

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
УГОЛОВНОГО ПРАВА И
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

А. И. Бойко

**РИМСКОЕ
И СОВРЕМЕННОЕ
УГОЛОВНОЕ ПРАВО**

Александр Иванович Бойко
Римское и современное уголовное право
Серия «Теория и история государства и права»

Текст предоставлен правообладателем
http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11283082
Римское и современное уголовное право./ Бойко А. И.: Юридический центр Пресс; Санкт-Петербург; 2003
ISBN 5-94201-185-0

Аннотация

Настоящее издание посвящено сравнительному анализу концептуальных идей по борьбе с преступностью в Древнем Риме и современного уголовного права. В монографии представлен краткий очерк развития римского (греко-римского) права, прослеживается процесс освоения и переработки средиземноморских юридических порядков на территориях восточных славян, представлены отраслевой глоссарий, а также подборка примеров умелого использования латыни в риторике, судоговорении, переписке, художественной литературе.

Рекомендуется преподавательскому составу и студентам юридических вузов, а также историкам, почитателям романистики и латыни.

Содержание

Предварительные замечания	5
Раздел I	13
Раздел II	35
Конец ознакомительного фрагмента.	44

Александр Иванович Бойко

Римское и современное уголовное право

*Памяти
Александра Анатольевича ПУШКАРЕНКО, историка права,
порядочнейшего человека и декана*

*Редакционная коллегия серии «Теория и история государства и права»
И. Ю. Козлихин (отв. ред.), Ю. И. Гревцов, А. В. Ильин, И. А. Исаев, О. М. Карамышев,
Д. И. Луковская, А. В. Малько, М. Н. Марченко, А. В. Поляков, А. С. Смыкалин, Е. В. Тимошина*

Рецензенты:

Кафедра теории и истории государства и права юридического факультета Ростовского государственного университета В. Г. Беляев, канд. юрид. наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Волгоградской академии государственной службы И. В. Елисеев, канд. юрид. наук, вице-президент Ассоциации Юридический центр

Ответственный редактор доктор юридических наук, профессор Д. Ю. Шапсугов

Editorial Board of the Series “Theory and History of State and Law”

I. Yu. Kozlikhin (managing editor), Yu. I. Grevtsov, A. V. Ilyin, I. A. Isaev, O. M. Karamyshev, D. I. Lukovskaja, A. V. Malko, M. N. Marchenko, A. V. Polyakov, A. S. Smykalin, E. V. Timoshina

Reviewers:

The Department of Theory and History of State and Law of the Law Faculty of Rostov State University

Head of the Department of Criminal-Law Disciplines of Volgograd Academy of Government Service, Candidate of Law, assistant professor V. G. Belyaev

Vice-President of the Association Yuridicheskyy Center, Candidate of Law I. V. Eliseev

Managing editor Doctor of Law, professor D. Yu. Shapsugov

A. I. Boiko

Roman and Modern Criminal Law. – St. Petersburg: “Yuridicheskyy Center Press”, 2003.

The present book is devoted to comparative analysis of conceptual ideas to combat crime of ancient Rome and modern criminal law. The monograph presents a brief sketch of the development of Roman (Greek-Roman) law, retraces the process of assimilating and remaking Mediterranean legal orders on the territories of eastern Slavs, presents branch glossary, and the selection of examples of skilful use of Latin in rhetoric, pleadings, correspondence, fiction.

The book is recommended to teaching staff and students of law schools as well as to historians and admirers of Romance philology and Latin.

© A. I. Boiko, 2003

© Yuridicheskyy Center Press, 2003

Предварительные замечания

*Nullum est jam dictum, quod non sit dictum prius (ничего нет
сказанного,*

что не было сказано прежде).

ТЕРЕНЦИЙ

“Все дороги ведут в Рим” – осанистая, величаявая фраза, говорящая о многом и благоговейно воспринимаемая миром в течение двух последних тысячелетий. Бьющийся в тенетах повседневности человек вновь и вновь припадает к кастальской струе юридического вдохновения. Правоведы, особенно цивилисты, составляют панегирики римскому праву. Могущественная средиземноморская цивилизация выросла из небольшой аппенинской *civitas*, едва заметной на географической карте; выросла, благодаря завоевательным набегам и жесткому внутреннему порядку. Ставка на насильственное приращение территорий, грабежи соседних народов и рабский труд со временем сыграла зловещую роль. Истощенный от роскоши и сарданапальских развлечений Рим не смог оказать сопротивления напору варваров, вдохновенно и организованно искавших добычи на сытом ухоженном Юге Европы. Могучая империя погибла, но дивные сполохи ее юридического духа все еще озаряют общественную жизнь. Так пульсируют своей энергией далекие и непознанные квазары. Наверняка, этот немеркнущий свет тонизирует и уголовно-правовые размышления.

Автор берется утверждать, что юридические конструкции, понятия и догадки римлян в области уголовного права имеют сегодня вполне определенную (и притом немалую!) ценность. Мы, криминалисты, зря чураемся и стыдимся этого наследственного пирога. Странная получается картина: наряду с весьма удачными заимствованиями гражданско-правовых построений, якобы нет ничего достойного внимания современного юриста в уголовно-правовой сфере римского права. Невозможно поверить в то, что криминальные деликты не волновали римское общество, и оно не напрягалось, реагируя на это; что магистраты и толкователи связали себя самоубийственным обязательством служить только торговому обороту и не переносить правовые принципы, максимы, презумпции и фикции в область борьбы с преступностью. Это мы, современники, построили дисциплинарную изгородь и боимся перешагнуть через нее. Это мы, современники, более всего национальны и суверенны именно в уголовно-правовом деле; мы боимся направить римский рентгеновский луч в криминальный “черный ящик”. И зря... Стоит только открыть полузапертые двери древнего хранилища, “чтобы там устроить свои аудитории и судилища”¹.

Автор – юрист, но он же и обыватель. Живет, а хочется сказать, принужден жить в тех условиях, которые его окружают, поеживаясь от натиска назойливых электронных СМИ и нахальства нуворишей; он хранит для наследников желтый билет от новой власти – именной ваучер – и надеется на возрождение отечественного производителя. Он с ужасом слушал иудины откровения министра госбезопасности, направляемого правящим двором для разрушения этого ведомства, и настороженно наблюдает сегодня за попытками возрождения государственного управления. Он радуется повеселевшим фасадам и витринам, но огорчается засилью импортных товаров. Он ежедневно зрит милые студенческие лица, знает о задорных планах молодежи, непреклонно верящих в благосклонность фортуны, но память подсовывает ему щедринскую иронию: “Он считает карьеру свою далеко не оконченную, и когда проезжает мимо Сената, то всегда хоть одним глазком да посмотрит на него”². Он с

¹ Римское право: Лекции проф. Дорна. – Курс III, 1889–1890. – СПб., 1890. – С.48.

² Салтыков-Щедрин М.Е. Благонамеренные речи. – М.: Правда, 1984. – С. 318.

несказанным удивлением пытается совместить и оценить публичные игрища современного плебса – громкие проклятия этатизму и молчаливо протянутые к правительству длани. Он является несчастным свидетелем помрачения юридического образования и верит в устройство санитарных фильтров и конкурентный рынок свежего поколения... В общем, почти по А.П.Чехову: “Город коснел в невежестве и в предрассудках; старики только ходили в баню, чиновники играли в карты и трескали водку, дамы сплетничали, молодежь жила без идеалов, девицы день-деньской мечтали о замужестве и ели гречневую крупу, мужья били своих жен и по улицам бродили свиньи”³.

Стоп, скажет читатель: что это за *prolegomena* (“введение” – греч.)? Где красный карандаш, цензура? Довольно! Желаем слышать о римском праве и его отражении в сегодняшней жизни! Что ж, пожалуйста, но. можно ли нам, юристам, верить?

Каждый ведаёт, что система знаний об обществе и человеке, по привычке именуемая наукой, развивается с большим трудом, без революционных прорывов, свойственных естественным наукам. Причин тому несколько, и вычленив их помогает простая наблюдательность, чуждая чрезвычайному умственному напряжению; это:

а) включенность исследователя в наблюдаемый объект (общество), что, вообще говоря, ставит под вопрос беспристрастность анализа;

б) сильное давление на ученые круги (в том числе в форме допуска в исследовательские учреждения и разрешения на опубликование результатов исследований) со стороны господствующей элиты, препятствующей честному рассмотрению основ общественного устройства, заинтересованной в общей вере в справедливость установившихся порядков;

в) отсутствие постоянно работающей экспериментальной базы общественных наук, что существенно понижает впечатление достоверности. В итоге, в Англии и США термин “science” определяет лишь сферу естественных наук, а в специализированных изданиях не без основания утверждается, что общественные науки представляют собой наборы остроумных фразеологизмов и не более того и что они пригодны только для классификаторских построений и ценностных суждений; что они плетутся за событиями вместо того, чтобы упреждать их, и, наконец, являются продажными [1].

Такова первая, значительная часть правды. Но есть и вторая часть, также реалистичная и привлекательная. Быстро меняющиеся условия обитания населения коречат коллективные правила жизни, формируют срочный социальный заказ на национальную идеологию (в том числе и на ее юридический сегмент), ломают обломовщину и апатию, понуждают к сравнениям нашего быта с жизнью зарубежных соседей. Мысли об общественном устройстве, его вчерашнем дне, нынешнем состоянии и достижимости идеала завтра; о взаимных правах и обязанностях государства и личности; о месте принуждения в управлении и прочая подобная интеллектуальная пища становится изысканным блюдом для обывателя. Десятки миллионов отечественных “совков”, формально числившихся семь десятилетий обладателями природных запасов, промышленных гигантов и объектов социальной инфраструктуры, были облапошены в несколько лет знаковыми фигурами российского “бизнеса”. Облапошены “по понятиям” и перешли в разряд социальных аутсайдеров. Олигархи же сегодня – на Олимпе власти: они истово гипнотизируют налогоплательщиков суждениями о независимости прессы, злобредности этатизма и тоталитаризма, а параллельно увеличивают численность карательных служб и грозят принуждением забастовщикам, приглашают менял и челноков занять нижнюю, следующую за ними кастовую ступеньку – позицию среднего класса, развязали во имя собственного обогащения и легализации прежних добыч чеченскую авантюру, расстреляли в 1993 году оппозиционно снаряженный народом парламент.

