развиваемого им представления о праве (правосудии и справедливости – *iustitia*) как системе знаний. В каждом деле можно выявить аспект публичной или частной пользы, а субъекта права рассматривать либо как участника публичного общения, отвечающего задачам всей общности, либо как отдельного индивида, преследующего собственные интересы. В этом рассуждении примечательна трактовка форм права как выражения частных интересов отдельных лиц, которая – сохраняя старую идею трехчастного деления – объединяет как позитивные (*ius gentium, ius civile*), так и естественноправовую (*ius naturale*) нормативные системы по единому основанию.

Постклассическая глоссема: <Публичное право состоит в священодействиях, жрецах, магистратах>, – отсутствующая в параллельном тексте Институций Юстиниана (I. 1,1,4) и по-разному представленная в рукописной традиции Дигест, – отражает искажение мысли классика в позднейшей интерпретации. Глоссема выдает попытку восполнить первоначальный текст, в котором отсутствовало распространенное толкование публичного права как особой отрасли: Ульпиану было достаточно упомянуть о наличии государственного (политического) аспекта правопорядка. Восприняв фразу, особо оговаривающую многомерность частного аспекта, как предметное определение отрасли права, постклассический компилятор почувствовал необходимость пояснить и содержание *ius publicum*. Банальный ряд (указывающий на христианское восприятие публичной сферы<sup>21</sup>) подменяет аналитическую функциональную трактовку дихотомии «*publicum – privatum*»

---

<sup>20</sup> Ulp., 1 inst. D. 1,1,1,2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. [Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.] Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praecipis aut gentium aut civilibus.*

<sup>21</sup> Святыни и жрецы могли бы фигурировать на первом месте только в ранне-республиканском, но никак не в позднеклассическом источнике (III в.). Уже Цицерон при перечислении публичных институтов ставит на первое место комиции и сенат, а не жрецов (Cic., de dom., 33; 34; 138; pro Balb., 34).

механическим институциональным подходом, который исходит из наличия общественных явлений разной природы – публичной и частной.

Первоначальное понимание различия *ius publicum* и *ius privatum* как норм, основанных на всеобщих предписаниях, и юридических ситуаций, созданных частным волеопределением, удержалось на всем протяжении римской правовой истории: оно разделяется Ульпианом (D.11,7,20; 50,17,45,1) и его старшим современником, величайшим римским юристом, Папинианом (Pap., 2 quaest. D. 2,14,38): «*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest (право, установленное законом, не может быть изменено соглашениями частных лиц)*».

#### § 4. Патриархальная семья и индивид

Противопоставление публичного (военного и всеобщего) и частного (мирного и отдельного) воплощается в делении религиозных обрядов на публичные (*sacra publica*) и частные (*sacra privata*). Частные священнодействия были семейными и отражали автономное и обособленное положение этих групп, исключаящее их из структуры *civitas*. Если в публичных делах все свободные лица равны, то в семейных – свободные (*liberi* – дети) находятся в подчинении главе семейства наравне с рабами. Первичный синкретизм подвластного состояния лиц и вещей нашел отражение в единстве обряда отчуждения, манципации (*mancipium*), равно применимом и к лицам (свободным и рабам<sup>22</sup>) и к вещам (*res mancipi*), в единстве форм судебного притязания на подвластных лиц (детей) и на вещи, виндикации (*vindicatio filii, rei vindicatio*), и даже режиме давности (*usus*), который распространяется не только на вещи, но и на законную супругу, автоматически поступающую в семью мужа по прошествии года совместного проживания под одной крышей (*usu in manu convenire*). Такой режим не сводит свободных (не рабов) подвластных к вещам, но напротив, наделяет принадлежность вещей потестарным измерением. Положение подвластных лиц

---

<sup>22</sup> Распространенное наименование раба – *mancipium*, совпадающее с первоначальным наименованием сделки отчуждения (*mancipatio* – более поздний термин), отражает пути усвоения и осмысления объектной природы раба через признанные формы взаимодействия: источник приобретения выставляет объект сделки в качестве внешнего блага.

существенно отличалось от положения вещей, но фиксировалось социальным сознанием как однопорядковое с вещами членство в семейной группе, как включенность в *familia* и соответствующее подчинение главе семейства – *pater familias*. Различие объектов, составляющих семейство (лиц и вещей), не умаляется их общей включенностью в единый микрокосм, но социальные формы, определяющие и фиксирующие такую принадлежность, первоначально мыслятся как одинаковые. Так, переход законной супруги во власть мужа по прошествии года обозначается как следствие «пользования» (*usus*), несмотря на то, что даже после поступления супруги в мужнюю власть, никакого права на экономическую эксплуатацию женщины (пользование в хозяйственном смысле) супруг не получал.

Власть домовладыки (*patria potestas*) выступает интегративной функцией всего семейства, подчиняя себе и ее признанного носителя. Дисциплинарный аспект власти главы семейства отражает и выражает не столько свободу личного усмотрения, властный произвол домовладыки, сколько преобладание семейного начала в структуре его личности: реакция на девиантное поведение представляет собой защиту групповых интересов и подчинена целям группы, а не отдельного лица, ее главы. Институт выдачи подвластного, совершившего деликт, потерпевшему (*noxae deditio*) первоначально нацелен не на компенсацию ущерба или удовлетворение чувства мести, но на очищение семейной группы от греха путем избавления от грешника (как и при *sacratio*)<sup>23</sup>. Развитие системы композиций привнесет и в этот порядок имущественный момент: возмещая ущерб, домовладыка как бы выкупает подлежащего выдаче головой подвластного, – но перед нами не обмен тела на деньги, а новый способ восстановления гармонии, примирения с потерпевшим и с тем высшим принципом, которому подчиняются обе стороны отношения.

Дифференциация личного (потестарного) и имущественного (частно-правового) в структуре семейства и социальной личности его главы (единственного полноправного лица в древности), происходит в тесном взаимодействии патриархальной семьи с гражданской общиной и под раскрепощающим воздействием публичной организации.

---

<sup>23</sup> См. выше, прим. 10.

Важнейшие акты изменения структуры семейства опосредуются волей римского народа: народным собранием, войском, царем или магистратами. Завещание в древности совершалось в особом народном собрании (*comitia calata*) или в готовом к битве войске. Усыновление (*adrogatio*) происходило в форме обращения к народному собранию (*rogatio*). Акт отпущения раба на волю (*манумиссия*, *manumissio*) теснейшим образом связан с публичной властью, поскольку влечет за собой предоставление римского гражданства. Раб становится свободным или по завещанию (в одной из указанных публичных форм) или в ходе ритуала с участием претора (в древности следует предполагать царя) или в результате прохождения ценза с дозволения господина – участия в обряде освящения (*lustrum*) римского народа-войска на Марсовом поле. В этих формах взаимодействие патриархального семейства, которому принадлежали рабы, и публичной сферы, в которую поступает вольноотпущенник, становясь гражданином, проявляется наиболее ярко. Раб выходит из-под власти господина, но при этом его свободный статус значим не только в частно-правовом, но прежде всего в публичном измерении. Свобода (*libertas*) существует как проявление гражданства (*civitas*). Став свободным, вольноотпущенник сохраняет с патроном тесную личную и имущественную связь – чисто частные отношения, определяющие дефектность его статуса<sup>24</sup>, который в публичной сфере ничем не отличается от статуса свободнорожденного.

Учение об умалении правоспособности – *capitis deminutio* (Gai., 1, 158-163) – охватывает равным образом и публичную и семейную организацию, раскрывая сложную структуру личного статуса (Gai., 1, 159: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio* – «Умаление правоспособности – это изменение прежнего статуса») на едином основании. Утрачивая свободу (в результате попадания в рабство, например, в плен), римлянин одновременно теряет и гражданство, и семью. Утрачивая гражданство (в результате изгнания или ухода в колонию), он теряет семью, но сохраняет свободу. Утрата семьи (наименьшее умаление правоспособности)

---

<sup>24</sup> Вольноотпущенник обязан почитать патрона и оказывать ему услуги личного характера; патрон призывается к наследованию имущества вольноотпущенника, умершего без завещания, по праву агнатства; оставляя же завещание, вольноотпущенник обязан упомянуть патрона. См.: Дождев Д.В. Римское частное право. 3 изд. М., 2011, с. 275, 675.

не сказывается на свободе и гражданстве. Перед нами три сферы социального взаимодействия, участие в которых обеспечивает полноту личного статуса. “Caput” означает участника, единицу группы, “capitis deminutio” – выбывание члена, уменьшение «на голову» состава соответствующей группы<sup>25</sup>.

Однако состояние в семействе совпадает с подчинением власти домовладыки, что отрицает важнейшие права личности: подвластные не способны обладать собственностью и все их приобретения принадлежат главе семьи, заключать сделки, обязывающие домовладыку (единственное лицо, обладающее имуществом и способное отвечать по обязательствам), без его одобрения, не способны самостоятельно заключать брак, не могут иметь во власти собственных детей, вообще не обладают собственной правоспособностью, их почитают «лицами чужого права» (personae alieni iuris). Напротив, выходя из семьи посредством эмансипации, подвластный сын улучшает свой статус: становится домовладыкой, «лицом своего права» (persona sui iuris), получая полную правоспособность и власть над своими детьми. Выход из семейства фиксируется как утрата прав, связанных с членством в большой агнатической семье (объединяющей всех лиц, имеющих общее происхождение и никогда не подвергавшихся наименьшему умалению правоспособности)<sup>26</sup>, – ius adgnationis. Малая же семья, собственная семья эмансипированного, следует за ним, образуя самостоятельную семейную группу. Возможно обретение статуса домовладыки и без умаления правоспособности, без утраты агнатских прав: это происходит со смертью домовладыки, когда его ближайшие подвластные (sui, «свои») обретают самостоятельность и возглавляют собственные семьи (incipiunt propriae familiae habere). Такие семьи и составляют большую агнатическую семью, так что наличие агнатских прав определяется членством в малых семьях, сохраняющих агнатическое единство. Права агнатства

---

<sup>25</sup> M. Kaser. Zur Geschichte der “capitis deminutio”, Iura, 3, 1952, S.49 sq.

<sup>26</sup> Ulp., 46 ad ed. D. 50,16,195,2: *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt* («Семьей по общему праву мы называем семью всех агнатов: ибо хотя со смертью домовладыки отдельные лица получают отдельные семьи, однако всех, кто пребывал под одной властью, будет правильно назвать членами одной семьи, раз они происходят из одного дома и рода»).

дают право на наследование по закону и на опеку, а также – на семейные кладбища и патронат (права по отношению к вольноотпущенникам – Gai., 1, 164-165)<sup>27</sup>. Этот семейный статус, таким образом, определяет патриархальные семейные права личности, отнюдь не совпадая с полнотой личного статуса, с правоспособностью и дееспособностью. Если полнота публичного статуса действительно связана с участием в определяемой единством гражданского коллектива сфере правового общения, с членством в *civitas*, то членство в семейной группе такого эффекта не дает и *familia* сферой раскрепощения личности не является.

Учение об умалении правоспособности – это попытка обобщить исторический опыт социального взаимодействия с точки зрения отдельной личности. Игнорируя подлинную природу принципиально различных коллективов – гражданства и семейства, – этот подход демонстрирует свою неадекватность. Членство в семейной группе вступает в противоречие с потребностями личности, с ее формальным признанием и автономией, тогда как утрата места в гражданском обществе, действительно, оборачивается редукцией статуса. Выделение умозрительной группы свободных людей (которую формально покидает человек, попадающий в рабство) раскрывает подлинный горизонт гражданского общества как сферы, потенциально утверждающей свободу личности как таковой, формируя единство граждан в свободе, стоящей над гражданскими привилегиями.

### § 5. *Формы признания вещей*

Первичный синкретизм мифологического мышления, совмещающего личность и вещи в единое целое, представляющий вещи в качестве продолжения личности, а личность как атрибут вещей, соединяя человека и его ближайшее окружение в микрокосм, находит отражение как в многозначности таких первичных понятий, как *familia*, *rescunia*, *domus*, так и в определении круга вещей, непосредственно связанных с личностью хозяина – *res mancipi*. *Familia* этимологически означает «совокупность

---

<sup>27</sup> Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право, с. 110 слл.

рабов» (от оск. *famuli*, рабы, Fest., s.v.), но восходит к индоевропейскому \**dhem-*, общему корню с *domus*, отсылающему к миру, образуемому жилищем и его обитателями<sup>28</sup>. Древняя синкретичность значения “*familia*” просматривается в определении Ульпиана (D. 50,16,195,2), объединяющем и людей, членов семейства под властью домовладыки (*pater familias*), и имущество, подчиненное главе семьи. В римском правосознании “*familia*” – показатель статуса домовладыки (*pater familias*, который только потому *pater*, что у него есть *familia*), что фиксируется как господство над группой и связанной с ней сферой жизни, имуществом. Получение статуса *pater familias* выражается словами «получить *familia*» (“*familiam habere*” – *ibid.*; XII tab., V, 4)<sup>29</sup>. Определением семьи выступает *patria potestas* (власть домовладыки) – не просто дискреционная власть лидера, но особое начало, объединяющее и лидера, и группу в единое целое, конституирующее семейство как автономный центр. Принадлежность к группе, состояние во власти (*in potestate*) едина для всех членов семейства (включая и домовладыку) и отличает их организованное положение от лиц, пребывающих вне *potestas* (*sine potestate*) – «неприкаянных», «лишенных», «обособленных» (*privus, singulus*). Принцип организации семейства соответствует структуре мышления и может быть назван генеалогическим: группа мыслится как состоящая и из живых, и из предков и ориентирована на воспроизводство дела прародителя; во главе группы стоит ближайшее к предкам лицо, медиатор между миром живых и неживых; вся жизнь группы строится как почитание предков и их дела, продолжающегося в самом существовании группы. Патриархальная семья – социальное воплощение эсхатологического и ретроспективного сознания.

Выделение круга вещей, которые несут печать личности хозяина и подвержены особым обрядам отчуждения и защиты – *res mancipi*, развивает эту логику, но привносит в нее новый элемент волевого контакта с другими, чуждый первичной замкнутости *familia*. Земли и земельные сервитуты, рабы и тягловый скот, – этот круг вещей соответствует фиксации семейной группы в рамках крестьянского хозяйства. Опосредование сделок с таким имуществом ритуалом с медью и весами

---

<sup>28</sup> Разработку проблемы см.: *Дождев Д.В.* Римское архаическое наследственное право, с. 58 слл.; 87 слл.

<sup>29</sup> См.: Там же, с. 129 слл.



(манципацией) раскрывает специфику их положения в социуме и намечает пути ее преодоления. Трактовка медного бруска как средства платежа – представленная у Гая (Gai., 1,119) и у Варрона (Varro, de l.l., 5,182) – ограничивает возможные сделки с такими вещами требованием возмездности: такие вещи можно продать, но нельзя подарить. Более того, если следовать логике ритуала, встречное предоставление должно быть непременно денежным (продать можно, а обменять нет), что еще более сужает возможности распоряжения и указывает на первоначальную – до появления денег – неотчуждаемость этих вещей. Такая картина не только с трудом укладывается в привычные представления о развитии оборота, но и противоречит прямым данным о том, что оплата при манципации с целью продажи оставалась за рамками ритуала. Так, впоследствии в Риме появляется манципация «за одну монету» (*nummo uno*), которая применялась всегда, когда сделка использовалась с целью, отличной от купли-продажи (дарение, фидуция во всем многообразии ее функций, оформление исполнения обязательства или завещательного распоряжения)<sup>30</sup>. Медный брусок при этом продолжает присутствовать в качестве элемента ритуала. Обязательство по оплате всегда оформлялось особым образом – *nuncupatio pecuniae* (Fest., s.v. *pecunia nuncupata*)<sup>31</sup> или *expromissio nummorum*, особая стипуляция (о которой сообщает Варрон в описании древнейших форм купли скота). Все это создает сомнения в тождественности медного бруска и покупной цены. Символическое значение меди (как и весов) в обряде манципации ориентирует на другое прочтение элементов обряда.