³ Чехов А.П. История одного торгового предприятия // Собр. соч. в 12 т. – Т. 7. – М.: Изд-во “Правда”, 1985. – С. 386.

Ушло время митингового ослепления. Для большинства граждан России проблемы безопасности, физиологического выживания, а потом уже духовного развития выдвинулись на первый план. Теперь они будут решаться каждым порознь, без государственного участия и поддержки. А ведь до этого несколько поколений советских россиян жили в относительной нищете, но с уверенностью в завтрашний день (пища, жилье, учеба детей...). После экономического передела 90-х годов возможности социальной карьеры для большинства российских граждан сужены до уровня лотерейного или телешоу-выигрыша. Ясно поэтому, что западная идея либерального индивидуализма будет с трудом приживаться на нашей почве. Потребны объяснения, и лучше всего – наглядные. Они нужны и способны повлиять на результативность труда “настоящих ученых” (не гуманитариев), а также представителей физического труда, поскольку для них ясные условия очередного общественного эксперимента, прозрачность социальных координат, честное обсуждение проблем государственного управления и насилия составят привычный стимул существования. Юридические исследования о принуждении, даже если они не приравниваются к настоящей науке, полезны, так как они являются дополнительным средством моральной гигиены общества, ведь “нравственность сегодня нипочем на базаре житейской суеты” (М.Е.Салтыков-Щедрин).

Всякий образованный человек знает о феномене римской правовой культуры, использует в своем общении термины давно ушедшей эпохи, осведомлен о спорадическом заглядывании народов мира в юридические закрома латинян и может поддержать разговор о рецепции – ее причинах, формах, повторениях... И это здорово! Спасибо зарубежным и российским (советским) ученым за эластичное, привлекательное и доходчивое объяснение римских достопримечательностей. С благоговением приводим имена отечественных романистов, проложивших дорогу познания к аппенинскому наследию для современников: Д.Азаревич, С.Н.Алексеев, В.Балашов, Н.Белогруд, Ю.М.Бирюков, М.П.Бобин, Н.П.Боголепов, П.Бодянский, Брунс-О.Ленель, П.Г.Виноградов, П.Н.Галанза, Г.Гамбаров, В.Э.Грабарь, Д.Д.Гримм, А.Г.Гусаков, Г.Дернбург, Ш.Диль, Д.В.Дождев, Г.Ф.Дормидонтов, Л.Дорн, К.Доробец, М.П.Драгоманов, Д.Дубенский, Ф.Дыдынский, Н.А.Дювернуа, А.Б.Егоров, В.В.Ефимов, Я.Ю.Заборовский, Л.Н.Загурский, А.В.Игнатенко, О.С.Иоффе, А.Н.Казанцев, Н.В.Калачов, М.Н.Капустин, Л.А.Кассо, Н.Д.Колотинский, А.В.Коптев, А.И.Косарев, Л.Л.Кофанов, В.А.Краснокутский, А.С.Кривцов, Ю.А.Кулаковский, Н.И.Крылов, Г.Е.Лебедева, Н.Г.Майорова, И.Л.Маяк, П.П.Митрофанов, К.А.Митюков, Ф.А.Михайловский, С.А.Муромцев, Б.В.Никольский, С.П.Никонов, И.Б.Новицкий, А.С.Павлов, Е.В.Пассек, И.С.Перетерский, И.А.Покровский, И.В.Португалов, Ф.Проскураков, Д.Раснер, Н.Рождественский, Г. А.Розенкамф, В.А.Савельев, Е.В.Салогубова, В.И.Синайский, Е.А.Скрипилев, А.Л.Смышляев, П.Соколовский, И.И.Срезневский, А.Н.Стоянов, П.С.Суворов, В.А.Тархов, Н.И.Тиктин, В.Н.Токмаков, В.А.Томсинов, З.В.Удальцова, С.Л.Утченко, Е.О.Харитонов, В.М.Хвостов, М.Х.Хурыз, Н.В.Ченцов, З.М.Черниловский, П.Е.Чижов, Е.М.Штаерман, Г.Р.Штекгардт, Я.Н.Щапов, А.В.Щеголев, А.Энгельман, В.А.Юшкевич, Т.М.Яблочков, И.Е.Яковлев и др.

А в последние годы стараниями столичных коллег в России случилось вообще много значимых и приятных для историков права вещей: а) открыт и плодотворно работает Центр изучения римского права при МГУ и Институте всеобщей истории РАН; б) энтузиастами (в числе которых в первую очередь следует назвать В.А.Томсинова, Л.Л.Кофанова, Л.В.Милова, Е.А.Суханова, А.В.Щеголева и др.) налажен выпуск специализированного журнала “Древнее право” под эгидой Центра; в) организовано и проведено несколько международных конференций романистов, и посему переход от удовлетворений первыми знакомствами к напряженному сотрудничеству оказался быстрым;

г) вышеупомянутым проф. В.А.Томсиновым осуществлена блестящая идея – на юридическом факультете МГУ с 1997 г. издается журнал юридической библиографии “Зерцало”,

где история права (и романистика тоже) представлена широко – рецензиями, обзорами, переводами юридических памятников, публикацией научных древностей.

Давно замечено, что любые крупные перемены (революции, государственные перевороты, реформы, перестройки etc.) обостряют интерес не только к богоискательству и нравственным терзаниям, но и к истории. Исторические экскурсии полезны по любой проблематике. Так предостерегаются обычно от односторонностей и поспешностей в выводах и решениях. История – это *testis temporum, vita memoriale, lux veritatis* (“свидетель прошлого”, “живая память”, “свет правды”). Ее откровения упреждают завышенные расчеты и повторы ошибок, стреножат крайности. Сейчас как раз такое время. И власть более энергично вертится на “диалектической жаровне” (А.И.Герцен) противоречий, вызываемых переменами. В обычные периоды развития, при работающей экономике, когда обновление идет эволюционным путем, а нервно-психическое здоровье народа не расшатано гражданскими столкновениями, принуждение в руках государства – обычный, даже вялый ответ власти на текущие и легко прогнозируемые эксцессы. Войны, революции, чрезвычайщина и прочая дрянь, сопровождающая передел собственности, обнажают первобытные психизмы *pes plus ultra*, срывают тонкий слой культурных наслоений с наших облагороженных нравов, и страну покрывает волна насилий, непотребств, властного разврата⁴. Это обстоятельство одним из первых в нашей стране подметил проф. С.П.Мокринский: “Исторически наблюдается факт, что периоды шатания политических, нравственных или экономических основ общественного быта, неизбежно сопровождаемые усилением общей или специфической преступности, обладали свойством вовлекать государственную власть в непосредственную борьбу с “лихим человеком”... зло растет, старые средства действуют слабо, пора искать новые, более совершенные. Временно забытая идея специального предупреждения извлекается вновь из архива истории и в заново сшитом костюме представляется обществу как новейшее открытие науки” [2].

Почему самой полезной интеллектуальной кладовой для современной России мыслится именно римское, а не, положим, скандинавское, право⁵? Все относительно просто. Ломка коллективистской морали и общинных настроений вообще в пользу индивидуализма, личного эгоизма и прагматичности; космополитические лозунги главенства прав и свобод человека и гражданина перед общественными и государственными потребностями закономерно возвращают нас к истокам, к той государственно-правовой модели, где свободный оборот товаров и услуг составлял квинтэссенцию жизни. Римляне создали классическую систему права, ставшую универсальной для античного рабовладельческого общества, “с его непревзойденной по точности разработкой всех существенных правоотношений простых товаровладельцев (покупатель и продавец, кредитор и должник, договор, обязательство и т. д.)” [3].

В настоящей работе представлен исторический обзор римского права в сравнении с нынешним уголовным правом России. Налицо как бы исторический компаративизм. Он не всеми приветствуется: бытует мнение о нецелесообразности прямых параллелей между институтами римского права и подобными современными институтами национальных правовых систем; якобы анализ целесообразно проводить лишь в пропедевтическом аспекте [4]. Позволим себе пойти своей дорогой. Тем более что мы не первые и мы не одиноки. Так, пионерской книгой в области сравнительного права можно признать еще компиляцию

⁴ См.: Краснушкин Е.К. Криминальные психопаты современности и борьба с ними // Преступный мир Москвы. – М.: МХО “ЛЮКОН”, 1991. – С. 192.

⁵ Во времена избирательных баталий кандидаты часто вспоминают о “шведском социализме” и обещают смонтировать его на нашей земле – сразу после выборов. Блажь. Все это напоминает старинную сатиру: *Ты съ добрымъ и дурнымъ теперь Будь ласковъ, дружень, — До выборов, — пока он нуженъ!* (Цит. по: Михельсон М.И. Ходячие и меткие слова. – М.: “ТЕРРА”, “TERRA”, 1994. – С. 274).

V века “*Lex Dei seu incerti scriptoris mosaicorum et romanorum legum collatio*” (или “*Collatio legum mosaicarum et romanorum*”) – в ней римское право сравнивается с еврейским правом, содержащимся в Пятикнижии. Современный американский профессор и знаток российского правоведения удачно применил в своей монографии сравнительно-исторический метод, два принципа изложения материала одновременно – хронологический и проблемный.⁶ Придирчиво сопоставил действующее цивилистическое право с римскими находками и откровениями А.А.Грось: он нашел много изъянов – слабое закрепление *aequitas* в законодательстве и страх перед позитивным (даже явно несовершенным, противоречащим началам справедливости и конституционным нормам) правом со стороны судейского корпуса; “осколочное” закрепление в ГК РФ важнейшего института *possessio*, неудачное решение проблемы давности.⁷ Методом исторической компаративистики пользуются и другие исследователи.⁸

Если национально-правовая самодостаточность каждой страны сегодня испытывает мощное интеграционное давление, если на повестке дня стоит принятие Европой континентальной Конституции, то сравнительное правоведение выглядит незаменимым методологическим фундаментом такого перехода, а юридическое наследие давно почившего Римского государства служит самым нейтральным средством примирения идеи суверенитета с принципом примата международного права. Мы не надеемся использованием метода исторической компаративистики получить для России “*usus modernus pandectarum*”; достаточно лишь раздвинуть привычный горизонт научного видения, освободиться от старых и новых политических иллюзий, понять, что поиск справедливости в праве насколько благороден, настолько и вечен.