Как мы увидим в дальнейшем, возможна трактовка *aes* как символа личности – тогда предоставление меди, компенсирующее вторжение в сферу чужого, означает и установление личной связи с отчуждателем. Эффект манципации, порождающей у приобретателя позицию, опирающуюся на содействие и признанную распорядительную власть отчуждателя (*auctoritas*), согласуется с таким видением ритуала. Возможна и такая трактовка ритуальной меди, более близкая к

---

<sup>30</sup> M. Kaser. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. Köln; Graz, 1956, S. 158 sq.

<sup>31</sup> Сомнительно отождествление *nuncupatio pecuniae* с жестом передачи медного бруска (как у Джоффри: C. *Gioffredi*. Su XII Tab. VI, 1, SDHI, 27, 1961, p. 347 sq): *nuncupatio* – это заявление, а не жест.



интерпретациям самих древних, которая акцентирует именно компенсационную функцию<sup>32</sup>, тогда акт манципации, приравнивающий отчуждаемую вещь – посредством весов – к меди, предстанет способом деперсонификации вещи, ее отчуждения от признанного хозяина, актом введения вещи в оборот, где она представлена в качестве товара, тогда как ее лично насыщенные характеристики, препятствующие ее переходу в руки другого, снимаются. Представляется, что в ритуале манципации оба аспекта сосуществуют: происходит слияние лиц, взятых в их формальной ипостаси как носителей определенных социальных ролей и позиций, и одновременный перевод вещи в иное качество, способной к обороту внешней предметности, ценность которой можно выразить в сопоставлении с медью.

Для понимания акта преобразования, совершаемого ритуалом с медью и весами, следует учитывать, что личная насыщенность вещей, подверженных этому ритуалу – *res mancipi*, соотносит их с ролью носителя распорядительных полномочий (а не статусных). Собственник представлен в ритуале манципации как *auctor* – действующий субъект. В пользу такой трактовки говорит и принцип, положенный в основание этой классификации вещей. *Res mancipi* отличает, как показал Ф. Де Вискер, не сельско-хозяйственная функциональность (лошадь в древности вообще не использовалась в хозяйстве), а подверженность команде и приказу, что – с учетом включения в круг таких вещей земли и сервитутов – следует рассматривать как необходимость индивидуальных усилий по формированию такой вещи как объекта власти и оборота, когда получение вещью признанных и ожидаемых свойств (приручение и дрессировка – *domari*, обработка – *colere*) тем самым выявляет и распорядительную способность лица, в связи с которым вещь воспринимается во внешнем семейству мире – хозяина<sup>33</sup>. Сказанное наиболее наглядно проявляется применительно к такому объекту, как раб (само наименование которого в традиционном юридическом языке – “*mancipium*” – указывает на него как на модельную фигуру обсуждаемого ритуала). Раб – член семьи (*familia*) и подчинен

---

<sup>32</sup> Эта интерпретация вторична. Идея воздаяния, воплощенная в образе весов, отвечает мифологическому представлению об общей мировой гармонии, построенной на цикличности. См. также ниже, прим. 35.

<sup>33</sup> См.: Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996, с. 51 слл.

власти домовладыки (*potestas*), однако именно в его лице легче всего провести определение себя как самостоятельной личности, различая того, кто подчиняется, и того, кто приказывает. Отсутствие генеалогических экспектаций применительно к рабу сочетается с его внешним происхождением в составе семейства, его потенциальной заменимостью, случайностью его пребывания под общей крышей, в общей *potestas*. Здесь видится важный фактор развития предметных представлений в римском правосознании. Последующее отождествление раба с вещью (при сохранении классификационного интереса к нему как к лицу, *persona*) показывает, что для определения вещей, объектов, необходимо выявление субъекта («я», «мое»). Этот процесс разлагает и преобразует семейную группу, формируя сферу интересов, отличающих самостоятельную личность, взятую вне коллективных форм общежития, индивида. Союз таких личностей составит гражданское общество.

#### **§ 6. Развитие частного взаимодействия как форм и способов признания автономии отдельных лиц**

Приоритет частной сферы нацеливает на анализ форм взаимодействия между частными лицами как первичных способов признания другого (и соответствующей идентификации себя в диалоге с другим). Ряд древнейших форм взаимодействия непосредственно ведет к подчинению другого или исходит из возможности личного подчинения. Таковы формы ритуальных сделок по передаче вещей и древнейшие формы исполнительного производства.

Важнейшей формой исполнительного производства в древности было наложение руки – *manus iniectio*. Истец схватывал ответчика и заявлял ему, по какому делу он его привлекает. Ответчик не имел права сбрасывать с себя руку, и стороны направлялись в суд. Перед лицом судебного магистрата (претора) истец вновь излагал свое дело, причем ответчику слово не полагалось, но за него мог выступить заступник (*vindex*). Если заступника не находилось, магистрат подтверждал притязание истца (*addictio*), и тот уводил присужденного (*addictus*) к себе в дом. Здесь его ждала незавидная судьба

– быть проданным в рабство за границу (*trans Tiberim*), поскольку стать рабом в Риме римлянин не мог. Если вступался заступник, то он удовлетворял требования истца, получая над присужденным такую же власть. Процедура, подробно описанная Гаем (*Gai.*, 4,21), предусматривалась Законами XII таблиц (III,1-4), донесенными Авлом Геллием (*Gell.*, 20,1,42-45), и подтверждена эпиграфическими источниками (*Lex coloniae Genetivae Iuliae*, 61). Картину заступничества рисует Ливий (*Liv.*, 6,14,5), рассказывая о том, как Манлий Торкват в 385 г. до н.э. выкупил из долговой кабалы центуриона, покрытого шрамами от многих битв. Манлий сам налагает на должника руку, удовлетворяет кредитора, а затем отпускает центуриона из кабалы, в которую тот к нему попал, посредством обряда с медью и весами (“*libraque et aere liberatum emittit*”). В невозможности для должника защищаться и брать слово перед претором (*in iure*) следует усматривать редукцию статуса, которая воплощается как личное подчинение<sup>34</sup>. После присуждения *addictus* и вовсе оказывается технически на положении раба – *in mancipio*. Ритуал отпущения из кабалы требовался и в случае уплаты долга самому кредитору. Обоснованно предполагается, что вмешательство магистрата вторично и в царскую эпоху должника сразу уводили в дом кредитора (*secum ductio*). Личная расправа предусматривалась в отношении вора (причем ночного вора дозволялось убить на месте). Гай (*Gai.*, 3,189) сообщает, что республиканские юристы (*veteres*) задавались вопросом, не становился ли вор, пойманный с поличным (*fur manifestus*), подлинным рабом или лишь занимал положение присужденного (“*adiudicati loco*”).

Он же (*Gai.*, 3,175) указывает другие гипотезы наложения руки: судебное решение (*iudicatum*), признание в суде (*aeris confessio*), которое приравнивалось к судебному решению, заступничество или уплата чужого долга (*depensio*), а также – древнейшая форма завещательного отказа, налагавшая на наследника обязательство передать что-либо в собственность третьему лицу (*legatum per damnationem*). В последнем случае наследник освобождался от обязательства только посредством ритуала отпущения (*solutio per aes et libram*). Ритуал также описан Гаем (*Gai.*, 3,173-174):

---

<sup>34</sup> При наложении руки по дополнительным основаниям, введенным законами II в. до н.э., ответчик сохранял право защищаться в суде самостоятельно (“*pro se lege agere*” – *Gai.*, 4,23-24).

«Существует и другой вид воображаемого исполнения обязательства – посредством меди и весов. И сама эта схема принята как общая для определенных случаев, например, если долг установлен из сделки, заключенной посредством меди и весов, или на основании присуждения. Дело ведется таким образом: требуется не менее пяти свидетелей и весодержатель. Затем тот, кто освобождается, должен сказать так: РАЗ Я ТЕБЕ ПРИСУЖДЕН НА СТОЛЬКО-ТО ТЫСЯЧ, Я ПО ЭТОМУ ПОВОДУ РАЗВЯЗЫВАЮСЬ И ОСВОБОЖДАЮСЬ ОТ ТЕБЯ ПОСРЕДСТВОМ ЭТОЙ МЕДИ И МЕДНЫХ ВЕСОВ. ВОТ, ТЫ, Я ВЗВЕШИВАЮ ЭТИМИ ВЕСАМИ, ПЕРВЫМИ И ПОСЛЕДНИМИ, СОГЛАСНО ПУБЛИЧНОМУ ЗАКОНУ<sup>35</sup>. Затем он ударяет медью по весам и дает ее тому, от кого освобождается, как бы в уплату».

Здесь Гай называет и другую гипотезу личной расправы – сделку, заключаемую посредством меди и весов. Это указание согласуется со словами Элия Галла, антиквара I в. до н.э., сохраненными Фестом (Fest., s.v. nexum):

«Nexum, как говорит Галл Элий, это любое [действие], что совершается посредством меди и весов: то, о чем говорится "necti" ("связываться", "обязываться"). Этот тип объединяет следующие [виды]: оставление завещания, отдача в nexum, освобождение от nexum»<sup>36</sup>.

“Testamenti factio” – это testamentum (завещание) per aes et libram, подробно описанное у Гая и к которому мы еще вернемся, “nexi liberatio” – приведенная только что solutio per aes et libram; “nexi datio” – это ритуал установления обязательства, освобождение от которого впоследствии осуществляется посредством меди и весов. Такой ритуал порождает обязательство, санкционированное наложением руки со

---

<sup>35</sup> «QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM.»

Здесь ‘tibi’ – dativus eticus; ‘librae’ – весы (во всех трех случаях: TLL, Volume VII.2, p. 1342, s.v. libra; esp. 1344,30; Gai., 3,174); ‘libram expendo’ – «взвешиваю на весах», тавтология подчеркивает ритуальное значение весов; ‘libram primam postremamque’ – выражает идентичность весов в ритуале установления обязательства весам в ритуале освобождения от обязательства, что отвечает мифологическим представлениям цикличности мироздания (ср. образ клепсидры – весов времени) и исключает инструментальную трактовку этого элемента ритуала.

<sup>36</sup> Fest., p.160 L: Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur: id quod necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

стороны кредитора (возможно, первоначально во внесудебном порядке), устанавливая, таким образом, определенную личную зависимость должника от кредитора. Личное подчинение заступнику предстает результатом выкупа должника, уже попавшего в зависимость к кредитору. Личное действие завещательного отказа, непосредственно поражающего личность наследника как должника, определяется тем, что наследник сам входит в имущественный комплекс завещателя (*familia*) и поэтому открыт для волеопределений господина такого комплекса (*pater familias*). Существенно, что эта зависимость носит потенциальный характер и воплощается в актуальное подчинение (и подлинные цепи<sup>37</sup>) лишь в случае неисполнения. Таким же действием обладает судебное решение, вынесенное по личному иску на любом ином основании, что придает указанной схеме значение общей нормы взаимодействия, от которой зависят все смежные порядки. В основе действия схемы личной зависимости и подчинения лежит автоматическое действие, вызываемое – как это показывает гипотеза кражи – неправомерным контактом с чужой вещью, очевидно, магического свойства (по принципу заражения). Напротив, потенциальный характер личная зависимость должника получает только вследствие применения специальных процедур, прежде всего, ритуала с медью и весами.

Универсальное значение ритуала раскрывается при анализе его другой функции – передачи власти над вещами и лицами (рабами и домочадцами – *Gai.*, 1,117), более известной, как манципация. Термин “*mancipatio*” вторичен (впервые встречается у Плиния Старшего, I в. н.э.), его древним эквивалентом было “*mancipium*” (от *manu capere*, брать рукой). Свидетельство Варрона (*Varro, de l.l.*, 7,105) показывает, что функциональное обособление манципации (*mancipium*) – результат сознательного вмешательства юриспруденции (Квинт Муций Сцевола, II-I вв. до н.э.), тогда как еще в середине II в. до н.э. (Маний Манилий, консул 140 г. до н.э.) ритуал с медью и

---

<sup>37</sup> “*VINCITO AUT NERVO AUT COMPENDIBUS* (пусть будет закован в цепи или кандалы)”, – санкционирует закон XII таблиц (I, 4) положение должника, уведенного в дом кредитора (*Gell.*, 20,1,45).

весами именовался “*nexum*” в любой функции<sup>38</sup>, что отвечает определению Элия Галла (возможно, заимствованному у Манилия).

Ритуал манципации (отчуждения), подробно описанный Гаем (Gai., 1,119), представляет роль отчуждателя, признанного собственника вещи или господина, совершенно пассивной: он молча принимает медный брусок из рук претендента-приобретателя, который только и делает торжественное заявление-притязание на вещь или лицо, сопровождая его жестами схватывания вещи и манипуляцией медью и весами. Очевидно, жесты и слова приобретателя выражают все содержание возникающего отношения. В этом контексте передача медного бруска (*aes, gaudusculum*) и предваряющий ее удар бруском по ритуальным весам предстают компенсацией схватывания чужой вещи и заявления *MEUM ESSE AIO* («заявляю, что это мое»), призванного внести изменения в нормативную действительность. Роль бруска в ритуале освобождения от обязательства как знака личной зависимости явно противоречит такой компенсационной функции. Гай говорит, что медный брусок употребляется в процедуре «как бы вместо цены» (“*quasi pretii loco*” – несомненно, проявление позднейшего переосмысления первичного ритуального смысла, уже недоступного классику), но и цена в контексте манципации устанавливает ответственность отчуждателя перед приобретателем: в случае последующего изъятия вещи третьим лицом, доказавшим свои права на нее (эвикция), приобретатель, обманутый в своих ожиданиях, обращает взыскание на отчуждателя (*auctoritas, гарантия*), от которого он ведет свое право на вещь (*auctor, правопредшественник*). Отчуждатель в таком случае отвечает в двойном объеме полученной цены. Компенсационная функция цены оборачивается основанием и критерием ответственности. Если добавить к этому, что присуждение в двойном размере (*in duplum*) установилось в предклассическую эпоху для всех случаев, когда прежде следовало наложение руки, – получение медного бруска предстанет выражением личной зависимости отчуждателя, его обязательства перед приобретателем по

---

<sup>38</sup> Varro, de l.l., 7,105: “*Nexum Manilius scribit omne quod per aes et libram geritur, Mucius quod obligetur praeter quod mancipio detur* (Манилий пишет, что ‘*nexum*’ – это любой акт, который оформляется ритуалом с медью и весами, Муций – что [только] тот [акт], который устанавливает обязательство, исключая то, когда по манципации переносится собственность)”.



обеспечению искомой исключительной власти над вещью (абсолютной и неопровержимой позиции по отношению к третьим лицам, которая и самого отчуждателя ставила бы в положение постороннего). Позиция приобретателя опирается на личную связь с отчуждателем, на его *auctoritas* (в другом, более широком значении – распорядительная власть). Здесь нас сейчас интересует не специфика производного приобретения в древности, но идея личной связи, потенциального подчинения участника манципационной процедуры, общей для всех функций ритуала с медью и весами.