В число сугубо юридических средств преодоления национальных различий и сближения правовых систем мира включается обычно и общий словарь терминов и понятий, именуемый глоссарием.⁹ Пятый, справочный раздел настоящей книги в этом плане выполняет свою функциональную роль, хотя и не несет особого элемента новизны (если не считать принципа отраслевой подборки терминов и частичных пояснений, помимо простого перевода).

Особого представления во введении заслуживает IV раздел книги – в нем собраны только чужие слова, но какие!? Всплеск ораторских увлечений справедливо увязывается с реформами и сопровождающим их поначалу общественным возбуждением. Впечатляюще говорил об этом виртуоз красноречия А.В.Луначарский на открытии первого в мире Института живого слова в 1919 году: “Как только какая-нибудь страна вступает на путь... демократического развития, так все начинают понимать, какое хорошее, хлебное ремесло – ремесло владения словом. Сейчас же возникают школы софистики, и сейчас же учителя красноречия продают за звонкое золото искусство очаровывать слушателя...”[5]. Латынь здесь – в особой цене. Ею не просто козыряют: старинные слова, умело вплетенные в повествование (особенно в изустную речь) придают ему сильную притягательность, расширяют поле инди-

⁶ См. рецензию Н.Ю.Ерпылевой в журнале “Государство и право”. – 1999. – № 11. – С. 124–125 на W. E.Butler. Russian Law. New York: Oxford University Press, 1999. – 692 p.

⁷ “Идеальным (и соответствующим римскому частнопрововому варианту) было бы совпадение в исчислении сроков обеих давностей: исковой и приобретательной”... И далее: “Мы получаем двоих “страждущих” субъектов: невладельца собственника, наделенного “голым” правом, лишенным исковой защиты, и фактического владельца, который в будущем (возможно) превратится в субъекта вещного права. Какова ценность такого результата правового регулирования?!” – Грось А. А. Защита гражданских прав: сравнительный анализ институтов римского частного права и действующего гражданского и гражданского процессуального права // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 97–115.

⁸ См.: Андропова М.В. К истории Кормчей в соединении с Мерилом Праведным в XV веке (Погодинская редакция). – Византиноруссика, 1994, № 1. С. 98–113; Пипия А. Г. Ответственность за совместную преступную деятельность по римскому и западноевропейскому раннефеодальному праву. – Правоведение. – 1990. – № 6.

⁹ См.: Тихомиров Ю.А. Право: национальное, международное, сравнительное. – Государство и право. – 1999. – № 8. – С. 8.

видуального восприятия сказанного, приобщают декламатора (писателя) и его почитателей к большему миру знаний. Латынью подлинные мастера публичных выступлений инкрустируют свою речь. В течение многих веков она представляет собой своеобразную цеховую бляху юристов и медиков.

Мы, как и всегда, живем на контрастах. Студенчество Екатеринбурга (Свердловска), к примеру, уже полвека имеет счастливую возможность учиться у патриарха российского уголовного права – заслуженного деятеля науки РФ профессора М.И.Ковалева. Да знают ли они, что Митрофан Иванович в состоянии читать лекции на латыни в течение нескольких часов? Возможно, и нет – контингент обучающихся не поймет речь на давно умершем языке (и потому ее, вероятно, не слышит), ведь латынь преподается у нас на уровне запоминания трафаретных афоризмов. А что на другом полюсе? На другом, невузовском, полюсе – попса, митьки, эстрадная фанера, убогая речь силиконовых кукол экрана, бахвалящаяся пошлость, граничащая с нецензурщиной. Некоторое время назад автор случайно обратил внимание на очевидное несоответствие телевизионных слов озвучиваемым ситуациям. Прислушался, отсеял сомнения насчет вольностей перевода голливудских фильмов, а затем пришел к единственному выводу: перевод верен, “новому Риму” за все надо платить. Геополитическая победа американской военно-политической машины породила триумфальное шествие по континентам английского языка, обратные вояжи в метрополию из стран-сателлитов различной авантюристической публики. В результате и без того простоватый американский вариант чопорного английского языка засорен и выхолащивается, в том числе благодаря волнам политэмигрантов и коммивояжеров. Проверьте сами: герой (героиня) фильма облил супом пиджак, совершил головокружительное падение с самолета в джунгли, изнасилован (избит, обворован и т. д.), завершил эффектное сражение с противником (головорезом, монстром, ужасником, животным и пр.), неудачно столкнулся с начальником или любимой, отравился и т. д. и т. п., – но на все следует казенный пассаж: *It's O'key?* Неужели 200-миллионный народ уже не в состоянии подобрать из своих терминологических запасников подходящие событию слова, выражающие беспокойство и участие, сострадание и внимание, восторг и ужас, иронию и скорбь? Вряд ли с таким скудным словарным запасом можно всерьез надеяться на длительное культурное лидерство в мире. Вылезший на российскую авансцену лавочник с напузником навязывает ошарашенной интеллигенции подобную же эстетическую простоту.

Лихолетье всегда сказывается и на языке – его лексике, ритмах, предпочтениях. Неумеренность становится нормой. Свидетель революционного буйства 1917 года и гражданской войны И.А.Бунин мастерски описал эти процессы в “Окаянных днях”: “Как они одинаковы, все эти революции!.. Создана целая бездна новых административных учреждений, хлынул целый потоп декретов, циркуляров, число комиссаров и вообще всяческих властей стало несметно... образовался совсем новый, особый язык, сплошь состоящий из высокопарнейших восклицаний вперемешку с самой площадной бранью... Все это повторяется потому, прежде всего, что одна из самых отличительных черт революций – бешеная жажда игры, лицедейства, позы, балагана. В человеке просыпается обезьяна”[6]. Одно из проверенных противоядий – чеканная, лаконичная, многослойная латынь. Побрезгуем ею – оставим без защиты свой собственный язык. И тогда лексикон русской фемиды сведется к примитивному балагурству телепопугаев, дешевым сентенциям думских говорунов, убогому жаргону современной Элочки Людоедки: “Прикинь, я прикалываюсь”! Знакомство с законодательными источниками и научным толкованием права далекой эпохи предполагает параллельную пропитку латынью. Здесь любой читатель волей-неволей прочувствует предпочтительность древнеримских терминов перед новоязами последующих веков.

Несмотря на соблазнительность исторических экскурсий и перетряхивания хронологической пыли, относительную новизну вопроса о механизме и путях перемещения римского наследия на территории восточных славян, центральным и важнейшим разделом

работы автору видится третий раздел. Здесь сопоставляется прааппенинская премудрость с уголовным законодательством и доктриной современной России. Мы нашли здесь по ходу исследования материала гораздо более того, что искали. Приглашаем в сообщники и читателя; он гарантированно прикоснется к таким животрепещущим вопросам, как, к примеру, следующие:

- есть ли механизм сглаживания трагического конфликта между человеком и законом;
- что важнее – общественный или личный интерес;
- каковы возможные приемы уголовно-правовой охраны казенных денег;
- каковы корни уголовного законодательства и есть ли будущность у обычаев;
- в чем заключается нелегкий выбор между надеждой на справедливого, но своевольного властителя и постоянным, но бездушным законом;
- есть ли определенность в таком вопросе, как основания криминализации человеческих поступков;
- как понимать диалектику сосуществования законодательных правил и исключений из них;
- что лучше – щадящее либо жесткое толкование уголовного закона и пр., и пр.

Главное – читателю не надо надеяться на получение бесспорных истин, не стоит безоговорочно принимать на веру, как и хулить почем зря римское право, а вкупе с ними уголовный закон России и заодно автора этого очерка.

Последние вступительные соображения посвятим рецепции. Именно ей, а не самому продукту заимствования, адресовано множество исследований, найдены волнующие эпитеты. Россия уже пользовалась европейской “гуманитарной помощью” – но не римско-правовой, а продуктами правдоискательства XVII–XVIII веков. Идеологи нравственного переустройства власти создали тот духовный фон, который Екатерина II пыталась привнести в свою просветительскую политику. Нравственно-философский флирт с западными мыслителями привел нашу императрицу, кроме всего прочего, к прямому плагиату в области уголовного права. Глава X ее Указа 1767 года, именуемая “Об обряде криминального суда”, практически дословно воспроизводит положения трактата итальянского маркиза Чезаре Беккария “О преступлениях и наказаниях”¹⁰. Но заимствование готовых рецептов по борьбе с преступностью отнюдь не бесчестит российскую правительницу.

Сей труд оказал огромное очистительное влияние на всю Европу, и тамошнее законодательство также преобразовывалось под наставления Ч.Беккария. Правящий российский двор поступил и провидчески, и быстро, воспользовавшись “гуманитарной помощью” всего через три года после опубликования трактата на родине автора, в Италии.

С тех пор мир ушел далеко вперед. Вряд ли антиклерикальные пассажи Гольбаха либо завуалированные нравственные сентенции Вольтера покажутся современникам грандиозными. Они исчерпали себя в практическом смысле из-за политической ангажированности. А римское право, это *ratio scripta*, вновь манит к себе. Здесь, в первобытной простоте, нужно искать современную правду, – но не в частностях, а в главном – в том, что Иеринг называл духом права, его принципиальными установками. С тем и проводим читателя на первую страницу.

Автор выражает признательность доценту кафедры новой и новейшей истории Ростовского государственного университета Людмиле Павловне ХОРИШКО и старшему преподавателю кафедры общего и сравнительного языкознания Ростовского госуниверситета Елене Вячеславовне СЕРДЮКОВОЙ за ценные критические замечания исторического и языковедческого характера. Благодаря им, итоговый вариант книги очистился от мелких погрешно-

¹⁰ Доказательную и обстоятельную работу на сей счет провел более века назад один из российских ученых. – См.: С. Зарудный. Беккария о преступлениях и наказаниях и русское законодательство. – СПб.: 1879.

стей, утратил налет обыденности и формальной прозрачности, но приобрел большую выразительность и стройность.

Раздел I

История римского права (краткий очерк)

Какое торжество готовит древнй Римъ?

Куда текутъ народа шумны волны.

К.Н.Батюшков

Мысль автора предпослать сравнительному анализу римского и современного уголовного права историю развития первого дышит не оригинальностью, а рядовой практичностью. Слишком значителен оказался собственный путь античных юристов и нравственно-правовой шлейф от него в культуре всего мира: от микроскопической *Roma civitas*, борющейся за этническое выживание через войны и огромные колониальные приобретения,¹¹ – к могуществу, владычеству и расцвету Древнего Рима – а от многовекового величия к падению Западной, наиболее динамичной части империи, и к медленному угасанию Восточной. А завершает этот путь (пока) восторженная рецепция античного клада в феодальной Европе и ситуативные взгляды современников. Многое смешалось на этой исполнинской дороге. Сосуществовали и сменяли друг друга обычаи, религиозные догмы и закон, писанные правила жизни и тайны понтификсов, внутригосударственные и международные порядки¹², либеральные установки и варварская жестокость, частные и публичные начала... Генезис этих фрагментов юридического регулирования был неровным, с рывками и откатами. Если же помнить и учитывать то печальное обстоятельство, что нормативные памятники и научные трактаты древней эпохи почти не сохранились для сегодняшнего анализа, то исторический экскурс прямо-таки просится в строку. Иначе современник многое не поймет, в противном случае (без временного среза) метания римско-византийской власти в области уголовного права покажутся необъяснимыми, тогда, – при статичном постижении отрывочных законодательных правил прошлого – нынешний исследователь так и останется в плену осознанных противоречий.

Для считывания и постижения римского права нужна историческая экспертиза. Благодарной памяти, как и всему сущему, требуется движение (эта вечная юность Вселенной – по К.Э.Циолковскому) за отражаемым объектом. Многократно прав был известнейший отечественный романист, когда утверждал, что “только тот юрист стоит на высоте своего призвания, у которого достаточно развито историческое чувство и для которого право является не мертвым собранием сухих логических формул, а одной из жизненных сил, которые определяют правила деятельности человеческого общества” [7]. Да и вообще скажем искренне: запах истории восхитителен!

¹¹ Завоевательные набеги на соседние и дальние территории обеспечивают приток на Аппенины огромных материальных ценностей и денежных капиталов. К примеру, контрибуции после первой Пунической войны составили 3 200 талантов, после второй – уже 10 000 талантов, а в результате победы над Антиохом III в 189 году список приобретений вообще гигантский: 1 200 слоновьих клыков, 234 золотых венка, 137 тыс. фунтов серебра, 224 тыс. серебряных греческих монет, 140 тыс. золотых македонских монет, огромное количество изделий из золота и серебра. – Данные приводятся по: Утченко С.Л. Древний Рим. События. Люди. Идеи. – М.: Наука, 1969. – С. 8. Понятно, что данный финансовый багаж спонсировал международную торговлю, ускорял миграционные потоки и подталкивал правотворческую ветвь власти к разработке новых правил обменных операций.

¹² Сегодня принято считать и писать, что в Древнем Риме внутренние заботы страны оказались отодвинутыми на задний план по сравнению с космополитическими планами. Что это не так, писал и предупреждал еще Иеринг в своем “Духе римского права” (см. параграф 20). Национальную привередливость римлян он даже называл “дисциплинированным эгоизмом”.

Источниковедческая партитура предполагает в первую голову нормативные памятники¹³, а затем уж литературные сочинения, бытописания и прочие останки некогда могущественной культуры, сохраненные своевольным и взыскательным этносом. Собственно нормативные источники могут быть поделены на два класса: официальные и неофициальные. К первому разряду относятся законодательные акты (в современном понимании), более или менее кратко изложенные на монетах, скульптурных монументах, медных досках, папирусах и т. д. Дорн сообщает, что в XVIII–XIX веках были найдены несколько медных досок, на которых сохранились следующие “законы времен Римской республики”:

1. Lex Tharia agraria (643 г.) – possessiones agripublicae.
2. Lex repetundorum – о взяточничестве.
3. Lex Rubria de gallia Cisalpina (705 г – ab urbe condita). В этом законе Цезарь установил правила судопроизводства в Северной Галлии.
4. Lex Julia municipalis (709 г.).
5. Lex Tudela Vespasiana (700 г.)¹⁴.

С давних пор и по сей день романисты, историки и прочие архивариусы пропагандируют как факт, что впервые на Аппенинах законодательство было введено Нумой Помпилием (2-й легендарный царь Рима). А вообще будем помнить, что “появление закона в истории каждого народа представляет весьма важный момент пробуждения социальной мысли, вступления на путь сознательного и планомерного социального строительства” [8]. Вероятно, единственным источником римского уголовного права до середины V века до н. э. были обычаи (просто *mos*) или обычаи предков – (*mores maiorum*). Части из них суждено было попасть в поле внимания зарождающейся публичной власти и стать обычным правом¹⁵, а позже и войти в официальные писанные источники.

Самый известный и изучаемый нормативный памятник римлян – Законы XII таблиц (*Leges XII tabularum*) – в подлиннике до нас не дошел, предположительно был утрачен во время галльского нашествия на Великий Город (тогда Рим подвергся сожжению). Не без оснований считается, что аппенинцы быстро восстановили свою национальную гордость в идеальной точности; вся читающая публика помнит свидетельство Цицерона, что каждый юный римлянин изучал и знал наизусть *Leges XII tabularum*.

Поучительна история принятия этого памятника – не в ней ли кроются истоки подобной бесподобной любви народа к своему национальному законодательству. Научная традиция приписывает одной из временных побед плебса в вечной борьбе с патрициями роль причины появления *Leges XII tabularum*.

На знамени римского пролетариата сверкало требование доступности права.¹⁶ Тайнственность юридических правил и процедур, отсутствие писаных законов позволяли знати долгое время притеснять низы. Глухое недовольство и роптание консолидировалось в итоге в главное требование – создать и довести до сведения каждого простые правила жизни, закон. Инициатива римской бедноты более 10 лет умело гасилась патрициями, но, наконец, в 454 году до н. э. три посланца Аппенин были командированы в Грецию для знакомства с

¹³ Историю источников права на рубеже XIX–XX веков именовали внешней историей права в противоположность анализу собственно текстов, правотворчества и правоприменения. – См. об этом: Брунс-Ленель. Внешняя история римского права. М.: Унив. типография, Страстной бульвар. – 1904. – С. 10.

¹⁴ Цит.: Римское право. Лекции проф. Дорна. – СПб.: Фонтанка, 92. – С. 26.

¹⁵ Обычное право... возникало без законодателей, а лишь путем повторного длительного применения среди народа. Но обязательную силу имели те привычные правила, которые в духе правового порядка и с предварительной визой государственных органов служили заполнением законодательных пробелов”. – И-во Пухан, Мирьяна Поленак-Акимовская. Римское право (базовый учебник) / Пер. с македонского. – М.: Зерцало, 2000. – С. 39–40.

¹⁶ И оно было реализовано. Как писал великий Теодор Моммзен, “главное значение этих законов в том, что теперь консул обязан был судить по ним, а всего более в том, что законы были опубликованы и, таким образом, были поставлены под общественный контроль”. – Моммзен Т История Рима. – СПб.: Лениздат, 1993. – С. 37.

законами Солона. Возвращение депутации на родину состоялось через три года, а через год (450 год до н. э.) народное собрание приняло первые 10 таблиц, подготовленных специальной комиссией (*Decemviri legibus scribundis*). Понадобился еще один трагический год (диктаторское поведение очередной группы децимвиров и их свержение), чтобы базовый памятник права досрочно до дюжины таблиц.¹⁷ В самом законе уголовному праву были посвящены только 2 раздела – 8-я и 9-я таблицы.

Параллельно с писаным правом продолжает азартно работать вместо (а чаще – впереди) закона административная юстиция. Общим и обширным источником уголовного права являются решения/узаконения различных магистратов – *coercitio*. “В 130 г. юрист Сальвий Юлиан на основе обобщения или сведения воедино преторских эдиктов составил так называемый “Постоянный эдикт” (*Edictum perpetuum*). Окончательный текст этого эдикта был утвержден сенатом и санкционирован императором Адрианом. Впоследствии юристы, в том числе Павел, Ульпиан и другие, написали множество комментариев к этому эдикту, которые также следует отнести к источникам права” [9].

После принятия Законов XII таблиц уголовное законодательство развивается бурно: плебисциты, постановления сената (сенатусконсульты), преторские эдикты. Особенно усердствуют Цезарь Август и Сулла (*Corneliae*). При их живейшем участии появляются следующие антикриминальные законы: *Lex Julia de ambitu*; *Lex Julia de republica*; *Lex Julia de vi privata*; *Lex Cornelia de sicariis et delictis, de fassis*; *Lex Cornelia de majestate*; *Lex Cornelia de injuriis, de adulteris*; *Lex Cornelia repetundarum* и пр.

Кульминацией правдоискательства, персонифицизма и гражданских свобод в современном звучании, но в эпоху рабовладения стал *Lex Valeriae de provocatione*. По этому закону исполнительная власть не имела право на исполнение смертных приговоров (*poena capitalis*) или телесных наказаний (*verbera*), если осужденный будет апеллировать о справедливости к народу (*provocatum ad populum*). Роль народа исполняли собрания – комиции.

С наступлением императорского периода абсолютизм настырно реализует себя и в сфере правотворчества. Конституции властелина объявляются действующим правом (*leges*), а прежнее республиканское законодательство – *jus antiquum*. Параллельно угасает роль обычаев: по конституции Константина 319 года обычаи уже не могли противоречить общим правовым предписаниям. Акты императорской власти, служившие источниками права, медленно развивались, совершенствовались и выливались в следующие формы:

а) *oratio principis* – издание постановлений от имени Сената¹⁸;

б) *edicta* – публичное объявление или оглашение новых нормативных актов страны (как видим, данное полномочие главы государства дожило до наших дней);

в) *decreta* – решения императора по конкретным гражданским и уголовным делам, параллельно и вместо судов (последующие столетия юридического развития сузили это право до уровня помилования – индивидуальной щадящей коррекции отдельных правоприменительных решений, не ставящих под сомнение их законность);

г) *mandata* – частные инструкции территориальным чиновникам, содержащие общие правила. Обычно выдавались руководителям присоединяемых к империи местностей и содержали запрет на принятие взяток от управляемого населения.¹⁹ [10].

¹⁷ См. об этом: И.А.Покровский, цит. соч., – С. 85–88.

¹⁸ Название этого органа государственной власти происходит от латинского слова *senex* – старик. Этимологический корень названия обычно истолковывается следующим образом: первоначально Сенат состоял из престарелых лиц, не пригодных к ношению оружия и, значит, не могущих участвовать в комициях. Старики были призваны оказывать помощь царю в другой форме – советами, быть *consilium regis*.