Эта связь, установленная специально в качестве обязательственной (собственно, *пехум*), существенно отличается от форм непосредственного подчинения, которые уверенно реконструируются как первичные. Речь идет о *praedes* и *vades*: *praedes* гарантировали выдачу вещи, например, *praedes sacramenti* – уплату процессуального залога при *legis actio sacramenti*, (древнем иске в форме присяги); *vades* гарантировали явку ответчика в суд<sup>39</sup>. Такие гаранты непосредственно поступали во власть кредитора, находясь в цепях в его доме, пока указанное действие не исполнялось. Здесь обязательство расчленяется на пассивной стороне отношения между несколькими лицами (гетерогенное обязательство): на одно лицо возлагается исполнение и оно остается лично свободным для осуществления ожидаемого действия, гарантия же исполнения лежит на других лицах, которые лишаются личной свободы, так что исполнение выступает формой выкупа близких должнику людей. Следует предполагать самое широкое распространение этой формы в древности<sup>40</sup>. Специфика ее в том, что ответственность еще не получила потенциального характера

---

<sup>39</sup> Varro, de l.l., 6,74: *'Sponsor' et 'Praes' et 'Vas' neque idem . . . Itaque Praes qui a magistratu interrogatus in publicum ut praestet . . . dicit 'Praes.' Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittit.*

<sup>40</sup> Расчленение древнейшего обязательства на пассивной стороне отношения между должником и гарантами исполнения традиционно обсуждается с позиций различия *Schuld* (долга) и *Haftung* (ответственности): A. Brinz. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts.* Von Friedrich Carl von Savigny. Erster Band. Berlin, 1853// *Kritische Blätter civilistischen Inhalts.* Nr. 4, 1853, S.1 - 60; O. Gierke. *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht.* Breslau, 1910; A. Hägerström. *Der römische Obligationnsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, II. Über die Verbalobligation.* Uppsala, 1924. Понятие ответственности предполагает сохранение юридической самостоятельности контрагента, тогда как древнейшее обязательство конструируется именно как слияние юридических ролей контрагентов (по поводу предмета договора), утрата одной из сторон правосубъектности в соответствующем отношении, – отчего и требуется вмешательство заступника (*vindex*).

и конструируется как актуальное личное подчинение кредитору. Независимость исполнителя (собственно должника) достигается за счет выдачи кредитору заложников. Впервые совмещение ролей гаранта и должника в одном лице (гомогенное обязательство) достигается только с приданием ответственности потенциального характера – в сделках *nexum* и *sponsio*<sup>41</sup>.

*Nexum* находит эквивалент в понятии *fides* – связь, доверие, признание другого. Говоря об упразднении личной расправы над должником по закону Петелия-Папирия 326 г. до н.э., Ливий (Liv., 8,28,3), опираясь на древние источники, употребляет термин *fides*: “*vinculum fidei levavit*” («избавил [народ] от оков *fides*»)<sup>42</sup>. Единство понятий демонстрируют и другие тексты, раскрывая общепризнанное и непосредственное восприятие *nexum* (и сделки, и ее эффекта) как формы установления напряженной, чреватой последствиями связи, потенциально предполагающей личную зависимость и подчинение. В этом напряжении – предвосхищающем негативные последствия отношения – проступает и момент откладывания, значимой дистанции между возникающей связью и ее возможными следствиями. Этот момент независимости, фиксируемый вопреки привычному эффекту контакта с чужим или возложения на себя долга перед другим лицом, еще не осознается как прорыв в сферу свободы, но мыслится как переходное состояние – опасное, но допустимое – раскрывая исторически важное значение формализации связи между участниками правового общения, которое – вопреки утвердившимся в социальном сознании стереотипам – выводит отношение между сторонами на иной уровень. Здесь даже потенциально зависимая сторона выступает как самостоятельная

---

<sup>41</sup> Мы видели, однако, что *nexum* еще предусматривает заступничество; сходным образом спонсор в первичной функции – именно заступник, поручитель. Потенциальный характер ответственности, который она получает в этих формах, еще не означает возникновения подлинно правовой конструкции обязательства как формы свободы – и должника, и кредитора. Преодоление гетерогенности обязательства не сразу приводит к утверждению развитой формы.

<sup>42</sup> Тацит, говоря о долговом рабстве у германцев, с удивлением отмечает, что они именуют его “*fides*”, видимо, совершенно уже не чувствуя близость такого подхода римскому историческому опыту (Tacit., Germ., 24,2): «Они играют в кости, что поразительно, трезвыми и со всей серьезностью, но с таким неистовством относятся к выигрышу или проигрышу, что утратив все, на самый последний и крайний бросок ставят свободу и свое тело. Проигравший добровольно идет в рабство: сколь бы моложе, сколь бы сильнее (выигравшего) он ни был, он позволяет себя связать и выставить на продажу. Таково их упорство в порочном деле, сами же они называют это верностью (*fides*)».



(что и дает ей возможность обсуждать существующее положение как потенциально опасное), как обладающая собственным усмотрением и возможностями избежать известных негативных последствий должничества. Сохранение, удержание независимости в отношениях долга означает свободу, которая выступает прямым следствием оформления связи с кредитором в ритуалах и действиях, пользующихся общественным признанием, которое как высший авторитет для участников отношения определяет их равенство друг перед другом. *Fides* как личная связь и субъективно (эмоционально) насыщенное восприятие другого оборачивается комфортом доверия и признания, предоставленного другому и полученного от другого. Устойчивость связи – отраженная в понятиях, переживших сами ритуальные формы, – определяется наличием высшего авторитета, общего принципа, в рамках которого оказывается возможным и реализуется признание другого как равного. В этом признании субъект обретает и собственную самостоятельность, собственную личность, которая проявляет себя за пределами замкнутого мира семьи, в сфере действия индивидуальных интересов.

Л. Ломбарди в фундаментальном исследовании установил два значения “*fides*”: власть и доверие<sup>43</sup>. Подтверждаемые многочисленными источниками эти смыслы с трудом поддаются согласованию в рамках единого понятия. Опыт Г. Безелера<sup>44</sup>, еще ранее указавшего на возможный перенос значения: попавший в зависимость одновременно оказывается и под защитой, перекладывая ответственность за себя на другого (так, “*caecus*” по латыни означает «слепой», но и «невидимый»), – не снимает проблемы перехода от одного смысла к другому. Практика отдачи под покровительство (“*venire in fidem*” – Val. Max., 6,5,1; Dio Cass. frg. 47 T p.181-182) как на индивидуальном уровне (клиентела), так и на публично-международном (установление господства Рима над покоренными общинами описывалась в тех же терминах) противоречит, если не идее доверия (покориться, значит, в определенном смысле довериться), но во всяком случае идее кредита (“*credere*” – деноминатив от *fides*), определенного встречного предоставления со стороны лица, получающего

<sup>43</sup> L. Lombardi. Dalla “*fides*” alla “*bona fides*”. Milano, 1961, p.48 sq. 64 sqq; 90 sq.

<sup>44</sup> G. Beseler. *Fides*, in: Atti del Congresso Internazionale di diritto romano. Vol. I. Roma, 1933, p.140-167.

власть, в пользу того, кто отдается на усмотрение другого. Переход к *fides* как основанию широкого круга юридических сделок, отличавшихся взаимностью и более гибкой трактовкой отношений сторон, с учетом интересов слабого, ориентацией на широкую справедливость (*bona fides*)<sup>45</sup>, остается невыясненным. Попытка Д. Нерра<sup>46</sup> усмотреть правовое начало в древней *fides*, которая, якобы, даже в отсутствие санкции наделяла слабую сторону неким правом в отношении победителя, встретила обоснованную критику и не привела к построению внятной теории правового общения на ранних стадиях развития общества.

Э. Бенвенист убедительно показывает, что первичное значение *fides* раскрывается в посессивном обороте '*mihi est fides apud aliquem*' (я пользуюсь доверием у кого-либо): доверие как некая ценность, размещенная у другого, «кредит доверия»<sup>47</sup>. Это значение фиксируется в клятвенных оборотах, актуализирующих этот капитал доверия или призывающих богов подтвердить наличие такой гарантии, к которой можно прибегнуть в общении с другими людьми<sup>48</sup>. *Fides* как доверие – это качество личности, восходящее к божественному порядку жизнеустройства. Всеобщее убеждение в существовании такого общего для всех порядка создает общее основание для взаимодействия членов общности, которая и конституируется этим общим мировоззрением. Совпадение задействованного в общении личного качества с всеобщим основанием связано с самим участием в общем мироустройстве: включение в сферу (все)общего определяется наличием у субъекта качеств, установленных всеобщим порядком. Центральным звеном в единой системе ценностей выступает убеждение в руководящем, организующем начале, общем для богов и людей, что и открывает возможность общения, предполагающего признание другого и

---

<sup>45</sup> Подробнее см.: Дождев Д.В. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 2000, с. 96 сл., 112 слл.

<sup>46</sup> D. Nörr. Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafeln von Alcántara. München, 1989, S.145 sqq.

<sup>47</sup> Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. М.: Прогресс – Универс, 1995. с. 92. Так, первичная глагольная форма медиального залога *λέιθῶμαι*, собственно, и означает «пользоваться доверием» (а не «оказывать доверие») – Там же, с. 91-92; 95.

<sup>48</sup> Нарушение клятвы предполагает божественное возмездие: Polyb. 3,25,7-9; Liv. 1,24,8; Paul. ex Fest., s.v. *lapidem silicem* (p. 102 L); Plaut., Poen, 290; Serv., in Aen. 8.641. Cfr. A. Calore. Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento. Milano, 2000. p. 42 sq.

достижимость взаимопонимания с другими, преодоление дистанции, отчуждения, преобразование другого в своего, отличного от себя – в сходного с собой.

Такое значение не позволяет следовать традиционной потестативной трактовке *fides* (представленной и у Бенвениста<sup>49</sup>), согласно которой партнеры, связанные доверием, изначально находятся в неравноправном положении: тот, кто возлагает доверие, зависит от другого, хотя и получает от него взамен покровительство. Доверие, возложенное на другого, составляет не подношение, не брешь в защите, не отказ от замкнутости и признание слабости, неспособности к автономии, но нахождение единства, установление общности как основания для диалога, для равного общения, взаимное (а не иерархизированное) признание. Идея доверия, веры как отказа от самостоятельности, как изъятия из собственной личности в пользу другого – поздняя и утверждается с христианской идеологией веры (*credo*). Античный человек не сомневается в существовании богов, ему не требуется акта доверия, (слепой) веры, отказа от суждения. Он не верит в бога, он носит веру в себе как личное качество, разделяя ее с другими<sup>50</sup>. Несомненность и незыблемость миропорядка выступает основанием для нахождения себя, для обогащения личности. Подчинение, связанное с убеждением («склонять к доверию», «требовать верности» – *πέιθω*, форма активного залога, вторичная по отношению к «доверять», «быть преданным» – *πέιθῶμαι*, первичная медиальная форма<sup>51</sup>) здесь осуществляется не на личном, а на всеобщем уровне. Вместо морального принуждения, подчинения и покровительства, доверие выступает общей ценностью, положительной характеристикой личности и предпосылкой общения между равными.

Р. Фьори предлагает рассматривать архаическую (первичную) *fides* как особое качество сильных, выдающихся людей, носителей других высоких социальных характеристик (*honor, decus, fama, dignitas*)<sup>52</sup>: *fides* больше у тех, кто наделен большим

---

<sup>49</sup> Бенвенист Э. Указ. соч. с. 94.

<sup>50</sup> R. Fiori. *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. V. 3. A cura di R. Fiori. Napoli: Jovene, 2008. p. 241.

<sup>51</sup> См. выше, прим. 47.

<sup>52</sup> R. Fiori. *Fides e bona fides*, cit. p. 243; 249. Следует отметить принципиальное отличие позиции Фьори от предшествующих авторов: отвергая этическое понимание *fides*, он выдвигает нормативное.

достоинством, богатством, почетом, что предполагает иерархическую основу *fides* и оставляет автора в рамках критикуемой им же потестарной концепции. Идея относительности *fides* (*fides* наделяется не только патрон, но и клиент, хотя в меньшей степени), как и относительности достоинства (*dignitas*), думается, вступает в противоречие с нормативной природой категории, которую отстаивает автор. Противоречие снимается, если исходить из того, что «достойные и сильные» не социальный класс, а выражение ожидаемых, нормативных качеств модельных участников правового общения. «Лучшие» (*optimi*) – это общественный идеал, ситуативно воплощенный в аристократии, патронах, опекунах, но это и нормативное требование ко всем, кто пользуется признанием и защитой правопорядка, а также – продукт правового общения, качество, обретаемое под благотворным воздействием нормы: добрым (*bonus*) становятся в контексте доброго (*bonum*), выступающего равным для всех требованием и свойством (*aequum, aequum ius*). «Сильный и здоровый» (*fortis et sanus*) – выражение доброго начала (*bonum*), идеал нормального человека, нормативного субъекта *ius*<sup>53</sup>.

*Fides* как достоинство и особая квалификация личности постепенно получает более специализированное значение масштаба, модели признанного участника социального общения. Это развитие понятия совпадает с разработкой типа личности честного человека – «доброго мужа» (*vir bonus*), ориентира нормативных ожиданий в сфере гражданского оборота, носителя и воплощения правового начала на субъективном уровне. Понятие совмещает в себе уважение к другому и конформность общим нормам, единой шкале оценок, равной для каждого. *Bona fides* (добросовестность) – это характеристика субъекта правового общения с точки зрения принципов, управляющих правовым общением. Положиться на такого человека можно именно потому, что для этого не требуется дополнительных усилий, особой

---

<sup>53</sup> Эквивалентность значений устанавливает загадочный закон XII таблиц (V,1), рисующий картину социальных требований (ожиданий) и качеств (категорий) в контексте признания правового равенства: Fest., s.v. *sanates* (p. 474 L): “in XII [tabulis] cautum est, ut idem iuris esset sanatibus quod fortibus, id est bonis (в XII таблицах установлено, чтобы здоровые обладали такими же правами, что и сильные, т.е. добрые)”; Paul. ex Fest., s.v. *fortes* (p. 74 L): “fortes, frugi et bonus, sive validus (здоровые: разумный и добрый, то есть достойный)”; Paul. ex Fest., s.v. *horctum fortum* (p. 91 L): *horctum et fortum pro bono dicebant*. “Sanates” – те, кто относятся к категории “sani” (как *optimates* < *optimi*). Cfr. R. Fiori, Op. ult. cit., p. 242, nt. 25.

личной установки или специального, индивидуального подхода. Добросовестность – это такая ипостась личности, которая снимает личную специфику, устанавливая соответствие между данным лицом и нормативным участником правовых отношений, идеальная сторона человека, востребованная особым типом отношений, утверждающим и воплощающим справедливость как равное и всеобщее мерило благ и критерий поведения. Справедливый справедлив к другим и пользуется справедливостью у других. Добросовестный честен сам и получает честное отношение со стороны других. Это субъектная сторона принципа права.

Этот стандарт может выступать и как безличный – как модель правового поведения, как ориентир, концентрирующий требования правового принципа общения. В этом значении «добросовестность» – одно из специальных определений права, другой способ указать на справедливость меры, конструкции отношения, толкования, суждения, решения, поведения. В этом определении акцентируется соответствие обсуждаемого явления ожиданиям, вдохновленным положительным началом добра, заключающимся в праве и правовом порядке взаимодействия между людьми. Доверие состоит в отсутствии психологического напряжения в нахождении соответствия, в согласовании ожидаемого и обещанного. Источником обещания – и соответственно адресатом ожиданий – выступает определенное проявление нормативного: сам субъект правового общения, его действия, правоотношение, правовой акт или документ. Уверенность в положительных следствиях, в удовлетворении актуализированных отношением интересов покоится на всеобщем действии нормы, но в рамках данного правоотношения психологически связывается с какой-либо формой ее реализации, с отдельным явлением, которое и наделяется способностью оправдать ожидания.