¹⁹ Данная форма правотворчества характерна для любых государств, переживающих период географического роста и политического объединения. “Нормативный материал по борьбе с преступностью в разрастающейся Московии, например, формировался методом наслоения. К обычному праву, частично зафиксированному в Русской Правде и других источниках и используемому на вновь присоединяемых территориях, великие московские князья присовокупляли малые уголовные

д) *rescriptum* или *epistola* – своеобразное толкование верховного лица, имеющее нормативную силу; письма, в которых содержится ответ на просьбу/вопрос подданных – частных лиц либо чиновников.

Рост товарно-денежных отношений и миграционных процессов не только изменил социальную структуру Римского государства, но и множил противоречия между динамичной жизнью и быстро стареющим правом. Административная юстиция уже не спасает. Власть маневрирует – в качестве временного выхода предлагает руководствоваться комментариями юристов²⁰.

Но настоящим апофеозом кодификационных усилий Рима, приведших к созданию весьма совершенного свода нормативных правил, стал кодекс византийского императора Цезаря Флавия Юстиниана (правил с 527 по 565 гг. н. э.)²¹, называемый с XII века *Corpus Juris Civilis*. Готовился в течение нескольких лет специальной комиссией под руководством Трибониана. Безжалостное время сохранило его не полностью, цельная рукопись отсутствует, причем официального издания последней части Свода (Новеллы) нет вовсе – имеются только частные списки. *Codex Justinianus* состоит из 4 частей:

а) **Institutiones** (базируются на сочинениях Гая, имевших в основном учебное предназначение и получивших юридическую силу для правоприменителей по Указу 533 года. Сам император любил первую часть свода и называл ее *totius legitimaе scientiae prima elementa*);

б) **Digesta seu Pandectae** – представляют собой цитаты 39 известнейших юристов античности из почти 2000 источников тех лет (состоят из 50 книг, разбитых на 9132 фрагмента. Впервые опубликованы в 533 году. В Дигестах аккумулирована практически вся юридическая литература Рима I–III веков н. э. Они составляют самую важную, капитальную часть Юстинианова сборника. Собственно уголовному праву посвящены 8-я и 9-я книги Дигест. Император именовал пандекты *proprium et sanctissimum templum justitiae*)²²;

в) **Codex** – собрание императорских конституций из 12 книг, начиная с императора Адриана (уголовному праву посвящена одна – 9-я книга. Вступил в силу в 529 году, а в 534 году вышел в обновленной редакции);

г) **Novellae** – конституции Константина, изданные во время и после работы комиссии Трибониана над первыми тремя частями свода (по естественным причинам в официальный сборник включены не были, а дошли до наших дней в неполном объеме (всего 168 новелл) и большей частью на греческом языке. Вдохновитель завершения сего египетского труда под-

наказы в отдельно направляемых уставных грамотах”. (Цит.: Уголовное право. Общая часть // Учебник под ред. проф. В.Н.Петрашева. – М.: Изд-во “Приор”, 1999. – С. 23. Крепнущий общерусский центр постепенно, как и в Древнем Риме, ставит местную феодальную знать в финансовую зависимость от московского сюзерена. Эпоха завуалированного взяточничества (самостоятельного кормления чиновничества от местных просителей) ограничивается: Судебник 1497 года Ивана III просто запретил посулы (плату за разрешение дел), а Иван IV в своем Царском судебнике 1550 года дополнил отцовский запрет и санкциями – штрафом для столоначальника и торговой казнью для подьячего. В современных указах российских президентов, договорах Центра и субъектов Федерации нет специальных предостережений против лихоимства и казнокрадства. А ведь в Отечестве “уже высказывались, хотя и с большою осторожностью, мнения о вреде взяточничества”.

²⁰ В императорском периоде мнения известных правоведов приравниваются к писаному праву и получают наименование *ius*. Высшая нормативная сила полностью и окончательно закрепляется за императорскими узаконениями (которые называются *leges*), а сама принимается за кодификацию. Последовали: частный сборник по систематизации законодательства при Диоклетиане, известный как *codex Gregorianus*; *codex Hermogenianus* (начало IV века); *codex Theodosianus* (438 год в уголовно-правовом смысле очень богат.

²¹ В интересах настоящей работы приведем дополнительные сведения о легендарном собирателе законов. Как сообщают Л.Л.Кофанов и В.А.Томсинов, Юстиниан родился “11 мая 482 г. в г. Таврезе в Иллирии (современная Сербия). Возможно, по происхождению он был славянином. Его дядя был родом из простых иллирийских крестьян. Тем не менее Юстиниан прекрасно владел латынью, получил блестящее юридическое образование. Был весьма энергичен, доступен простому народу, ненавидим аристократией”. – Памятники римского права. Институции Юстиниана. – М.: Зерцало, 1998. – С. 7.

²² “Из конституции Юстиниана от 16 декабря 533 года “*Omnes*” мы узнаем, что комиссия использовала около 2 000 книг, содержащих в себе 30 раз по 100 тыс. строк, т. е. 3 миллиона строк”. – Цит. по: Дигесты Юстиниана. Избр. фрагменты в переводе и с примечаниями И.С.Перетерского. – М.: Наука, 1984. – С. 20.

чиненных не увидел: “При Юстиниане составлены были только три первые части; последняя сведена в одно целое уже после его смерти” [11].

Утрата большинства законодательных памятников буйной римской эпохи во многом восполнена неформальными источниками – трудами литераторов, историков, грамматиков. Таковы комедии Тита Макция Плавта (сохранились 20 из 21) и Публия Теренция Афры, которые, несмотря на проэллинское начало, оставили нам свидетельства жизненного уклада именно Рима III–II веков до н. э., в том числе юридических порядков. Комедиографы позволяли себе и иронические выпады; Теренций вкладывает в уста Сира, одного из героев пьесы “Самоистязатель”, следующие слова: “Но верная у нас на это есть пословица: “Злу высшему равна законность высшая” [12]. Храбро пролагал дорогу светским нравам и праву в борьбе с религиозными догмами (*fas*) выдающийся римский поэт и философ Тит Лукреций Кар (9555 гг. до н. э.)²³, а его современник Гай Валерий Катулл клеймил в стихах за казнокрадство Мамурру, друга Цезаря.

Особо ярким творцом, пропагандистом и применителем римского права республиканского периода был Марк Туллий Цицерон (106-43 гг. до н. э.). Юрист, оратор, политик, государственный деятель общенационального масштаба (консул) с трагической судьбой, Сисего наиболее известен своими публичными речами. В них есть многое – и предложения к изменению законов, и толковый комментарий, и связь права с нравственностью, и обычная житейская страсть. А его речь в защиту Тита Анния Милона содержит рецепт, попытка введения которого в российское уголовное законодательство о необходимой обороне имела место совсем недавно: “Есть такой закон, не нами писанный и не нами рожденный... и закон этот гласит: если жизнь наша в опасности от козней, насилий, от мечей разбойников или недругов, то всякий способ себя оборонить законен и честен” [13]. Федеральным законом от 1.07.1994 года защита от опасных для жизни посягательств объявлялась свободной от каких-либо ограничений, допускалась реакция в самой крайней форме, с использованием любых средств. Эта новелла фиксирует признание бессилия современного Российского государства в борьбе с преступностью. Вспомнили о старинном рецепте римского права: *ignoscitur ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit* (тот подлежит оправданию, кто защищает собственную жизнь).

Ценные записи о юридических порядках огромного Римского государства оставили нам историки Полибий (“Римская история по-гречески”), Тит Ливий (“История от основания Рима”), Гай Юлий Цезарь (“Записки о галльской и гражданской войнах”), тенденциозный Публий Корнелий Тацит (История, Анналы) и Гай Саллюстий Крисп (Заговор Катилины, Война с Югуртой, История). Последний, в частности, справедливо замечает, что, “когда царская власть, сперва служившая сбережению свободы и возвышению государства, обратилась в грубый произвол, строй был изменен – римляне учредили ежегодную смену власти и двоих властителей. При таких условиях, полагали они, всего труднее человеческому духу проникнуться высокомерием”. (“Заговор Катилины”). Именно он впервые заговорил о массовых убийствах политических противников Суллой посредством проскрипций (букв.: объявления; списки людей, подлежащих уничтожению).

Быт и нравы римской провинции в изящной психологической упаковке рисует Луций Апулей (“Метаморфозы”); связь богатства, жадности и распутства с преступностью уличал Децим Юний Ювенал (“Сатиры”). В это же время творил свои эпиграммы избранник Тулии – музы комедии и эпиграммы – Марк Валерий Марцалл, а легендарный Овидий провел в изгнании последние десять лет своей жизни за лирические издевательства над моральным законодательством Августа (“Наука любви”). Художественно изображали юридические

²³ В поэме “О природе вещей” он утверждал: “Лучше поэтом жить, повинаясь, в спокойствии полным, нежели власти желать верховной и царского сана”. – Г. Гусев. Странствия великой мечты. – М.: Молодая гвардия, 1982. – С. 73.

нравы Рима на пороге новой эры Публий Вергилий Марон (“Буколики”, “Энеида”, “Георгики”) и Квинт Гораций Флакк (“Оды” и другие произведения которого дошли до нас в полном объеме). Тогда же философствовал и подвергал критическому моральному анализу законодательные устои империи Луций Анней Сенека (“Трагедии”, “Нравственные письма к Луцилию”, трактаты), за что Клавдием отправлялся в ссылку, а по приказу другого властелина – Нерона – вынужден был самолично принять смерть.

Строго говоря, историко-правовая литература тех лет практически отсутствует. Исключениями выглядят: *Liber singularis enchiridi* (сочинение Секста Помпония времен владычества Адриана) и *Origines* – энциклопедия всех наук севильского епископа Исидора (630 г.), в которой нашлось место и римскому праву.

Более обширны, известны, значимы и постоянно комментируются труды юристов римской эпохи. Большая часть из них, как уже было отмечено, вошла в Дигесты. Полностью сохранились, отысканы в светских дворцах и религиозных хоромасочинения Ульпиана – *Tituli undetrignita ex corpore Ulpiani*, Павла – *Sententiarum receptarum ad filium libri quanque* и Гая – *Institutionum commentarii quattuor*. На их основе, собственно, и произошел позднее европейский шквал рецепции.