Акт признания другого предельно рельефно выражен в ритуале спонсии (*sponsio*), древнейшей стипуляции, где словам запроса соответствуют слова ответа. Диалог строится формально (слово за слово), выстраивая участников в качестве необходимых элементов всего действия, от которых зависит его воплощение. Лицом к лицу, обращаясь с высказыванием и воспринимая слова ответа, субъекты диалога

подтверждают значение другого, утверждая значение себя в восприятии другого. Существенным отличием первичной спонсии было содержание обещания: должник (sponsor) обещал объективный факт: «я клянусь, что тебе будет дано 10» (“tibi X dari spondeo”). Объективность обещанного (без указания исполнителя) делала спонсора гарантом исполнения, подверженным личной расправе, и сближала его с заложником исполнения. В этой форме предоставлялось и поручительство за другого – с возможной реализацией в форме заступничества и установления личной власти над основным должником (dependio) – но также с установлением непосредственной личной ответственности за исполнение (все равно, со стороны другого или собственного). Та же объективность обещанного определяла и отсутствие личного подчинения спонсора кредитору до выявления неисполнения: снятие с себя роли личного должника, возведение в роль гаранта определяет момент независимости от кредитора, личной свободы. Эта свобода – прямое следствие объективизации исполнения и абстрагирования, обобщения собственной роли. Формализованное общение формальных субъектов оказывается источником их независимости и соответствующего доверия (признания).

### *§ 7. Доверие и доверительность*

К сказанному имеет непосредственное отношение зафиксированная для самой глубокой древности многофункциональность манципационного ритуала и его способность оформлять отношения доверительности (фидуциарности), когда стороны, казалось бы, обходят непосредственный эффект манципации, достигая иного результата, основанного на соглашении, непосредственно не включенном в формальный акт. Таковы манципационное завещание (testamentum per aes et libram) в его древнейшей форме – mancipatio familiae, фидуциарная манципация (coemptio fiduciaria), к которой прибегает женщина для замены опекуна, а также разнообразные сделки временной и условной передачи собственности, выполняемой в ожидании скорого возвращения вещи собственнику (fidi fiduciae causa).



Первая из этих форм<sup>54</sup> описана Гаем (Gai., 2,104):

*Это дело совершается так: тот, кто делает завещание, в присутствии, как и в других манципациях, пяти совершеннолетних римских граждан и весодержателя, после того как он заполнил таблички с завещанием, манципирует для формы кому-нибудь свою familia; покупатель familia при этом употребляет такие слова ТВОЕ ИМУЩЕСТВО (FAMILIA PECUNIAQUE) [НАХОДИТСЯ] В МОЕМ ВЕДЕНИИ И ПОД МОИМ НАДЗОРОМ (MANDATELAM CUSTODELAMQUE), ЧТОБЫ ТЫ МОГ ПО ПРАВУ СДЕЛАТЬ ЗАВЕЩАНИЕ В СООТВЕТСТВИИ С НАРОДНЫМ ЗАКОНОМ ЧЕРЕЗ ЭТУ МЕДЬ (HOC AERE) и как некоторые добавляют МЕДНЫЕ ЖЕ ВЕСЫ (AENEAQUE LIBRA), ПУСТЬ БУДЕТ КУПЛЕНА (ПРИБРЕТЕНА) МНОЮ; затем ударяет медным бруском по весам и дает этот асс завещателю как бы вместо цены; затем завещатель, держа таблички завещания, говорит так ТАК КАК ЗАПИСАНО В ЭТИХ ТАБЛИЧКАХ, ТАК ДАЮ ТАК ПОСТАНОВЛЯЮ ТАК ЗАВЕЩАЮ И ТАК ВЫ, КВИРИТЫ, ПРЕДОСТАВЬТЕ МНЕ СВИДЕТЕЛЬСТВО; и это называется nuncipatio: nuncipare – это открыто называть, и считается, что именно то, что завещатель специально написал в табличках завещания, то и называется и подтверждается в общем заявлении.*

В древности, по словам Гая (Gai., 2,103), наследник не назначался, и эта процедура не считалась завещанием: наследодатель обременял распоряжениями на случай смерти доверенное лицо – familiae emptor («покупатель семейства»), который оказывался хранителем familia, посредником между наследодателем, который в древности не мог завещать в пользу лица, постороннего для familia (даже собственному эмансипированному из семейства сыну), и ожидаемым новым главой семьи, который, овладев familia и действуя наподобие ее главы в течение года, становился ее признанным господином, pater familias (это так называемое приобретение наследства по давности – usucapio pro herede<sup>55</sup>, загадочный институт,

---

<sup>54</sup> Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право, с.134 сл., 157 сл.

<sup>55</sup> См.: G. Franciosi. 'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio della antica 'hereditas'. Napoli, 1965; G. Corpora. Studi sulla 'pro herede gestio', I. La struttura originaria del: 'gerere pro herede'. Milano, 1987; Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право, с.92, 154.

исчезнувший ко времени Гая – Gai., 2,52-57). Таким образом, покупатель семейства, занимающий в манципационном завещании роль статиста, в древности выступал центральной фигурой сделки *mancipatio familiae*. Соответственно, сам ритуал манципации, который в развитой процедуре служит лишь контекстом для завещания – значимого заявления наследодателя (*lex privata*)<sup>56</sup>, в первичной форме выступал единственным источником искомого правоотношения. Доверительность сделки заключается в том, что посредник получает роль распорядителя всего семейного комплекса (*familia pecuniaque*), что выражено загадочной формулой “*mandatela custodela*”, в которой наряду с идеей охраны и контроля (“*custos*”) слышится и идея распорядительной власти – “*manus*” (*mandatum* – от *manum dare*). Положение временного управляющего (по функции) должно быть настолько сильным (по нормативному действию), чтобы исключить других претендентов на наследство. *Familia* завещателя передана в руки другого лица с тем, чтобы стать недоступной для наследников по закону. Сам «покупатель» наследником не становится, он лишь посредник, введенный с целью обеспечить переход семейного комплекса выбранному наследодателем лицу (скорее всего, эмансипированному сыну). Разрыв между функцией и нормативной ролью определяет доверительный характер этой сделки. Такая характеристика не противоречит тому, что *familia* не отчуждается полностью и окончательно: вместо заявления «*MEUM ESSE AIO* (заявляю, что это мое)» «покупатель» говорит лишь о контроле, – тем не менее, само наименование акта (“*emptio*” – в древности «приобретение») и эффект процедуры, исключающей наследование по закону, отмечают объем оказанного доверия.

Манципация семейства – особая сделка, она формально отличается от обычной манципации и классифицируется, как мы видели, Элием Галлом (а скорее, его более

---

<sup>56</sup> На что прямо указано в словах завещателя: «ЧТОБЫ ТЫ МОГ ПО ПРАВУ СДЕЛАТЬ ЗАВЕЩАНИЕ В СООТВЕТСТВИИ С НАРОДНЫМ ЗАКОНОМ». Закон XII таблиц VI, 1 (*CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMVE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO* – «КОГДА СОВЕРШАЕТ РИТУАЛ NEXUM, КАК ТОРЖЕСТВЕННО ЗАЯВИТ, ТАК ДА БУДЕТ ПРАВОМ») наделял силой волеизъявление, сделанное в контексте акта с медью и весами – *lex mancipi*. Нормативное значение заявления наследодателя выражено и в словах завещания: *ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR*, где *LEGO* (*legare* от *legem dare*) в свою очередь восходит к Закону XII таблиц V,3 (*UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO* – «КАК РАСПОРЯДИТСЯ О СВОЕМ, ТАК ДА БУДЕТ ПРАВОМ»). Подробнее см.: *Дождев Д.В.* Римское архаическое наследственное право, с.126 слл.



древним источником) как третий вид *nexum*, наряду с уже знакомыми нам *nexi datio* и *nexi liberatio*.

Однако и обычная манципация (*nexum*) может отличаться по функции от стандартной и использоваться с самыми разнообразными целями. Такие сделки, собственно, и именуются фидуциарными. Соглашение, которое в таком случае оформляет ритуал с медью и весами, впоследствии стало рассматриваться как особый вид сделок – *fiducia*. Гай (Gai., 2,60) выделяет две функции фидуции: с кредитором и с другом – залог (*fiducia cum creditore*) и поклажу (*fiducia cum amico*). При этом форма сделки во всех случаях одинакова, как и ее эффект: возникает обязательство, требование по которому защищено особым иском – *actio fiduciae*, одним из древнейших исков по доброй совести (*bonae fidei iudicia*). Такой иск мог возникнуть только в рамках преторской юрисдикции. В древности следует предполагать использование процедуры *per legis actionem*<sup>57</sup>. Обязанность вернуть вещь возникает из договора, причем для первичной конструкции сделки следует предполагать обязательственное действие ритуала с медью и весами (собственно, *nexum*, *nexi datio* в классификации Элия Галла). Такое действие определялось особыми словами в формуле заявления получателя вещи по манципации: “*fidei fiduciae causa*”, которые донес до нас документ II в. н.э. – *formula (tabula) Baetica*.<sup>58</sup> Напрасно В. Эрбе<sup>59</sup> сомневается в древности этой формулы (в более раннем документе фидуциарной манципации из Помпей I в. н.э. она отсутствует)<sup>60</sup>, связывая фидуциарный момент с

---

<sup>57</sup> Крупнейшие исследователи римского процессуального права допускали существование особой *legis actio fiduciae*: O. Lenel. *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927. S. 291-295; G. Grosso. *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, Annali dell'Università di Camerino, 3, 1929. p. 81 sqq; H. Kreller. *Formula fiduciae und Pfandedikt*, ZSS, 62, 1942. S. 143 sqq. Имеется в виду известная уже в XII таблицах форма посредством назначения третейского судьи – *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* (Gai., 4,17 a), но возможна и процедура *lege agere sacramento in personam*.

<sup>58</sup> C. Bruns. *Fontes iuris romani antiquae*. 6 ed. Friburgi et Lipsiae, 1893, p. 334. На этом основании уверенно реконструируются тексты Дигест, где первоначальный термин “*fiducia*” заменен компиляторами: D. 13,7,8 pr (*quem [pignoris] <fiduciae> causa <mancipio> acceperim*); 44,7,16 (*fundum vel hominem [pignoris] <fiduciae> causa ei [tradiderat] <mancipio dedit>*); 23,3,50,1 (*cum fundum Cornelianum [pignoris] <fiduciae> causa tibi [tradidissem] <mancipio dedissem>*), что находит подтверждение и в текстах «Институций» Гая, свободных от интерполяций: Gai., 2,220 (*eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dedit*); 3,201 (*debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit*)

<sup>59</sup> W. Erbe. *Die Fiduzia in römischen Recht*. Weimar, 1940. S. 5.

<sup>60</sup> Сегодня этот аргумент опровергнут. В архиве Сульпициев из Путеол (51 г. н.э.) представлено несколько документов с этой формулой (TPSulp. 85-87). Публикацию см.: G. Camodeca. *Tabulae Pompeianae*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I-II. Roma, 1999, p. 195 sq.

actum fidei iuratae – дополнительным соглашением, сопровождавшим манципацию: пакт предусматривал полномочие фидуциария (залогодержателя) на отчуждение залога в случае неисполнения основного обязательства<sup>61</sup>, исковое же требование о возвращении вещи (защищенное actio fidei iuratae) из пакта не возникает (D. 2,14,7,4-5), для этого требуется более сильное основание. Цицерон непосредственно связывает fides, управляющую отношением сторон, с эффектом манципации (Cic., top., 10,41): «... haec mancipatio fidei iurata nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur (такая манципация именуется фидуциарной потому, что в ней заключено доверие, что полученное будет возвращено)».

Сходным образом, ритуал coemptio – поступления во власть мужа посредством меди и весов – может заключаться фидуциарно (fidei iuratae causa) с целью снятия опеки или получения права составлять завещание (Gai., 1,115 a), как информирует Гай (Gai., 1,114):

*Коэмпцию же женщина может заключить не только со своим мужем, но и с посторонним. Поэтому говорят, что коэмпцию можно совершать или в связи с браком, или фидуциарно... например, для снятия опеки... 115. Она такова: если какая-либо женщина хочет сместить своих опекунов и получить другого, она с одобрения этих опекунов совершает коэмпцию; затем, будучи реманципирована коэмпционатором тому лицу, какому она сама пожелает, и будучи отпущена ритуальным жезлом на волю, она получает в опекуны того, кто ее отпустил; и его называют фидуциарным опекуном....*

Здесь используется комбинация из нескольких ритуалов (изобретенная понтификами, как и процедура эмансипации – Gai., 1,132), основанная на том, что отпущение на волю из подвластного состояния (in mancipio) автоматически ставит отпущенницу в положение подопечной, потому что самостоятельная женщина (sui iuris) по римскому праву всегда находится под опекой. Для того чтобы попасть в

---

<sup>61</sup> Что признает и сам Эрбе: W. Erbe. Op. cit., S. 18.

подвластное положение, женщина использует единственный доступный ей способ – переход во власть мужа (*conventio in manum*), но в данном случае не с мужем, а с посторонним. Очевидно, доверенное лицо получает над женщиной подлинную власть (*manus*), в противном случае манципация в пользу будущего опекуна была бы невозможна. Доверие (*fides*) действует помимо ритуала, очевидно, никак не отражаясь на его основном эффекте – установлении личной власти. Сходным образом, манципация в пользу будущего опекуна также совершается с особой модальностью – “*ut manumittatur*” (с целью последующего отпущения на волю) – и тоже является фидуциарной. Получая эффективную власть над женщиной (*in mancipio*), этот участник процедуры также связан доверием. Женщина дважды меняет статус, достигая искомого результата. Очевидно, все происходит очень быстро, и участники (включая и прежних опекунов) сознают, какие акты они поставили на службу своим целям. Эта игра статусами демонстрирует полное подчинение нормативной силы ритуала волевым решениям людей. При этом связи, которые между ними складываются в этом общении – доверие (*fides, fiducia*) и сотрудничество – отрицают нормативное действие используемых ритуалов (подчинение, умаление статуса), однако искомое правовое положение женщины достижимо только через ритуальные формы, так что вся процедура демонстрирует инструментальное положение ритуала, как и тех форм общественной организации – личных статусов, которыми ритуал управляет.

Указанное отличие эффекта древнейшего ритуала с медью и весами от иных форм взаимодействия, представлявших долг как подчинение обязанного лица, открывает, как представляется, путь к эвристичной интерпретации древней *fides*. С позиций, развиваемых в этой монографии, всякая личная зависимость, несвобода выступает естественным следствием отступления от правового принципа равенства, который только и может быть способом и формой свободы в общественных отношениях. Напротив, даже первичные и несовершенные формы обеспечения независимости сторон, откладывавшие наступление личного подчинения и закабаления как естественного первичного эффекта обязанности, – означают присутствие в отношении

пусть неразвитого, зачаточного, но правового начала, которое уже самим фактом дистанцирования участников отношения привносит момент независимости, определяющий некоторую сферу свободы каждого. Существенно не упускать из виду, что кредитор, получающий личную власть над должником, не достигает искомого результата и испытывает поражение ожиданий, сходное с несчастной судьбой неисполнительного должника. Здесь можно усматривать ту диалектику отношений и соответствующих понятий, которая была уловлена Безелером в рассуждении о единстве доверия, подчинения и ответственности. Кредитор несет всю тяжесть неисполнения, поскольку именно он предварительно пошел на расходы, сделав вклад в общее дело обязательственного отношения, и остается неудовлетворенным. Страдания должника – побочный продукт этого нарушения баланса отношений (эквивалентности), нарушения доверия (коварства), неправды и несвободы. Доверие как возложение осуществления собственных интересов на другого, допущение участия другого в собственных делах предполагает наделение другого определенной частью собственной личности (в ее социальном измерении), признание другого, его возведение на уровень собственного положения и статуса. Этот момент признания воплощается уже в диалоговой форме сделки, но может сопровождаться и выдачей знака личности (медного бруска), который не просто оказывает на должника (находясь у него на шее) психологическое давление, не просто подчиняет его личность интересам кредитора, но и наделяет его в определенной мере ролью кредитора, передает в его руки частицу личности контрагента.

Обращает на себя внимание обмен сущностями в их формальной ипостаси, выделение из структуры личности некоего формализованного фрагмента, который может быть предметом обмена, временного доверительного предоставления другому и в то же время – стимулятором и инициатором активизации той сферы личности, которая призвана участвовать в гражданском общении, быть субъектом оборота. Абстрактный и всеобщий характер этой стороны личности является продуктом социального, общепризнанного авторитета, конституированного вместе с самой гражданской общностью, и может получить социальное существование (признание) в

качестве руководящего начала, принципа и нормы, определяющей поведение членов гражданского коллектива, которые – в свою очередь – обретают в нем признание и защиту. Обожествление Fides (храм божеству с таким именем освящен в 250 г. до н.э. – Cic., de nat. deor., 2,61) отвечает устойчивой апелляции к ней в договорах и сделках, в суждениях о критерии поведения патрона, опекуна, супруга, должника и кредитора, и даже в международных договорах.

### § 8. *Fides в договорах, сделках и судебных исках*

Первый договор Рима с Карфагеном (509 г. до н.э.), древность которого заставляет отнести действие обсуждаемого принципа в эпоху становления средиземноморского торгового койнэ (IX-VIII вв. до н.э.), содержит прямую ссылку на общественный авторитет fides как признанного публичного гаранта ожиданий стороны, исполнившей торговую сделку в кредит. Текст договора дошел в труде Полибия, который выполнил перевод на греческий с латыни, после консультаций со знающими людьми (Polyb., 3,22,4 и 9-12):

*Быть дружбе между римлянами и союзниками и карфагенянами с союзниками на нижеследующих условиях...*

*(9-12) Явившиеся в порты по торговым делам не могут совершить никакой сделки иначе, как при посредничестве глашатая или писца. В отношении всего того, что в присутствии этих свидетелей будет продано в Ливии или в Сардинии, продавец будет пользоваться публичной fides. Если кто из римлян явится в подвластную карфагенянам Сицилию, то во всем будет пользоваться одинаковыми правами с карфагенянами...*

Комментируя текст закона, Полибий (ibid., 3,23,4) говорит, что карфагеняне ручаются в отношении римских купцов, прибывших на карфагенскую территорию,

«обеспечить на основе публичной fides каждому его право на основе fides (τὸ δίκαιον ὑπισχυοῦνται βεβαιώσσειν πίστει)». Такой комментарий исключает трактовку fides publica как публичной достоверности акта, подтвержденной рыночными надзирателями, довлеющую над большей частью доктрины<sup>62</sup>. Она не только модернизирует ситуацию, но и противоречит данным источника: соблюдение формальностей требуется от римлян только на Сардинии и в Ливии, тогда как на Сицилии и в Карфагене им гарантируются равные с карфагенянами права (ἴσα ἔστω τὰ Ρωμαίων πάντα). Договор призывает купцов соблюдать формальности при заключении сделок, гарантируя их защиту<sup>63</sup>.

Широкую нормативную трактовку fides в этом тексте подтверждают слова Аристотеля, знакомого с договором этрусков (в Риме тогда еще правила этрусские цари) и карфагенян (Arist., Pol., 3,9,10-12 1280 a-b)<sup>64</sup>:

*Государство возникает не ради того только, чтобы жить, но преимущественно для того, чтобы жить счастливо; в противном случае следовало бы допустить также и государство, состоящее из рабов или из животных, чего в действительности не бывает, так как ни те ни другие не оставляют общества, стремящегося к благоденствию всех и строящего жизнь по своему предначертанию. Равным образом государство не возникает ради заключения союза в целях предотвращения возможности обид с чьей-либо стороны (ἀδικῶνται), также не ради взаимного обмена товарами и услугами (ἀλλαγή); иначе этруски и карфагеняне и вообще все народы, объединенные заключенными между ними торговыми договорами*

---

<sup>62</sup> M. David. The Treaties between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law, in: Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes J.C. van Owen dedicatae. Leiden, 1946. p. 231 sqq; 237 sq; G. Gandolfi. Un documento del diritto internazionale antico: il primo trattato fra Roma e Cartagine (VI sec. a.C.), in: Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano. Milano, 1960. p. 323 sqq; 339; U. Karstedt. Σύμβολη, σύμβολον, RE, IV, A 1. Stuttgart, 1931. col. 1088 sq; F. Pringsheim. The Greek Law of Sale. Weimar, 1950. p. 134 sq; L. Gernet. Sur l'obligation contractuelle dans la vente hellénique, RIDA, II, 1953. p. 230 sqq; 234.

<sup>63</sup> См. убедительную интерпретацию: L. Capogrossi Colognesi. In margine al primo trattato con Cartagine, in: Studi Volterra. Vol. 5. Milano, 1971. p. 171 sqq; 183 sq.

<sup>64</sup> Аристотель неоднократно обращается к политическому устройству Карфагена в «Политике» (Pol., 2,11 1272b-1273b; 4,7 1293b; 5,7 1307a; 5,12 1316b) и в «Никомаховой этике» (Eth. Nic., 10,10 1181b). Об источниках Аристотеля см.: J. Aubonnet. Aristote, Politique I-II. Vol.I. Paris, 1960. p. 89 sq.



(σύμβολα), должны были бы считаться гражданами одного государства (ἄν πολῖται πόλεως).

11. Правда у них существуют соглашения о ввозе и вывозе товаров (συνθήκαι περὶ τῶν εἰσαγωγῶν), имеются соглашения с целью предотвращения взаимных недоразумений (ἀδικεῖν) и есть письменные постановления касательно военного союза. Но для осуществления всего этого у них нет каких-либо общих должностных лиц, наоборот, у тех и других они разные; ни те ни другие не заботятся о том, какими должны быть другие, ни о том, чтобы кто-нибудь из состоящих в договоре не был несправедлив, чтобы он не совершил какой-либо низости; они пекутся исключительно о том, чтобы не вредить друг другу...

12. ...Не образовалось бы государство и в том случае, если бы люди, живущие отдельно друг от друга... установили законы, запрещающие им обижать друг друга при обмене; если бы, например, один из них был плотником, другой – земледельцем, третий – сапожником, четвертый – чем-либо иным в этом роде и хотя бы их число доходило до десяти тысяч, общение их все-таки распространялось бы исключительно лишь на торговый обмен (ἀλλαγή) и военный союз.

Пафос мыслителя, ориентированного на выявление принципа политического и правового единства, не должен затемнять ту информацию, которую он сообщает о торговых соглашениях Рима и Карфагена, исключающих неправомерное поведение (неправду – ἁδικία). Недопустимость низости и причинения вреда в отношениях обмена (ἄλλαγή – аналог лат. permutatio, мены) соответствует идее подавления fraus как антипода fides и включает нас в круг традиционных представлений, управляющих социальным взаимодействием в архаическом обществе и уже насыщенных правовым измерением.

Конкретная юридическая ситуация, упоминаемая в договоре – одностороннее исполнение одного из взаимных обязательств (ἀποδίδομαι не обязательно «продавать»),



но именно «исполнить первым»<sup>65</sup>) – ставит вопрос о степени казуистичности нормы и соответствующем понимании *fides*.

Обеспечение договора купли-продажи выражено в тексте договора двумя фразами, одна из которых говорит о признании (ἔστω τέλος) в общих словах (точнее, об отказе в признании в случае несоблюдения предписанных формальностей), другая – употребляет термин δημοσία πίστις (*fides publica*, скорее *populi*) и адресуется продавцу (опять же в случае соблюдения формальностей). Комментарий Полибия содержит иную терминологию, указывая на обеспечение права (τό δίκαιον) на основе *fides*. Последнюю попытку подобрать к словам закона латинскую юридическую терминологию предпринял Д. Нерр<sup>66</sup>. Первая фраза могла бы соответствовать типичному для XII таблиц обороту ITA IUS ESTO, однако слово «право» представлено только в комментарии Полибия, но не в самом тексте договора. Немецкий исследователь предполагает латинский эквивалент “*auctoritas*”, вкладывая в термин крайне узкий (традиционный для немецкой доктрины) смысл – «гарантия продавца от эвикции»<sup>67</sup>. Нерр исходит из того, что первая фраза договора защищает покупателя, а вторая продавца, считая структуру нормы совершенно прозрачной. Фраза об ἔστω τέλος в восстановленном латинском тексте звучала бы так: “*Venientibus ad commercium auctoritas ne esto praeter praesonem scribamve* (прибывшие по торговым делам получают гарантию только, если сделка будет заключена при участии глашатая и писца)”<sup>68</sup>. Во второй фразе представлено развернутое описание эффекта соблюдения

---

<sup>65</sup> Обоснование см.: V. Marotta. Tutela dello scambio e commerci mediterranei in eta arcaica e repubblicana, Ostraka, 1996, 5. p.17 sq.

<sup>66</sup> D. Nörr. Aspekte, cit. S. 102 sq; 145 sq; Id. *Fides Punica – Fides Romana*. Bemerkungen zur “*demosia pistis*” im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike, in: Il ruolo della buona fede oggettiva. Vol. II, p. 497 sqq.

<sup>67</sup> D. Nörr. *Fides Punica – Fides Romana*, cit. S. 522. Имеются в виду работы М.Казера, на которые прямо ссылается Нерр. В науке давно установилось более широкое и обобщенное толкование термина (что больше отвечает его древности), опирающееся на этимологию от *auctor* (действующее лицо): «способность распоряжаться», и от *augeo* (наделять, наполнять силой): «власть». См.: L. Amirante. Il concetto unitario dell’“*auctoritas*”, in: Studi Siro Solazzi. Napoli, 1948. p. 375 sqq; ; A. Magdelain. *Auctoritas rerum*, RIDA, 5, 1950, p.140 sqq; F. De Visscher. Le role de l’“*auctoritas*” dans la “*mancipatio*”, in: Nouvelles études de droit romain public et privé. Milano, 1949. p.175 sqq; R. Santoro. Potere ed azione nell’antico diritto romano, AP, 30, 1967, p.381 sqq.

<sup>68</sup> В этом случае следовало подобрать латинскую фразу, выдержанную в положительном ключе (“*auctoritas esto*”), тогда как предлагаемая Нерром отрицательная “*auctoritas ne esto*” не имеет аналогов и должна быть исключена. Возможна реконструкция с оборотом AETERNA AUCTORITAS ESTO («вечная власть»), как в законе XII таблиц, устанавливавшем отсутствие релевантного эффекта отчуждения в пользу чужестранца (ADVERSUS HOSTEM), указывая, конечно, не на гарантию от эвикции на вечные времена (ничтожная сделка

предписанных формальностей: возникает долг в пользу продавца на основе публичного доверия.

Однако терминология Полибия предполагает не обсуждение отдельных этапов торговых сделок и возникающих из них конкретных прав сторон, но общие условия признания сделок действительными. Договор устанавливает определенную форму, которая влечет публичное признание сделки и ее эффекта – защиту стороны, исполнившей первой. Эффекта не будет, если форма нарушена. Если соблюдена – будет. Все три фразы (две в тексте договора, одна в комментарии) выражают одно и то же: действительность сделки при соответствии официальным требованиям (βεβαίωω – укреплять, упрочивать, подтверждать):

- «обеспечат право на основе доверия» – τὸ δίκαιον ὑπισχυοῦνται βεβαίωσειν πίστει (3)
- «продавцу будет следовать публичное признание долга» – δημοσία πίστει ὀφειλέσθω τῷ ἀποδομένῳ (2)
- «наделается признанием (силой)» – ἔστω τέλος (1).

В этом контексте ἀποδίδομαι не может указывать на определенную сторону договора (продавца). Речь идет не о гарантии уплаты цены, а о признании сделки в целом и наделении силой ее эффекта. Сама хрестоматийность рассматриваемого правоотношения исключает его казуистическую, ситуативную трактовку: на решении вопроса обеспечения встречного предоставления строится вся торговля; в возможности положиться на покупателя, что он оплатит поставленный товар (или – на продавца, что он поставит оплаченный товар), и заключается кредит. Латинский эквивалент ἀποδίδομαι восстанавливается вполне уверенно – *venum dare*. В отличие от описательных, более общих терминов ποιέω и πολέωσσω значением «торговать»<sup>69</sup>, здесь

---

не может давать никакого эффекта, в том числе и гарантийного), но на сохранение права за отчуждателем. *Auctoritas* в этом значении указывает на распорядительную власть и способность преследовать вещь повсюду, вопреки заключенной сделке.

<sup>69</sup> Ср. обобщение во втором договоре с Карфагеном (Polyb., 3,24,12):

«В той части Сицилии, которая подвластна карфагенянам, а также в Карфагене римлянину наравне с гражданином предоставляется совершать продажу и всякие сделки». Пер. по изд.: *Полибий*. Всеобщая история.

употреблен технический термин<sup>70</sup>, но «продавать» – вторичное его значение, которое и вводит в заблуждение Полибия (и современного немецкого исследователя). Так XII таблиц именуется манципация, прибегая к термину “*venum dare*” (ср. XII tab., IV 2: SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, «ЕСЛИ ДОМОВЛАДЫКА ТРИЖДЫ МАНЦИПИРУЕТ ПОДВЛАСТНОГО СЫНА»)<sup>71</sup>. Известно, однако, что термины *vendere* («продавать») и *emere* («покупать») в древности имели более широкий смысл: «отчуждать» и «приобретать», «получать» (“*accipere*”)<sup>72</sup>. Эти значения восходят к более широкому эффекту манципационного ритуала, который был и способом отчуждения (переноса права собственности или власти над лицами), и способом установления гарантийных отношений (*auctoritas*) и обязательств (*noxium*). В пользу такого понимания говорит и глагол ὀφειλέω, «быть должным», употребленный в договоре 509 г. до н.э. в том же контексте<sup>73</sup>. В эпоху, когда обязательственная сделка купли-продажи еще не сложилась, оформление отношений с помощью ритуала обеспечивало сторонам все искомые гарантии<sup>74</sup>. Вполне вероятно, что в первом договоре с Карфагеном имелась в виду не сама манципация, а ее международный

---

Т. 1. СПб.: «Наука», 1994 [по изд.: Полибий. Всеобщая история. Пер. с греч. Ф.Г. Мищенко. В 3-х т., 40 кн. М.: А.Г. Кузнецов, 1890-1899]. С.279.

<sup>70</sup> Термины дополнены друг к другу: в аттическом диалекте в формах будущего времени и аориста употребляется ἀποδόσομαι.

<sup>71</sup> Гай (Gai., 1,113) называет манципацию “*imaginarie venditio*” (символическая продажа), имея в виду отнюдь не типичный обязательственный эффект классического договора купли-продажи, а внешние формы ритуала манципации, будто имитирующие куплю за наличные.