Что, собственно, считать римским правом? – только на первый взгляд сей вопрос кажется наивным (для гоголевского Петрушки) либо кощунственным (для адептов чернотелых определенностей). На тысячелетней юридической дороге менялись, и существенно, объемы и границы римского права. Формирующаяся светская власть поначалу сильно зависела от старинных обычаев (*mos*) и культовых правил (*fas*). Монополизировав управление и создав первичное квиригское право, знать столкнулась с противодействием плебса; народ учредил республику с надеждой оседлать законодательные кресла. Плебсу удалось добиться важного – записи архаичной смеси, то есть обычного, светского и сакрального права в *Leges duodecim tabularum* (Законах XII таблиц). Значит, во-первых, римское право не сводимо только к светским, либо только к писанным законоположениям.

Рано возникшая и энергично культивировавшаяся идея индивидуализма (*utilitas singulorum*) не позволила пропасть в общественном союзе интересам отдельной личности. Римское право подразделялось на частное (*jus privatum* – наследственное, имущественное, семейное) и публичное (*jus publicum* – государственное, уголовное, финансовое). Рим, возглавлявший западную ветвь юридической цивилизации, все время искал гармонию общественного и личного начал. Следственно, во-вторых, полновесное представление о римском праве не может ассоциироваться с какой-либо одной частью единого целого.

На Аппенинах с большим историческим опережением была пройдена еще одна грань юридического развития: от национального покровительства к фритредерству. Движимые наживой, дети Меркурия (торговцы) рушили убогие квиригские нормы. Под их напором национальное право Рима стремительно расслаивалось на внутреннее (*jus civile*) и международное (*jus gentium*)²⁴. Эти две ветви правового регулирования длительное время путешествуют рядом, что приводит к параллелизму процедур, правил и понятий. Таковы:

²⁴ Частью романистов и международников отстаивается иное предположение, что первенство во времени принадлежит межродовому праву. В нем – истоки будущих внутригосударственных порядков. Первоначально индивидуального права нет. У предков римлян существовало только междуплеменное право. Итальянская община составлялась из соединения родов или триб (*Ramnes*), живших на Палатинском холме, с сабинянами (*Tities*), занимавшими Квиринальский холм. Этот федеративный союз (*societas*), – пишет В.Э.Грбавь, – вынуждался войною с соседями и распадался с ее окончанием. Об этом свидетельствуют предания об общем божестве *Ramnes*, или *Tities*, храм двуликого Януса (*Janus geminus*, *Janus bifrons*), двери которого открывались лишь во время войны, легенды о двух основателях Рима, двойственная структура власти и пр. Возникновение государственной организации в результате распада родового общества на классы привело к тому, что “сношения между родами потеряли свой международно-правовой характер. Единое до того *jus gentium* расслаивается: часть его, превратившись во внутреннее право римской общины, право квиригов (*jus Quiritium*), получившее в дальнейшем название гражданского права (*jus civile*), стало регулировать отношения внутри общины, другая его часть сохранила свою прежнюю функцию, регулируя внешние отношения нового государственного образования”. “Первоначальное значение римского тер-

а) удовлетворение от преступления (*res reddere*) судом рекуператоров (при наличии договора) или фециалами (при отсутствии договора);

б) сосуществование двух форм экстрадиции – межобщинной (*noxae deditio*) и внутриквиритской (*noxae datio*);

в) сходство процедур объявления войны по фециальному праву с возбуждением юридического производства (*leges actiones*);

г) соседство клятвы и залога в международном и внутреннем праве, имеющих на первой стадии одно название – *sacramentum*;

д) обращение к богам и ко всему народу как к свидетелям. Отсюда, в-третьих, следует непреложный вывод: и генетически, и по содержанию римское право представляет нерасторгимый союз международного и внутреннего права²⁵.

Обычно “наука делит римское право на две части: 1) право чисто римское и 2) право греко-римское. Гранью между ними считается правление Юстиниана (527–563), ибо своим собранием законов он возвел римское право на высшую ступень развития, а после него право уже разрабатывалось на других основаниях” [14]. Этот классификационный водораздел важен, нуждается в учете и оценке. Аппенинская и эллинская ветви общей юриспруденции чувствительно расходятся: если италийцам свойствен строгий практицизм взаимоотношений, то древние греки более расположены к идеализму, что сделало их учителями античного мира в области философии и искусства. Рим сверкал захватническими походами и республиканскими порядками, Византия же вошла в историю веротерпимостью и абсолютной властью монархов; западная часть олицетворяет молодость и искания нового, восточная – сибаритство и старческое угасание, проедание общего юридического багажа... Однако кодификации суждено было случиться на Востоке, там же формально и очень долго продлевалась юридическая жизнь по старым корням. Из песни слова не выкинешь. В-четвертых, Рим и Константинополь – две грани единого, целого и неповторимого римского права. Наконец, в-пятых, важнейшими ингредиентами римского права были наука и практика; законодательство зачастую плелось в хвосте событий, общие юридические правила ковались на марше, в походе. Власть не поспевала с правотворчеством за приращением территорий и меняющейся социальной структурой, а потому канонизировала нормативные находки магистратов и толкователей²⁶. Юридическое ремесло поэтому пользовалось огромным уважением в империи, что навсегда запечатлено и в юстиниановом своде.

мина *jus gentium*” // Из научного наследия проф. В.Э.Грабаря. – Тарту: Учен. записки ТГУ. – Вып. 148. – 1964. – С. 30–31.

²⁵ История повторяется. Некогда великий Рим олицетворял космополитические устремления, позволяя внутренние квиритские порядки корезить в угоду мировой торговле. Их территориальные потомки первой половины XIX века боролись за национальное объединение и против могущественного соседа (Австро-Венгрия), а потому яро противодействовали космополитическим и всемирно-человеческим умствованиям. Один из духовных вождей Рисорджименто (движение за возрождение Италии) Джузеппе Джусти призывал воздерживаться от *jus gentium* до воссоздания национальной государственности. В его легендарной шутке “Просветители” есть и такие злые строки: Возгласить настало время: Я ни с кем и я со всеми, Человек без подданства. Примем всех, кого угодно, Уживемся превосходно Даже с обезьянами. И по этому закону Сотворим назло Платону Вечную республику. (Дж. Джусти. Шутки. – М.: Наука, 1991. – С. 80). Мы видим, что мировой дух традиционн поселяется в империях, там же концентрируются и общемировые претензии на господство своих правил. Сегодня это делают США под гуманитарным флагом защиты прав и свобод всех чужестранцев.

²⁶ О важности практикующей юриспруденции для развития права в тот далекий период убедительно пишет потомок древних латинян, итальянский профессор Чезаре Санфилиппо: “Ныне деятельность истолкователя ограничивается точным пониманием содержания и значения нормы и последующим ее применением к конкретному случаю. В римском же мире, напротив того, *interpretari*, истолковать в некоторых случаях означало буквально создать право. И верно, наряду с довольно скудным числом случаев, для которых можно было сослаться на писаную норму, в отношении которых римский юрист осуществлял ту же деятельность, имелся целый ряд (довольно многочисленный) других случаев, которые за отсутствием писаной нормы необходимо было подвести под юридическую регламентацию, привлекая обычай. Применительно к этим случаям римский юрист, глубокий знаток обычаев, *mores*, должен был самостоятельно извлечь из них и создать юридическую норму, включить ее в систему, вывести из нее все возможные теоретические и практические следствия”. – Чезаре Санфилиппо. Курс римского частного права. – М.: Изд-во БЕК, 2000, С. 18.

Итожим: римское право – это многомерное явление. Его обследование может претендовать на полновесность и истинность лишь в том случае, если потомки не брезгают всеми гранями юридического наследия: естественным и положительным (государственным) правом; союзом обычая, религии и закона; личностной и общинной направленностью; международной и национальной линиями развития; западной и восточной ветвями правовой культуры; законодательным, правоприменительным и доктринальным срезами.

Периодизация римской государственности и права, в интересах данной работы, имеет по преимуществу прикладной характер. Поставив задачу краткого изложения правовых установлений Рима, мы тем самым обрекли себя на сгущение информации, на этапизацию прошлого. Надо сказать, что в этом вопросе степень единодушия романистов различна по отношению к государственности и праву. Развитие государственного механизма от *Roma civitas* к Римской империи практически безоговорочно делится на три фазиса. Если лидеры исторической школы (проф. Майнцского университета Густав Гуго и его преемник, проф. Берлинского университета Карл Фридрих фон Савиньи) усматривали четыре стадии юридического роста Римской империи (младенческий – от основания Рима до издания Законов XII таблиц; отроческий – до конца республики, время писаных законов и активного правотворчества; возмужания – от Цицерона до Александра Севера, время классической юриспруденции; старческий – эпоха упадка, от Севера до Юстиниана), то в XIX–XX веках господствует трехчленная классификация: царский, республиканский и императорский периоды. Намного сложнее обстоит дело с периодизацией собственно правового развития:

а) К.Г. Федоров и Э.В. Лисневский выделяли два основных периода в развитии римского права – предклассический (II–I вв. до н. э.) и классический (I–III вв. н. э.)²⁷;

б) есть большая группа сторонников трехэтапного правового пути римлян. Так, О. Жидков и Н. Крашенинникова видели три стадии и государственности, и права Рима, но временные границы и названия им предлагают разные. В частности, правовой путь разбивается на три ступени: древнейший (VI – середина III в. до н. э.), классический (середина III в. до н. э. – конец III в. н. э.) и постклассический (IV–VI вв. н. э.) периоды²⁸;

в) четырехзвенная классификация отстаивается О.А. Омельченко²⁹, Е.О. Харитоновым³⁰ и В.А. Савельевым³¹. Можно предположить, что сторонниками четырех этапов в развитии римского права были И.Б. Новицкий и И.С. Перетерский; не давая периодизации, они писали о четырех исторических системах права – квинтском (или древнейшем, гражданском) праве, преторском праве, праве народов и праве естественном³²;

²⁷ История государства и права зарубежных стран: Учебное пособие. – Ростов-на-Дону: РГУ, 1994. – С. 228.