<sup>72</sup> Pomp., 18 ad Q. Mus., D. 40,7,29,1: “...*lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur (считается, что закон Двенадцати таблиц обозначал словом “купля” всякое отчуждение)...*”; Fest., p.332 L (s.v. *redemptores*): *Nam antiquitus emere pro accipere ponebatur: at hi nunc dicuntur redemptores, qui quid conduxerunt praebendum utendumque (Ибо в древности emere («покупать») употреблялось в значении accipere («получать»); и теперь редемпторами называются те, кто что-нибудь арендовали для предоставления или использования); Paul. ex F., p.66 L: emere antiqui accipiebat pro sumere (древние понимали “emere” в смысле «брать», «приобретать»); Ibid., p.4 L (s.v. abemito): emere... antiqui dicebant pro accipere.*

<sup>73</sup> Нерр предлагает в качестве эквивалента ὀφειλέσθω – латинское DAMNAS ESTO. Представляется более близким и уместным “*obnoxius esto (manebit)*”. Так, Павел (PS. 2,17,1) прибегает к этой древней терминологии, чтобы указать на обязанность продавца гарантировать покупателя от эвикции (*auctoritas*): “*Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius (продавец, если он не собственник той вещи, которую продал, останется ответственным по auctoritas)*”.

<sup>74</sup> Для понимания поливалентности манципации существенно, что отношения между сторонами сохранялись и после исполнения (*usus auctoritas*), поскольку дефекты приобретенного права могли выявиться лишь впоследствии (Cic., pro Saec., 26,74: см. Дождев Д.В. Основание защиты владения, с. 129 слл.). Даже безупречный акт отчуждения нуждался в дополнительной корректировке в рамках относительных правоотношений, которые получают больший вес в ситуации неправомерного отчуждения. В этом смысле логично признание первоначально относительного действия манципации: F. Leifer. Altrömische Studien, IV. Mancipium und auctoritas. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, ZSS, 56, 1936. S.137-235; 57, 1937. S.112-232.

эквивалент (также требовавший строгого распределения ролей сторон и участия формальных посредников), однако Полибий обнаружил в тексте договора термин, который в римской традиции непосредственно указывал на манципацию. Сходным образом, *fides publica* (*populi*), упоминавшаяся в договоре, должна была иметь соответствие в нормативной реальности древнего Рима. Договор дает сторонам публичное признание возникающих обязательств (гарантию встречного предоставления). Если текст договора и содержал термин *auctoritas*, то также в самом широком значении утверждения сделки, наделения ее силой и признания распорядительных правомочий за сторонами (в ситуативном смысле – за отчуждателем, *auctor*)<sup>75</sup>. Норма договора не наделяет исполнившую сторону особым правом на встречное предоставление, а напротив, налагает на нее обязанности, продолжающиеся и после исполнения. Стороны, вступившие в сделку официально признанным образом, остаются связанными друг с другом на основе публичной гарантии (*fides*) возникающих взаимных обязательств. Эта гарантия имеет то следствие, что обеспечивает и приобретателя правом, опирающимся на предписанную обязанность отчуждателя (*auctoritas* – в допустимом более узком, техническом значении).

К свидетельству первого договора Рима с Карфагеном примыкает и группа текстов, зафиксировавших традиционную связь *fides* с правилами перехода права собственности на проданный товар<sup>76</sup>.

J.2,1,41: “... [*res*] *venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignori dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri* (проданная же и переданная вещь приобретается

---

<sup>75</sup> Единство смысла заставляет предполагать в первой фразе *ita ius esto* (*quod apud praekonem scribamve factum erit*), со значением общего признания (*τέλος*), а не специально-технической *auctoritas* (тем более во вторичном значении гарантии от эвикции). Этот эффект может быть выражен и в понятиях *fides*, но с указанием на всеобщий авторитет (*publica, populi*). Именно публичный (официальный) масштаб *fides* (гарантии и признания) исключает одностороннее понимание второй фразы как обеспечение уплаты цены, а первой – в смысле гарантии от эвикции.

<sup>76</sup> См.: Дождев Д.В. Добросовестность как правовой принцип, с. 121 слл.

*покупателем только в том случае, если он уплатит продавцу цену или даст ему обеспечение иным образом, например, предоставив поручителя или залог. Это предусматривается даже законом XII таблиц, однако правильно говорят, что этого требует и всеобщее, то есть, естественное право. Но и в том случае если тот, кто продал, положится на fides покупателя, следует сказать, что вещь сразу же становится собственностью покупателя)”.*

Pomp 31 ad Q.Muc. D. 18,1,19: *“Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione (То, что я продал, становится собственностью получившего, не иначе как если нам уплачена покупная цена, или с его стороны дано обеспечение, или даже если мы имеем доверие к покупателю без всякого обеспечения).”*

“Fidem emptoris sequi” стоит в одном ряду с уплатой цены или предоставлением поручительства как условие перехода собственности на переданный покупателю товар. До получения цены продавец, передавший товар, находится в уязвимом положении; отказ закона признать право собственности на полученный товар у покупателя до уплаты цены обеспечивает продавцу осуществление его ожиданий. Такое регулирование отношений купли-продажи известно греческому праву на всем протяжении его истории<sup>77</sup>, однако в Риме следовали более развитому различению обязательственных и вещных прав: собственность переходит к покупателю в момент передачи товара в исполнение действительного договора купли-продажи, тогда как требование об уплате цены рассматривается как обязательственное и адресуется покупателю как должнику, а не как к лицу, получившему выгоду по сделке приобретения. Отказ заплатить цену не ведет к утрате покупателем товара, но делает его ответственным за убытки продавца как кредитора (включая упущенную выгоду). Приведенная норма долгое время считалась интерполированной византийскими

---

<sup>77</sup> При согласии продавца отсрочить уплату цены оформлялся заем. *F. Pringsheim. The Greek Law of Sale. Weimar, 1951. S. 121 sqq; P. Millet. Sale, credit and exchange in Athenian law and society, in: P. Cartledge, P. Millet, S. Todd. ‘Nomos’: Essays in Athenian Law, Politics and Society. Cambridge, 1987, p. 185 sqq.*

составителями «Институций» и «Дигест»<sup>78</sup>. Сегодня ее признают подлинным воспоминанием о первичном регулировании купли-продажи (включая ссылку на XII таблиц)<sup>79</sup>. Признание подлинности правила об уплате цены предполагает общую историю развития торговых отношений для всех античных народов, но применительно к римскому праву ставит вопросы о переходе к более развитому режиму и возможных переживаниях предполагаемого древнего порядка. Остается, однако, неясным, какой смысл мог вкладывать в эту норму Кв. Муций в конце II в. до н.э. и тем более Помпоний (юрист II в.). «Довериться» покупателю, кредитовать ему покупную цену, положиться на его верность договору, – при любом из возможных значений выражения “*fidem emptoris sequi*” норма теряет смысл: невозможно одновременно исключать переход собственности на покупателя и допускать его. Исследователь оказывается перед смешением двух различных оснований: правового (предполагающего эквивалентный обмен) и этического (допускающего доверительность отношений), подобно Аристотелю.

Аристотель (в «Никомаховой этике» 1162b 26-31), говоря о дружеских отношениях для выгоды (в отличие от дружбы для удовольствия) проводит различие между сделками, основанными на доверии, и сделками, в которых взаимные предоставления строго определены. В первом случае отношения моделируются, исходя из нравственных обязанностей сторон, тогда как во втором – из правовых. Несоразмерность, присущая первым, делает исчисление встречных предоставлений (и уступок) зависимым от субъективной оценки благодеяния (его выгоды для получателя и тягости для дающего), тогда как объективная эквивалентность предоставлений, свойственная дружеским отношениям по закону, исключает разногласия и упреки<sup>80</sup>. Среди отношений, допускающих смешение двух оснований, когда одна сторона исходит из нравственного характера полученного

---

<sup>78</sup> Подробности и литературу см.: *Дождев Д.В.* Основание защиты владения, 111 слл.; *D. Dozhdev.* “*Fidem emptoris sequi*”: Good Faith and Price Payment in the Structure of the Roman Classical Sale, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva*, vol. I. p.551 sqq.

<sup>79</sup> Удачное обобщение см.: *R. Zimmermann.* The Law of Obligations, 273 ss.

<sup>80</sup> *Arist., EN, IX 1162b 21-25:* «Видимо, подобно тому, как право бывает двух видов – одно писанное, а другое по закону, так и в дружбе, основанной на соображениях выгоды, различаются дружба нравственная и дружба по закону. Поэтому больше всего разногласий возникает, когда стороны расторгли отношение, имея в виду не ту дружбу, с которой они его установили».



(воспринимая его как благодеяние, не требующее щепетильной отплаты), а другая рассчитывает на встречный эквивалент, мыслитель приводит лишь один пример: отсрочку платежа. Отсрочка подчиняется дружеским, а не правовым принципам, так что можно говорить о доверии, нарушение которого (в отличие от кредитного обязательства) не санкционировано (Arist., EN, IX 1162b 26-31):

*Отношения по закону – это отношения на оговоренных условиях, либо торговые – из рук в руки, либо более свободные в отношении срока – при соглашении о том, что кому следует. В этом виде отношений обязательства сторон не вызывают разногласий, отсрочка же дается на дружеской основе. Поэтому кое-где такие случаи не относят к праву, но с нарушениями мирятся, раз заключили сделку на основе доверия.*

Далее мыслитель (EN 1164b 12-15, а также в написанной ранее «Большой этике» EE 1243a 2-19) сообщает о том, что в некоторых местах (государствах) даже запрещено судебное преследование в случае нарушения подобного доверия: ведь в дружеских отношениях судебное разбирательство неуместно. Сходным образом Платон в «Законах» (849 e) говорит об отсутствии иска при кредитовании цены и необходимости смириться с возможным нарушением, а в «Государстве» (556ab) называет отсутствие судебной защиты соглашений “вторым благом” идеального общественного устройства (первое – упразднение частной собственности).

Однако Теофраст, ученик Аристотеля, специально изучавший право многих греческих государств, свидетельствует, что подобные установления, помимо идеального проекта Платона, известны только в законах Харонда, легендарного законодателя Катании (Stob., 44, fr. 22, 8)<sup>81</sup>. Таким образом, слова Аристотеля о «некоторых [государствах]» оказываются риторическим преувеличением: речь идет не об исторически зафиксированной практике, а об идеальных, мифических построениях. Отсутствие судебной защиты кредитных отношений выводится из их дружеской природы, а не доказывает ее.

---

<sup>81</sup> Cfr. F. Pringsheim. The Greek Law of Sale, p. 137; R. Martini. Fides e pistis in materia contrattuale, in: Il ruolo della buona fede oggettiva. Vol. 2. p. 446.



Связь отсрочки платежа с *πίστις* у Аристотеля на этическом основании (как и включение этого сюжета в контекст рассуждений о дружбе) противоречит торговому характеру описываемых отношений, а также вынужденно выделяемому виду дружбы – дружбы ради выгоды, самому по себе противоречивому. Подлинное разделение проходит не между видами дружбы, а между эквивалентными предоставлениями, основанными на правовом принципе, и благодеянием, воздаяние за которое следует на этическом основании. Мыслитель и сам приходит к такому заключению, говоря о недоразумениях, связанных с дружескими подношениями (EN VIII 1162b in fin):

*Это происходит потому, что хотя все или большинство желают прекрасного, выбор свой останавливают все-таки на выгодном. Между тем прекрасно само по себе делать добро, а не с тем, чтобы получить воздаяние; что же касается принятия благодеяний, то оно выгодно, [а не прекрасно].*

Сходным образом, господствующая трактовка децемвиральной нормы об уплате цены при купле-продаже исходит из идеи доверия как этического, а не правового явления, рассматривая отсрочку по уплате цены при купле-продаже в качестве отступления от требований юридической формы. Такой взгляд опровергается сведениями первого договора Рима с Карфагеном, в котором временной разрыв между осуществлением встречных предоставлений предстает типичным (и основным) предметом регулирования. Публичный характер предусматриваемой в тексте защиты предполагает юридикацию возникающих отношений. «Доверие» здесь возведено в правовой принцип. Такое же значение *fides* получает в контексте “*fidem emptoris sequi*”, поскольку речь идет о нормативном явлении и «доверие» приравнивается к юридически релевантным актам (уплате, поручительству), нацеленным на достижение правового результата. Принципиальное отличие суждения одного из основателей римского права, Кв. Муция, от великого философа именно в том<sup>82</sup>, что правовой

---

<sup>82</sup> Вполне допустима зависимость Кв. Муция от рассуждения Аристотеля: противопоставляя развитое римское право купли-продажи греческому, юрист ведет и скрытую полемику с этическим пониманием доверия; в рамках нормативных задач «доверие» (*fides*) получает значение правового принципа. В этом случае зависимость перехода права собственности от уплаты цены оказывается среди отрицаемых (и неизвестных римскому праву) явлений. В эпоху высокой классики Цельс прибегает к выражению “*fidem sequi*”, чтобы

подход способен согласовать «доверие» и юридические гарантии в ряду действенных обеспечений правомерных ожиданий, интегрируя *fides* в систему отношений, построенных на эквивалентном обмене («на выгоде»).

Возможно и большее содержательное сближение “*fidem emptoris sequi*” с “*fides publica (populi)*”. Норма закона XII таблиц, вслед за Безелером, нередко интерпретируется в том смысле, что в зависимость от уплаты цены или поручительства ставился не переход собственности, а возникновение на стороне отчуждателя ответственности за эвикцию – *auctoritas*<sup>83</sup>. Есть основания предполагать, что одно авторитетное суждение П. Рутилия Руфа, старшего современника и друга Кв. Муция устанавливало зависимость между *auctoritas* – в более широком значении распорядительной власти, источника и гарантии производного положения приобретателя – и уплатой цены (*Vat.Fr.*, 1: *constitutio Rutiliana*)<sup>84</sup>. В этом контексте “*fidem emptoris sequi (habere)*” раскрывает свое первичное значение как «пользоваться доверием со стороны покупателя», «быть источником права покупателя» (приближаясь по нормативному смыслу и значению к искомому вещно-правовому эффекту), что делает его одним из выражений нормативного значения сделки, основанием и содержанием ее юридической силы.

В эпоху Кв. Муция *fides* как нормативная основа имущественных отношений и сделок получает более строгое техническое воплощение в формулах целого ряда исков, прежде всего, защищавших традиционные личные и имущественные отношения в рамках римского социума (опека, приданое, поручительство, управление чужим имуществом – как внедоговорное, так и договорное – поручение, договор товарищества и фидуциарный договор во всем разнообразии его функций), а также торговые сделки купли-продажи, аренды, подряда и перевозки. Список исков «по доброй совести» (*bonae fidei iudicia*) приводит Цицерон со ссылкой на великого юриста (*Cic.*, *de off.*, 3,17,70):

---

технически точно указать на кредитные отношения (объединенные под рубрикой преторского эдикта “*De rebus creditis*” – D. 12,1,1,1).

<sup>83</sup> G. Beseler. Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung, in: *Acta Congr. iurid. intern.* V.1. Roma, 1935. p. 333 sqq; V. Arangio-Ruiz. *La compravendita in diritto romano*, Vol. I. Napoli, 1954, p. 297 sq.

<sup>84</sup> См.: D. Dozhdev. “*Fidem emptoris sequi*”, p. 568.

*Кв. Сцевола, великий понтифик, говорил, что величайшей силой обладают те иски, в которых добавляется "на основании доброй совести", полагая, что термин "добрая совесть" имеет широчайшее распространение и применяется в делах об опеках, фидуциарных сделках, договорах поручения, купли-продажи, найма... При этом, главная задача судьи установить, тем более что во многих делах существуют обратные иски, кто и что обязан предоставить*<sup>85</sup>.

«Широчайшее» обобщение Кв. Муция выявляет в *bona fides* основание целого ряда сделок, преодолевая формальное различие между ними, закрепленное в формулировках отдельных видов исков. Если в формуле иска из фидуциарного договора стоят слова “*ut inter bonos bene agier et sine fraudatione* (как по доброму ведется между добрыми мужами и без коварства)”, в иске о приданом – “*ut aequius melius* (как по справедливому и по доброму)”, в иске из договора товарищества – “*ut socio socii* (как товарищ товарищу)”, то выдающийся юрист приводит все эти выражения к единому смыслу, объединяя эту группу исков с теми, в которых содержится модельное выражение “*ex fide bona* (по доброй совести)”. В принципе добросовестности Кв. Муций усмотрел единый стандарт и основание правового общения, наделив типичные слова в формуле исков из договора купли-продажи и найма значением принципа (“*summa vis*”) нормативного социального взаимодействия.

Будучи проконсулом в Азии (98 г. до н.э.), Кв. Муций при содействии П. Рутилия Руфа (сопровождавшего его в качестве легата) составил новаторский эдикт провинции (*edictum Asiaticum* – программу судебной деятельности наместника и мер правовой защиты), в котором предусмотрел особую формулу для защиты от обмана при заключении сделок: “<EA RES AGATUR> EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA ([Пусть дело слушается только в том случае,] если сделка не была заключена так, что по доброй совести она не может иметь силы)”. Технически оговорка представляла собой

---

<sup>85</sup> *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus eos arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis... in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerique essent iudicia contraria, quid quemque praestare oportet.*

praescriptio pro reo – особое исковое возражение, выставив которое, ответчик мог добиться отмены процесса как необоснованного. В дальнейшем, другой выдающийся юрист эпохи Аквилей Галл ввел в преторский эдикт (66 г. до н.э.) более сильное средство защиты от обмана – эксцепцию об умысле (exceptio doli), позволявшую ответчику добиться окончательного судебного решения в свою пользу. Однако Цицерон, будучи наместником Киликии (51 г. до н.э.), предпочел включить в свой провинциальный эдикт прежнюю формулу Кв. Муция. Сведения о сфере ее применения позволяют восстановить логику республиканского юриста<sup>86</sup>.

Cic., Att., 6,1,15:

*Что касается эдикта Бибула, то в нем нет ничего нового, за исключением той эксцепции, о которой ты мне написал, как о слишком строгой судебной презумпции в отношении нашего сословия. Я же использую **равносильную**, но более мягкую оговорку из Азиатского эдикта Квинта Муция, сына Публия: «За исключением случая, если сделка заключена так, что по доброй совести она не должна иметь силы»; ведь я во многом следовал Сцеволе, особенно в том, в отношении чего греки полагают, что им дана свобода – чтобы греки судились между собой по своим законам<sup>87</sup>.*

Ссылка на умысел противника в процессе приводила к тому, что он покрывался бесчестьем (infamia); поэтому exceptio doli была неприменима против близких и против лиц более высокого социального положения<sup>88</sup>. Более раннее средство защиты,

---

<sup>86</sup> Об edictum Asiaticum и взаимном влиянии римского и провинциального эдиктов: *L. Peppe*. Note sull'editto di Cicerone in Cilicia, *Labeo*, 37, 1991, p. 14-93; *D. Mantovani*. L'editto come codice e da altri punti di vista, in: *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*. Napoli, 1998, p. 173 sqq; *R. Martini*. Ricerche in tema die ditto provinciale. Milano, 1969, p. 33 sqq; *G. Pugliese*. Riflessioni, in: *Syntelesia V. Arangio Ruiz*. Vol. II. Napoli, 1964, p. 972 sqq; *E. Badian*. Q. Mucius and the Province of Asia, *Athenaeum*, 34, 1956, p. 104 sqq.

<sup>87</sup> *De Bibuli edicto, nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum. Ego tamen habeo ἰσοδυναμιῶσαν sed tectiorem ex Q.M. P.f. edicto Asiatico, EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA; multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem consent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus.*

<sup>88</sup> Обычно в таких случаях вместо exceptio doli прибегали к exceptio facti (эксцепции по факту): *Ulp.*, 76 ad ed., D. 44,4,4,16. Так, Ульпиан, ссылаясь на Лабеола (I в. до н.э.), противопоставляет употребление слов “dolus malus” в иске об умысле более мягкому выражению “bona fides” в параллельном иске по факту (actio in factum) – *Ulp.*, 11 ad ed., D. 4,3,11,1: “И некоторым лицам [этот иск] не предоставляется, например, детям или отпущенникам против родителей или патронов, поскольку он порочит ответчика. Его не следует давать также низким против того, кто превосходит их достоинством, например, плебею против консуляра, пользующегося признанным влиянием, или расточителю, погрязшему в роскоши или других пороках, против человека, ведущего безупречную жизнь. И так [говорит] Лабеола. Что же из этого? Следует сказать, что в отношении таких лиц надо давать иск по факту, смягчив выражения, чтобы упоминалась добрая совесть”.

предложенное Кв. Муцием в edictum Asiaticum, не содержало слов “dolus malus” и, таким образом, оказывалось более универсальным. Цицерон свидетельствует, что оба средства имели равную силу (ἰσοδυναμοῦσαν)<sup>89</sup>, и раскрывает круг ее действия, специально останавливаясь на структуре его эдикта (ibid.):

*Краток же эдикт, вследствие проведенного мной **разделения**, что эдикт издается для решения двух типов задач: из которых один – провинциальный, и в него входят вопросы о городских счетах, о долгах, о процентах, о долговых документах, в нем же и все об откупщиках; другой [включает] то, что без эдикта совершать не вполне удобно: вопросы о владении наследством, о банкротстве, о назначении управляющих аукционными распродажами, которые принято и испрашивать, и проводить на основании эдикта. Третий – об остальном судопроизводстве – я оставил **неписанным**: я объявил, что буду в моих декретах следовать модели римских эдиктов<sup>90</sup>.*

Первая часть эдикта, по словам Цицерона, обнимает собственно провинциальные дела, вторая – институты преторского права. Третья, которую он оставил ненаписанной (ἄγραφοι – здесь очевидна апелляция к концепции неписанного права), относится к сделкам, представленным в эдикте городского претора. Если первые две части эдикта носят публично-правовой характер или предполагают вмешательство судебного магистрата, то третья обнимает основную массу торговых сделок.<sup>91</sup> Именно к этой части эдикта относится генерализующая эксцепция, заимствованная

---

<sup>89</sup> Цицерон пишет письмо из Киликии, населенной греками, и постоянно прибегает к греческому (который хорошо знал), используя философский и юридический язык окружающей среды не только для придания письмам эффекта присутствия (как в письмах из Парижа просятся французские фразеологизмы), но и для выражения единства категориального инструментария, общего тогдашнему цивилизованному миру. В переводах слова, соответствующие греческим в оригинале письма Цицерона, выделены жирным.

<sup>90</sup> *Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν quod duobus generibus edicendum putavi; quorum unum est provinciale, in quo inest de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis <bonis> vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicundo ἄγραφοι reliqui: dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum*

<sup>91</sup> Очевидна параллель со структурой Вечного эдикта (римского edictum perpetuum), в котором часть, относящаяся к искам, разделена на две группы отношений: одна, связанная с публичными делами или теми, в которых необходимо вмешательство претора (II b), другая – относится к делам, которые ведутся по инициативе частных лиц (II a). Однако в современной романистике концептуализация двухчастной структуры материально-правового раздела преторского эдикта (edictum perpetuum) до сих пор не получила убедительного решения. См.: Дождев Д.В. Римское частное право. С. 70-71. Структура провинциального эдикта Цицерона также никогда не сопоставлялась со структурой edictum perpetuum.

Цицероном из эдикта Кв. Муция. Великий юрист выдвигал единый стандарт имущественных и торговых сделок – в полном соответствии с его обобщающим суждением о широчайшей роли добросовестности в правовых отношениях: отказывая в действительности юридическим актам, не отвечающим требованиям bona fides (“ita negotium gestum ut eo stari non oporteat ex fide bona”), Кв. Муций унифицировал принципы правового общения и наделил bona fides значением общего критерия и основания юридической силы волеизъявлений частных лиц<sup>92</sup>. “Ео stari non oportere” (не должен иметь силу) апеллирует к нормативному началу (oportere), которое определяет способность акта связывать стороны (stari – пассивный инфинитив отражает положение сторон, возникающее из действительного акта: ео stari – быть связанным (stari) актом (ео)), наделяя их взаимными требованиями из обязательств (конкретизированное oportere – «быть должным») и утверждая соответствующую конфигурацию правоотношения (ео stari), существующую как момент нормативной системы ius civile (oportere) и как следствие волеизъявления, сделанного в нормативном контексте, управляемом принципом добросовестности (bona fides).

Слова Кв. Муция о «широчайшем распространении» (“manare latissime”) bona fides в трактате Цицерона «Об обязанностях» (Cic., de off., 3,17,70) согласуются с концепцией «широкой людской общности» (societas quae latissime patet), выстроенной на правовом основании (Cic., de off., 3,17,69):

*Хотя я понимаю, что из-за порчи наших нравов это нельзя ни признать позорным по обычаю, ни запретить по закону или по гражданскому праву, все же это воспрещено законом природы (naturae lege). Ведь существует товарищество (хотя об это и часто говорилось, однако следует говорить еще чаще), распространяющееся весьма широко, общее для всех, более узкое среди тех, кто принадлежат одному народу, специфическое среди тех, кто принадлежат одной гражданской общине. Поэтому*

---

<sup>92</sup> В современных законодательствах этот принцип наиболее явно выражен в ст. 10 ГК РФ «Пределы осуществления гражданских прав», которая санкционирует (п.4) отказ в защите притязания, хотя формально правомерного, но выходящего за рамки принципа добросовестности (добросовестного осуществления права), что возводит добросовестность в ранг основания субъективного частного права и критерия его содержания. Ведущие западно-европейские кодексы (ст. 1134 ФГК; §242 ГГУ) ставят в зависимость от добросовестности не основание притязания или действительность сделки, а лишь исполнение договора.



наши предки пожелали, чтобы право народов (*ius gentium*) было одно, гражданское право другое: то, что является гражданским, не являлось в то же время правом народов, то же, что является правом народов, должно в то же время быть гражданским правом. Но мы не подчиняемся полному и ясному представлению об истинном праве и о настоящей правовой справедливости (*germanae iustitiae*), а пользуемся лишь их тенью и подобием.

«Право народов» (*ius gentium* – всеобщее право, νόμος κοινός) – понятие, введенное стоиком Хрисиппом как выражение подлинного разума (ὀρθὸς λόγος, *naturalis ratio*), управляющего всем человечеством (Diog. Laert., 7, 88 = SVF III, p. 4, 2)<sup>93</sup>, и воспринятое римской юриспруденцией<sup>94</sup> для указания на принципы и институты римского права, общие всем народам, объединенным под римской властью (*imperium*).

Следуя такой программе, принципы, заложенные в эдикте, изданном для международного общения (*ius gentium*), должны получить преобладание над традиционными институтами строгого римского права (*ius civile*). *Ius civile* как «тень и подобие» справедливости подлежит возвести в ранг «подлинной, первичной справедливости» (*germana iustitia*), подчинив его «закону природы» (*naturae lex*), свободному от формалистических ограничений старого права римской гражданской общины и непосредственно следующему началам равного воздаяния и признания другого равным себе. Эту задачу и решает экцепция “*extra quam...*” Кв. Муция Сцеволы: введенная в рамках провинциальной юрисдикции, более свободной от традиционных ограничений, она развивается в более совершенные средства защиты (*excerptio doli* и *actio doli*) и утверждается в самом Риме как единое основание

---

<sup>93</sup> M. Pohlenz. Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung. 7 Aufl. Göttingen, 1992. Bd. I, S. 132; cfr. S. 263-264.

<sup>94</sup> Ср. D. 1,3,2 (Marcian. 1 inst.), где Марциан цитирует Хрисиппа, а также Gai., 1,1: ... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur (то же [право], которое естественный разум установил среди всех людей, то равным образом соблюдается у всех народов и именуется «правом народов», как то право, которое действует у всех народов). О тексте см.: D. Nelson. Ueberlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutionen (under Mitwirkung von M. David). Leiden, 1981. S. 4 sq. О соотношении понятий *ius gentium* и *ius naturale* см.: Дождев Д.В. Право и справедливость в понятийной системе римской юриспруденции ('*ius civile*', '*ius naturale*', '*bonum et aequum*') // «Вестник древней истории». 2003. №3. С.100 слл.; 112 сл.



действенности волеизъявлений частных лиц и критерий содержания юридических сделок, независимо от их формы<sup>95</sup>.

Эксцепция Кв. Муция составлена из идиом, взятых из формулы фидуциарного иска “UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET” (как следует поступать по доброму между добрыми [мужами])<sup>96</sup> и модельной формулы иска по доброй совести (EX FIDE BONA), которую, как мы видели, именно Кв. Муций наделяет обобщающим значением, способным выразить единую модель правомерного поведения. Восхваляя этическое значение фигуры «доброго мужа», Цицерон неоднократно апеллирует именно к формуле фидуциарного иска (Cic., top., 17, 66; de off., 3, 15, 61; 3, 17, 70; ad fam., 7, 12)<sup>97</sup>, что несомненно отражает подход великого юриста. Иными словами, наделяя обобщающим смыслом идиому “ex fide bona”, Кв. Муций ориентируется на модель поведения, выраженную в формуле “ut inter bonos bene agier”, которую и использует в своей эксцепции как принцип правового общения, равным образом применимый ко всем видам сделок.

Представленная картина развития римского договорного права не согласуется с господствующим взглядом, который выводит bona fides за рамки права, низводя ее до этического принципа. Этот подход стимулируется сведениями о первоначальном отсутствии правового основания у исков из некоторых договоров, которые в дальнейшем получили формулу “ex fide bona”. У исков из договоров поклажи, ссуды, залога и внедоговорного ведения чужих дел (negotiorum gestio) в эпоху Гая было две формулы: по факту (formula in factum concepta) и по праву (in ius concepta). Первая не

---

<sup>95</sup> См.: R. Cardilli, La “buona fede” come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina, in: Il ruolo della buona fede oggettiva. Vol. I, p. 283 sqq.

<sup>96</sup> На основе этого сходства О. Ленель реконструировал в формуле фидуциарного иска слова «ЕСЛИ ДЕЛО НЕ ВЕЛОСЬ ТАК, КАК СЛЕДУЕТ ПОСТУПАТЬ ПО ДОБРОМУ... (SI ITA NEGOTIUM ACTUM NON ESSE, UT...». См.: O. Lenel. Das Edictum perpetuum, S. 291 A.10. Обратим, однако, внимание на то, что у Кв. Муция говорится о заключении сделки (NEGOTIUM GESTUM), тогда как “BENE AGIER” в формуле фидуциарного иска относится к вытекающим из договора обязанностям: если эксцепция санкционирует недобросовестность при заключении договора (in contrahendo), то формула иска – отступление от поведения по модели «доброго мужа» (vir bonus), установленной договором. Устойчивая синонимия терминов “agere”, “gerere”, “contrahere” (заключать сделку) здесь не выдерживается, и “agere” (в форме архаичного пассивного инфинитива) получает более широкое значение.