²⁸ История государства и права зарубежных стран: Учебник для студентов юр. вузов и факультетов. – Часть II. – М.: 1996. – С. 152. Аналогичного мнения придерживался и проф. П.Н. Галанза. “В истории Римского права, – писал он, – можно установить три периода: а) в первый период, предельной границей которого является 1-я Пуническая война (264–242 гг. до н. э.), вырабатывается так называемое гражданское, квинтское гражданское право; б) во второй период, предельной границей которого является царствование Диоклетиана (с 284 г. н. э.), римское право переживает пору своего расцвета. Оно выходит за национальные рамки. Рядом с гражданским правом появляется преторское право, из которого выделяется так называемое “общенародное право” (*jus gentium*). Эдикт императора Каракаллы (212 г. н. э.) уничтожил двойственность римского права, и оно стало единым для всех жителей Римской империи; в) третий период относится ко времени разложения и гибели рабовладельческого Рима. В рабовладельческом обществе зарождаются феодальные отношения. Христианство становится государственной религией. В это время происходит систематизация (разрядка в источнике – А.Б.) всего римского права, итогом чего был свод императора Юстиниана...” (Галанза П.Н. Государство и право Древнего Рима. – М.: МГУ, 1963. – С. 11–12). На тех же позициях расположился А.И. Косарев (доклассический, классический и постклассический – Римское частное право. – М.: 1998. – С. 21).

²⁹ Квинтское право – переходный или предклассический – классический – постклассический период. – Римское право: Учебник. – М.: 2000. – С. 15–18.

³⁰ Основы римского частного права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1999. – С. 36.

³¹ Римское частное право // Проблемы истории и теории. – М.: 1995. – С. 5.

³² Римское частное право: Учебник под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. – М.: 1997. – С. 19–23.

г) наконец, пять самостоятельных и различающихся друг от друга ступеней в генезисе римского права усматривают Д.В.Дождев (архаический – предклассический – классический – постклассический – юстиниановский периоды)³³ и Е.А.Скрипилев³⁴.

Нам представляется предпочтительным трехэтапное видение римского правового пути. И причины этого выбора следующие: а) научные взгляды на правовую периодизацию приноравливаются в большей мере к частному, а не публичному праву; б) они противоречивы, и завершения дискуссии пока не видать; в) публичное право всегда и везде более строго увязано с государственной идеологией и судьбой государственной машины, чем частные отрасли права; г) государственная история Рима единодушно делится учеными на три периода; д) в дореволюционной отечественной романистике более распространенный характер имела трехэтапная классификация (К.Неволин и др.).

В силу этих данных, а также того обстоятельства, что настоящий вопрос не имеет для нашей работы принципиального характера, изберем для обобщенной оценки римского юридического наследия трехэтапную классификацию (царский, или древнейший, период, республиканская, или классическая, эпоха, императорский, или постклассический, этап). Положим эту модель периодизации права в основу нашего рассказа о прошлом, прислушаемся поэтапно к “трепетанию юридической мысли” (Тит Ливий) на Юге Европы, в очаге европейской цивилизации.

* * *

Римское право: от простых квинтитских правил до распада империи. Первый, царский этап – эпоха сотрудничества и соперничества светского права (*jus*) с обычаями (*mos*) и *fas* (священное или откровенное, религиозное право). Тут боролись консервативное и прогрессивное начала. Родовые обыкновения с упорством воспроизводились общиной в форме молчаливого согласия (*usus consuetudo*), без записи и потому назывались *jus non scriptum*. Пока они имеют равную силу с законом и образуют с ним единое положительное право (*jus positivum*).

Царский (древнейший) период – эпоха господства сакральных норм и сакральной юстиции. К преступлениям религиозного свойства относились нарушения весталками обета целомудрия, патроном своих обязанностей перед клиентом, клятв, присяги и межевых знаков. Покровом таинственности было надежно окутано само судопроизводство. Жрецы (понтифексы) составляли служебный календарь и держали его в секрете. Лишь они знали приемные (*dies fasti*) и неприемные (*dies nefasti*) дни для разбирательств. Лишь в разрешенные дни творилось официальное правосудие, когда жрец мог объявить страждущим заветные слова: *do, dico, addico* (даю право, принимаю решение, присуждаю победу в споре).

Об этом свидетельствовал Тит Ливий: при отсутствии писаных книг, общеизвестных эдиктов, знание формул юридических сделок и процессов представлялось тайной наукой *pontifices*; календарь, имеющий важное процессуальное значение, действительно был точно известен только им одним (*jus civile reconditum in penetralibus pontificum* – Liv. 9, 46,5).

Понтифексы монополизировали и важную по тем временам функцию предсказаний в отношении важнейших начинаний *Roma civitas*³⁵, и регулирование межплеменных сноше-

³³ Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. – М.: 1997. – С. 13–75.

³⁴ Основы римского права: Конспект лекций. – М.: 2000. – С. 19.

³⁵ Нелишне знать, что в начале деятельности Российской Академии наук (XVIII век) ее членам также поручалось составлять гороскопы. Единственное отличие от похожей практики римских служителей культа состояло в объекте наблюдения: коллеги авгуры предсказывали будущее по особенностям полета птиц и склевывания ими зерен, российским и иностранным академикам приходилось опираться на поведение более загадочных объектов – звезд. Приятно вспомнить недавнее прошлое. На требования Горбачева, Ельцина и прочих партийных бонз к науке сконцентрировать свои усилия в преддв-

ний. Последние регулировались в основном *fas*, а не *jus*: призыв богов в свидетели, обрядное бросание окровавленного копья на сопредельную территорию в случае объявления войны и пр.

Нарушитель религиозных догм и запретов (*homo sacer*) подлежал двойному и удвоенному покаранию; ему мстили и за нарушенный покой общины, и за (для) разгневанных богов. Одновременная религиозная и светская опала (*sacratio capitis*) была тяжкой. Оскорбитель *fas* лишался имущества в пользу соответствующего храма (*conservatio bonorum*) и мог быть беспосредственно убит любым лицом – соплеменником или чужеродцем. Да и вообще “многие преступления, которые мы теперь отнесем к уголовному праву, прежде обнимались сакральным правом или частным гражданским, как, например, кража, увечье, против которого применялось *jus talionis*, имевшее обширное применение в царском периоде” [15].

В области уголовного права и процесса безраздельно властвовали самооборона и расправа с преступником на месте: “Если совершивший в ночное время кражу убит (на месте), то пусть убийство (его) будет считаться правомерным”, – указывалось в таблице VIII [16]. Такая практика не только не считалась предосудительным делом, но и даже приветствовалась общественным мнением и официальной властью: *vim vi repellere licere, idque jus natura comparator*. Все преступления делились на два разряда:

а) частные, против личности (*particidium*) – воровство, грабежи, убийства, уничтожение или повреждение чужих вещей и пр.;

б) публичные или политические (*perduellio*) – бунт, государственная измена, помощь военному противнику Рима, поджог, лжесвидетельство, насильственное сопротивление власти и пр.

Первая категория расследовалась специальными должностными лицами (*quaestores partitidii*), производство по второй группе преступлений зависело от усмотрения принцепса: он мог самостоятельно реализовать следственные и судебные функции, а мог поручить разбирательство особым судебным следователям – *duumviri perduellionis*.

В заключение отметим, что на излете первого периода развития римского права свободные общинники выторговали себе привилегию на провокацию. Вердикт *duumviri perduellionis* по уголовным делам мог быть обжалован (и в этом случае не подлежал исполнению до получения итогов апеллирования) в куриатские комиции, то есть народные собрания. Чернь искала защиты от несправедливостей и преследований у соплеменников, законодателей, в гласных процедурах.

Республиканскую (или классическую) эпоху в контексте нашего исследования иногда именуют плебейским правом, что частично справедливо. *Provocatio ad populum* упрочивает свое положение в области уголовного судопроизводства окончательно. Нервное противостояние знати и черни дало свои плоды еще в одном: после очередного ухода из столицы обиженного плебса (467 г.) Гортензий издал закон, по которому плебисцит был уравнен в юридической силе с другими источниками права (*ut eo jure, quod plebs statuisset*). Наконец, сменилась форма правления: царский престол заняли ежегодно сменяемые магистраты (вначале они назывались преторами, позже – консулами).

Безусловный нормативный центр республиканского периода – *Leges XII tabularum*, в котором уголовное право представлено не густо (8-я и 9-я таблицы). Этот законодательный памятник знаменует только рассвет положительного права. Публичные правила уже главен-

рии 26 съезда КПСС на важных делах ректор Ростовского госуниверситета незабываемо сострил на городской партконференции: “Многотысячный коллектив нашего университета выдвигает в качестве злободневной интеллектуальной задачи лозунг: “Достоинство встретим комету Галлея!” Когда нынешние вожди обращаются к интеллигенции с сакральной просьбой срочно придумать национальную идею, сознание щекочит противные мысли: а может ли быть национальная идея в униженной, зависимой от зарубежных доноров стране?; не будет ли она пахнуть национально-освободительным нектаром?; а нужен ли такой уклон исполнения заказчику?

ствуют, но родовые порядки пока тоже сильны. Частная месть (*vindicta privata*) медленно вытесняется общественной карой (*vindicta publica*). Денежная пеня уживается с талионом, право на провокацию к народу – со смертной казнью и членовредительными наказаниями, республиканский дух – с варварскими казнями, преследующими идею устрашения (утопление в кожаном мешке вместе с обезьяной, собакой либо змеей, *praecipitum* – сбрасывание головой вперед с высокого моста, отрубание ног – *pedis abscissio*, сталкивание вора-раба с Тарпейской скалы³⁶.

Восьмая таблица дает основание говорить о делении всех преступлений на несколько сортов, но в первую очередь на посягательства против личности (*injuria*) и против собственности (*furtum*). В свою очередь преступления против личности классифицировались по закону также на два разряда: обида словесная (*injuria verbalis*) в форме пасквилей (*carmen famotum*) или публичных оскорблений (*ouentare*); обида физическая (*injuria realis*) – побои, увечья.