<sup>97</sup> В трактате «Об обязанностях» (Cic., de off., 3,17,70) оратор, именуя слова формулы фидуциарного иска «золотыми» (verba aurea), восклицает: «Но что значит “добрые” и что значит “поступать по доброму” – большой вопрос (magna quaestio)!» и приводит цитированные выше слова Кв. Муция о широчайшей сфере действия исков по доброй совести. Поиск этической модели закономерно приводит философа к правовой.

упоминает “oportere” – нормативное основание иска («быть должным по *ius civile*»), а просто призывает судью вынести решение, исходя из наличия фактического состава, указанного в интенции формулы. Вторая формула основывает притязание истца на гражданском праве, наделяя судью правом и обязанностью (*officium*) установить пределы соответствующей обязанности ответчика – “*dare facere oportere ex fide bona*” («быть должным дать или сделать по доброй совести»). М.Влассак, впервые глубоко изучивший этот феномен, предполагал самое широкое распространение формул *in factum* в республиканский период, считая формулы из договора поклажи и *negotiorum gestio* немногочисленными пережитками этой системы, на смену которой пришла защита по доброй совести (*in ius*)<sup>98</sup>. В словах Цицерона о защите от мошенничества и обмана либо по закону, либо по искам с формулой “*ex fide bona*”<sup>99</sup> Влассак увидел указание на отсутствие законного (что в позитивистской перспективе означало – правового) основания у исков по доброй совести. Так была постулирована категория исков, не имеющих законного основания, – *sine lege iudicia*. Отсюда трактовка “*oportere ex fide bona*” как первоначально этического оправдания преторской защиты новых коммерческих отношений. Согласно господствующему мнению, произошла не замена первоначальных исков по факту исками по доброй совести, а трансформация формул из преторских в гражданские. Если претор по делам перегринов, давая защиту неформальным соглашениям, исходил якобы из этического начала – *oportere ex fide bona* (в оппозиции к *oportere ex lege*), – то юриспруденция, придав “*oportere*” смысл юридического долженствования, возвела эти отношения в подлинные

---

<sup>98</sup> M. Wlassak. Zur Geschichte der *negotiorum gestio*. Jena, 1879, S. 153 sq; *Id.* Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens. Bd. II. Leipzig, 1891. S. 302, A. 10; *Id.* Actio, RE, I. 1. Stuttgart, 1893. col. 311; *Id.* Die klassische Prozessformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit. Bd. I. Wien; Leipzig, 1924, S. 22, A. 44; *Id.* Rechtshistorische Abhandlungen (hrsg. E. Schönbauer). Wien, 1965. S. 75 sq.

<sup>99</sup> Cic., de leg., 3,61: *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecimo tabulis, circumscriptio adolescentium lege [P]laetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona* (и этот злой умысел подавляется и законами, как опека по законам XII таблиц, обман малолетних по закону Летория, и без закона – исками, в которых добавляется «по доброй совести»). В действительности, Цицерон не говорит об «исках по закону» и «исках без закона», но противопоставляет законы искам. Об отсутствии оснований для гипотезирования «исков без закона» (*iudicia sine lege*) см.: Contra R. Fiori, *Ius civile*, 165 sq, 188; *Id.* Fides e bona fides, 253. Соответственно, предложенная мною ранее аргументация (Дождев Д.В. Добросовестность, с. 117-118 и прим. 63) может быть усилена.

обязательственные правоотношения, отдавая добросовестности новую роль критерия в оценке объема требования (а не основания иска)<sup>100</sup>.

Однако в римском праве нельзя быть должным *на основании* доброй совести, но лишь *по* доброй совести: *oportere ex fide bona* не существует, основанием долга может быть только гражданское право, *ius civile – oportere iure civili*<sup>101</sup>. Слова “*ex fide bona*” возможны даже в иске из стипуляции по эдикту претора peregrinorum (*in albo*), как свидетельствует дошедший в надписи закон Рубрия (между 48 и 42 гг. до н.э.),<sup>102</sup> что несколько не умаляет гражданское значение источника обсуждаемого обязательства. Уже в конце XIX в. высказывались сомнения во вторичности формул *in ius*<sup>103</sup>. Феномен формул *in factum*, параллельных формулам по доброй совести, не допускает упрощенного объяснения и не предполагает однолинейного развития по мере надуманной «юридизации» принципа добросовестности. Иски из договоров купли-продажи, найма, товарищества, поручения, как и иски об опеке и приданом, – изначально существуют как иски по доброй совести, так что требование основано на гражданском праве (*in ius*)<sup>104</sup>. Сказанное означает, что сфера действия гражданских

---

<sup>100</sup> M. Kaser. *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht, ZSS, 59, 1939, S. 52 sqq, 67 sq; *Id.* Die Anfänge der *manumissio* und das fiduziarisch gebundene Eigentum, ZSS, 61, 1941, S. 153 sq, 181 sq; *Id.* Das altrömische *Ius*. Studien zur Rechtsverstellung und Rechtsgeschichte der Römer. Göttingen, 1949, S. 289 sq; *Id.* Das römische Zivilprozessrecht. 1966, S. 109 sqq (2 Aufl., 1996, S. 153 sq); *Id.* Das römische Privatrecht, S. 202 sq; 207, 485 sq; *Id.* *Ius honorarium* und *ius civile*, ZSS, 101, 1984, S. 30 sq; 83 sq.; A. Magdelain. *Les actiones civiles*. Paris, 1954. p. 42 sqq; F. Wieacker. Zur Ursprung der *bonae fidei iudicia*, ZSS, 80, 1963, S. 1 sqq.; M. Talamanca. *La bona fides nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento*, in: *Il ruolo della buona fede oggettiva*. Vol. IV, p. 61 sqq.

<sup>101</sup> A. Carcaterra. *La buona fede in diritto romano*. Bari, 1956, p. 71 sq; L. Lombardi. *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, p. 197 sqq.

<sup>102</sup> Lex Rubria de Gallia Cisalpina, XX, 34-36: *q(ua) d(e) r(e) agitur ea stipulatione, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset: tum q(uic)q(id) eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oportet ex f(ide) b(ona)...* [C. Bruns, Fontes, cit., p. 99].

<sup>103</sup> O. Karlowa. *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. II. Leipzig, 1901. S. 603. Ученый исходит из ряда текстов, в которых Кв. Муций обсуждает отношения ссуды, прилагая критерии вины (*culpa*) и осмотрительности (*diligentia*): D. 13,6,5,3; 13,6,23; 47,2,77 pr. Критику см.: P. Zannini. *Spunti critici per una storia del commodatum*. Milano, 1983, 103 sqq. Даже если Кв. Муций имеет в виду формулу *in factum* (“*commodati teneri*”, поскольку формула *in ius* для иска ссуды по господствующему мнению еще не возникла), источником его суждений о пределах ответственности ссудополучателя (“*praestare oportere*”) выступает критерий добросовестности как единый для всех договорных отношений. Кардилли в специальном исследовании относит эти критерии к первоначальному содержанию работы Кв. Муция, допуская, что применительно к *actio negotiorum gestorum* (D. 27,5,4) юрист говорил уже об иске по доброй совести. См.: R. Cardilli. *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d. C.)*. Milano, 1995. p. 203 sq.

<sup>104</sup> Господствующее мнение, напротив, вынуждено предполагать стадию *in factum* и для этих исков несмотря на то, что о ней нет никаких следов в источниках. Древнейшее упоминание иска из договора купли-продажи, относящееся к концу III – началу II в. до н.э. (Секст Элий, консул 198 г. до н.э.) в D. 19,1,38,1 предполагает ответственность за упушения, возможные только на основании *bona fides*. См.: P. Apathy. *Mora*

принципов обнимала собой круг сделок и отношений по доброй совести. *Ius civile* включало в себя принцип *bona fides*: правовое общение строится на формальных основаниях между формальными субъектами, моделью для которых выступает *vir bonus*.

Сводить принцип *bona fides* к верности слову и взятым на себя обязательствам<sup>105</sup> – значит неоправданно сужать его значение, подменяя выяснение богатства содержания и историко-философского потенциала первичных правовых форм ходульными представлениями о древнем формализме. Даже круг древнейших вербальных и ритуальных актов, как мы видели, демонстрирует значительно более глубокие основания нормативности, нежели примитивная магия произнесенного слова<sup>106</sup>. Цицерон обосновывает действенность клятвы именем бога (*iusiurandum*) правовым началом, ставя в один ряд *fides* и *iustitia* (Cic., *de off.* 3, 104):

*Но в отношении клятвы (iure iurando) следует понять не то, какой в ней страх, но какова ее сила. Ведь это религиозная клятва, и то, что ты пообещал таким выраженным образом, будто взяв в свидетели бога, то следует соблюдать. Ведь это связано не с гневом богов, которого не существует, но с правовой справедливостью (iustitia) и доверием (fides).*

Комментируя этот текст, Р.Фьори справедливо утверждает, что клятва связывает не потому, что данное слово значимо само по себе, но потому что оно отвечает требованиям верности (*constantia* – в обещаниях) и достоверности (*veritas* – в утверждениях) – качествам *vir bonus*<sup>107</sup>.

---

*accipiendi* und Schadenersatz, ZSS, 101, 1984. S. 190 sq. Сторонники традиционного взгляда предполагают, что суждение Секста Элия прилагалось к *actio incerti ex stipulatu*, поскольку купля-продажа в ту эпоху якобы заключалась в стипуляционной форме: V. Arangio-Ruiz. *La compravendita*, Vol. I, p. 74.

<sup>105</sup> Это самое распространенное представление: F. Schulz. *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlin, 1934. S. 151; W. Kunkel. *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in: *Festschrift P. Koschaker*. Bd. 2. Weimar, 1939. S. 5; M. Kaser. *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 181. Явно противоречивой выступает попытка М.Таламанки свести все богатство юридических функций *fides*, раскрытое в его обширном труде, к верности слову (M. Talamanca. *La 'bona fides' nei giuristi romani*, p. 40).

<sup>106</sup> L. Lombardi. *Op. cit.*, p. 133 sq; G. Freyburger. *Fides*. Etude sémantique et religieuse depuis les origins jusqu'à l'époque augustéenne. Paris, 1986. p. 324; D. Nörr. *Aspekte der römischen Völkerrechts*, S. 146 sq.

<sup>107</sup> См. R. Fiori. *Fides e bona fides*, p. 245.

Господствующая узкая трактовка *fides* основана на словах Цицерона, которыми она и опровергается (Cic., de off., 1, 23):

*Основание правовой справедливости (iustitia) – доверие (fides), то есть верность соглашениям и достоверность заявлений (dictorum conventorumque constantia et veritas). Поэтому, хотя это, возможно, и покажется несколько жестким, все же осмелимся следовать стоикам, которые научно выяснили, что доверием называется то, когда слова сказаны и мы верим, что сказанное сбудется.*

Говоря о научном обосновании *fides*, философ выходит на идею кредита – одного из выражений правовой свободы, общей связанности нормой (конкретизированной в договоре), равной зависимости (и тем самым – свободы) от объективного принципа, имеющего всеобщее действие. *Bona fides* – это общий (внешний) принцип и критерий правового, содержательное выражение качества правоотношения. Верность данному слову – вторичное и маргинальное значение.

В словах Ульпиана (последователя Цицерона и стоической философии) иерархия нормативных следствий и правовое значение принципа добросовестности (*bona fides*) выражена на уровне профессионального юридического знания (Ulp., 32 ad ed., D. 19, 1, 11, 1):

*Ничто так не соответствует принципу добросовестности (bona fides), как отвечать по договору за то, что было выражено в его тексте (quod actum est). Если же выражено не было, тогда содержанием обязательства становится то, что естественным образом входит в содержание этого иска (naturaliter insunt huius iudiciae potestate).*

Речь идет об иске из договора купли-продажи (*actio empti*), относящегося к категории исков по доброй совести (*bonae fidei iudicia*). Первое утверждение прилагает общий принцип толкования договора (*id quod actum est* – содержанием договора признается то, что в нем прямо выражено<sup>108</sup>) к идее *bona fides*<sup>109</sup>, тогда как

---

<sup>108</sup> См.: F. Pringsheim. *Id quod actum est*, ZSS, 77, 1960, S.1 sqq. Этот же принцип толкования договора устанавливает ст. 431 ГК РФ.

второе показывает более широкое и подлинное значение “ex fide bona”, ориентированное на естественное (naturaliter) содержание правоотношения, определяемое его природой<sup>110</sup>. Интегративная функция bona fides, отвечающая за определение содержания правоотношения, известна Кв. Муцию (Cic., de off., 3,17,70: *quid quicquid praestare oportet*) и выражена в «Институциях» Гая со ссылкой на bonum et aequum – объективное веление права (Gai., Inst., 3,167 (= D.44,7,2,3)):

*“Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet (также в договорах по доброй совести стороны взаимно обязываются к тому, что одна должна обеспечить другой по принципу доброго и соразмерного)...”*

Опосредованный правовой нормой интерес, воплощенный в договоре, получает новое социальное измерение: он признается и защищается как момент всеобщего, как содержание отношения, выстроенного по принципу равенства. Такой интерес – в качестве содержания договорного обязательства – существует в сфере формального как новое благо, приобретенное кредитором еще до исполнения. Адекватность судебной защиты – которая в исках по доброй совести позволяет учесть весь интерес истца (id quod interest, убытки, включая упущенную выгоду<sup>111</sup>) – делает это благо независимым от реального исполнения. Стороны получают имущественный актив с момента достижения соглашения. Индивидуальный интерес не только формируется и поддерживается правом, но и получает объективное существование как воплощенное благо. Формальная природа такого блага определяет независимость сторон как от личных качеств друг друга (право возвело их личности в ранг «добрых»), так и от внешних фактических обстоятельств: это новый уровень свободы, достигнутый в

---

<sup>109</sup> Cfr. Iav., 11 epist., D. 19,2,21: «*bona fides exigit, ut quod convenit fiat (добросовестность требует, чтобы было исполнено то, о чем стороны договорились) ...*».

<sup>110</sup> На основе этого текста в средние века сформировалось понятие “naturalia negotii” – естественных условий договора, определяющих своеобразие данного договорного типа, и развилось учение о типизации, на котором строится структура договорного права гражданско-правовой традиции (ср. «природа договора» в ст. 178 ГК РФ). См.: R. Cardilli. Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra *natura contractus* e *forma iuris*, in: Modelli teorici e metodologici, 3, p. 1-76.

<sup>111</sup> См.: Honsell H. Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum römischen Schadenersatzrecht. München, 1969.



правовом взаимодействии, новый уровень самореференции и самоконституирования правовой системы.

Преобразование желаний в интересы как универсализация единичного ведет к интеграции субъекта в социум через систему типичных (юридически верифицированных) ролей. Сущность креативного действия правовой формы в том, что в процессе формирования социальных явлений индивидуального уровня (как создания и поддержки индивидуальных интересов, так и самих индивидов в качестве действующих субъектов этой сферы социального), она снимает субъективные ограничения и саму проблему субъекта, утверждая онтологический уровень существования отдельного. Индивидуальные интересы оформляются как самостоятельные сущности, абстракции, получающие социальное бытие в качестве объективных компонентов признанной сферы контроля участника правового общения – имущества. Этот уровень формализации – уровень создания абстрактных благ как естественной составляющей (нормального следствия) самого процесса правового взаимодействия – отмечает высший тип права, ставший «классическим». Раскрывая возможности правовой системы в ходе ее самовоспроизводства, креативный потенциал воздействия правовой системы на всю сферу социального и ее гуманистический горизонт, – этот тип становится непреходящим ориентиром для научного познания права.