Уголовно-правовые нормы во фрагментах 8-й таблицы содержат блистательную (во многом и по сей день) реакцию государства на хищения. Воровство (*furtum*) обязательно увязывается с корыстным мотивом (эта установка достигла уровня учебного знания, о ней писал Гай – *Inst. Lib.IV*, параграф I), в противном случае содеянное квалифицировалось как обида, деяние против личности. Средиземноморское законодательство откликлось и на такую сложную проблему, как причинение вреда собственнику при отсутствии признаков завладения (захвата) вещью. Такие ситуации – поездка на лошади далее оговоренного места, пользование предметом залога и пр. – твердо охватывались понятием *furtum*.³⁷

Очень подробно дифференцирована в *Leges XII tabularum* ответственность за *furtum*:

а) по времени – дневное (*furtum diurnum*) и ночное (*furtum nocturnum*) воровство – первый подвид влек телесное наказание и рабство у потерпевшего (*addictio*), а второй подкреплялся правом на немедленную расправу с преступником³⁸;

б) по признакам субъекта – различно каралось воровство, произведенное свободным римлянином, рабом (смерть) либо несовершеннолетним (розги);

³⁶ Тарпейская скала представляла собою в те времена один из утесов Капитолийского холма в центре Рима. Место казни считалось удобным по признаку близости к площади, где творилось судоговорение; не только пострадавшая сторона и судьи, но и улюлюкающая толпа зевак могла принять участие в исполнении только что прозвучавшего приговора. Вначале с Тарпейской скалы сбрасывали только наказанных смертью преступников. Позже утес стал лобным местом и для невинных – физически дефектных лиц (*monstrum*). Попытки править человеческую биологию юридическими мерами зло высмеял в притче “Тарпейская скала” известный русский художник Павел Андреевич Федотов. Устроен на скале Тарпейский комитет. Набрали членов добрых, честных, Умом, ученостью известных, Хирургов цвет. И в этом комитете Осматривались все и подчищались дети. Проходит двадцать, тридцать лет, Вот новое уже явилось поколение, Но вовсе не видать в породе улучшения. (Цит. по: “Муза пламенной сатиры”. – М.: Детская литература, 1974. – С. 79. Аппенинская страсть к “высотным” способам исполнения наказаний сохранилась и в Средние века. В Венеции осужденных сбрасывали в канал с моста, за что последний получил наименование “моста вздохов”.

³⁷ В отечественном уголовном законодательстве искания лучшей конструкции продолжают. УК РСФСР 1960 года содержал состав причинения ущерба государственной и общественной собственности без признаков хищения – ст. 94, а случаи угона автотранспорта относились к группе преступлений против общественного порядка. В то же время пресса пестрела сообщениями о загнанных подростками колхозных лошадях (самовольный прокат), а наука дискутировала о целесообразности введения состава временного позаймствования чужого имущества и “возможности” хищения нематериальных энергоносителей. Последний кодекс декриминизировал случаи причинения ущерба собственнику, если они не выражены в форме хищения, но ввел в специальную главу статью об уголовной ответственности за неправомерное завладение транспортными средствами без цели хищения и установил ответственность за жестокое обращение с животными (ст. 245). Рассуди читатель: уголовный закон какой эпохи и какого государства, формально пропагандирующего частную собственность и личный эгоизм, больше заботится о собственности как основе рыночного уклада экономики?

³⁸ Ночной похититель мыслился в те времена более опасным субъектом, что понятно в свете права на самооборону. Потерпевший не был стеснен в своих действиях по защите имущества, но в темное время суток охрана ценностей была более трудным предприятием. Сегодня корыстные посягательства вошли в круг забот публичной власти, и потому она ищет превентивные средства в самом корыстолюбце; главное – не время хищения, а его открытость либо тайность. Причем ответ на последний вопрос зависит от субъективной оценки происходящего самим виновным.

в) выделялось явное (*furtum manifestum*) и неявное (*furtum nec manifestum*) воровство, причем последний вариант преследовался весьма мягко – двухкратной денежной пеней от стоимости похищенной вещи;

г) существовала еще одна дифференциация, не воспринятая потомками. Мы позволим называть нижеприводимые ситуации особыми формами прикосновенности к чужим преступлениям, хотя древнеримские юристы причисляли их к *furtum*. Это: *furtum oblatum* – воровство, при котором похититель передает украденный предмет другому лицу, надеясь таким образом уйти от ответственности, и эта вещь обнаруживается у невольного или настоящего помощника, и *furtum conceptum* – воровство, доказанное нахождением вещи у лица, которое не имеет ничего общего со злодеем;

д) наконец, уголовная ответственность приравнивалась и к потерпевшему. Рим более тщательно оберегал аппенинское имущество, чем союзнические вещи, расположенные в провинциях. Хищение государственного достояния в метрополии именовалось *peculatus*, а для аналогичных действий на окраинах империи пришлось приспособить уголовно-правовое понятие *repetundae*, которое вначале охватывало только взяточничество.³⁹

Преступления против личности и собственности считались как *crimina privata*. Но уже получили развитие и публичные деликты – *crimina publica*. Пожалуй, можно выделить три группы таких посягательств. Первая именовалась бы сегодня государственными преступлениями, и к ним без особой натяжки следует отнести подделку монет, участие в запрещенных союзах и ночных сходках, применение недозволенных приемов во время выборов (преступное искание должности или подкуп – *ambitus*), сопротивление магистратам и в первую очередь трибунам, использование фальшивых весов и пр. Но главное антигосударственное преступление в республиканский период именовалось *de majestate*.

Его появление связано с закономерным формированием другого национального феномена – *majestas populi Romani* (величие царственного народа). Закономерным потому, что эта политико-правовая конструкция была заказана самой жизнью – территориальными приращениями и крепнущим политическим могуществом Рима, консолидировавшими нацию, да республиканскими порядками. Первоначально субъектами *de majestate* признавались только высшие должностные лица: сенаторы, магистраты. Позже понятие этого преступления расширилось до уровня *perduellio*, увеличилась и палитра субъектов. С переходом к монархической форме правления начались атаки на общенациональную икону (*majestas populi Romani*), и первым здесь был Сулла. “Знаменитый диктатор, – писал дореволюционный романист, – отождествил себя с государством, то есть совершающий преступление *de majestas*, совершал его не против народа, не против государства, а против личности диктатора”. И далее: “Следовательно, природа преступления *de majestate* была извращена Суллой, и после него никто не отважился восстановить настоящее значение этого преступления: со времени Суллы *majestas* принадлежит тому, кто стоит во главе государства, но не народу” [17]. Сегодня это суждение если не оспаривается, то уточняется: утверждается, что нет нормативных подтверждений коварных помыслов Суллы и его последователей. “Величие императора не подме-

³⁹ Очень примечательно, что *peculatus* не погашалось давностью, и вообще недоимки по государственным деньгам (*residiis*) переводились на наследников казнокрада-расточителя. Так римляне берегли казенный интерес. К этому звали примеры античности. Так, Гарпал, казначей и друг детства А.Македонского, убежал от своего патрона в 324 г. в Афины с большой суммой денег. Разгорелся спор о выдаче беглого преступника. Позже он был убит на Крите. А что у нас? В разные годы и с разным успехом находились (находятся) в бегах от российского правосудия Березовский, Гусинский, Козленок, Собчак, Станкевич, попал в зарубежные полицейские сети Бородин. Так называемая приватизация останется в памяти поколений недосягаемым образцом общегосударственного *peculatus*. Казна разворована дотла, а страна обложена международными долговыми обязательствами на многие десятилетия вперед. И это не конец. Когда пишется эта книга, сотни новообращенных друзей народа, в том числе славящиеся предвыборным меценатством и борьбой за свободу слова олигархи, присосались к бюджетным жилам России: пошла денга в Чечню! А на политическом Олимпе и телеэкранах усиленно муссируется проблема амнистии нуворишам, – какие там сроки давности.

няет собой величия Римского государства и народа, а является составной частью этого величия... с эпохи Юлиев-Клавдиев и до IV в. *lex Julia maiestatis* не претерпел существенных изменений с точки зрения как толкования самого понятия *crimen maiestatis*, так и сферы действия данного закона. Несмотря на то, что процесс отделения *fas* от *ius*, божественного от человеческого, начался еще с так называемой ромуловой эпохи, эти понятия по-прежнему тесно переплетались в законе об оскорблении величия, а процессы об оскорблении по-прежнему носили не только политический, публичноправовой, но и сакральный характер» [18].

Другими категориями публичных деликтов в республиканский период числились посягательства на нравственность (сводничество, кровосмешение, гомосексуализм, многомужество, прелюбодеяние, или, по-современному, изнасилование, внебрачное сожителство с замужней женщиной) и преступления против религии (обыкновенное святотатство, но не богохульство). Христианство со штатом поводырей еще только утверждало себя в империи, а потому защита от оскорблений возлагалась на самих небожителей. Римляне на рубеже эпох искренне верили в то, что боги оборонятся и сами: *deorum injuriae, diis curiae*.

Вообще республиканский период унаследовал от предыдущего этапа одну мерзкую вещь – почти полную неопределенность в вопросах уголовного права. За пределами скромного текста *Leges XII tabularum* публичные и частные деликты находились в полной власти, а точнее, во власти произвола магистратов. Их деятельность по справедливости оценивается двояко, но в большей мере положительно. Ведь постоянные судебные-следственные комиссии вытеснили из уголовного судопроизводства неповоротливые народные комиции и очень сильно преуспели в дополнениях к законам (настолько, что современники откликнулись специальным понятием *nudum jus Quiritium* – голое право, обесцененное правотворческой активностью преторов и эдилов). Вступая в должность, преторы и эдилы делали публичные объявления о тех правилах и принципах, которым они будут следовать при рассмотрении споров. Они и назывались эдиктами. При этом начинающий магистрат, по традиции, обещал ценить и практику своих предшественников; эта преемственность именовалась *edictum tralaticim*. Несмотря на официальный запрет творить или отменять действующее право (*praetor jus facere non potest, praetor jus non potest*), магистраты брали на себя смелость правотворчества.

По мнению И.А.Покровского, “первой во времени была *quaestio de repetundis* (комиссия по взяткам и вымогательствам должностных лиц, учрежденная законом *Calpurnia* в 149 году до н. э.)” [19]. Главное – начать. Позже воспоследовали комиссии по разбоям и убийствам, фальшивомонетничеству, о похищении чужого имущества, об отравлениях, о посягательствах на величие римского народа и проч.

Законы о комиссиях содержали и понятия соответствующих преступлений. Медленно формировалась база для общенациональной кодификации, на историческом горизонте ожидалось появление нового Ликурга.

Императорский (постклассический) период традиционно отождествляется с расцветом *jus gentium*. Этому способствовали несколько обстоятельств, важнейшими из которых можно считать географические размеры Римской империи и обусловленное ими место ее в культурной жизни античного мира, мировую торговлю, смещение политического центра на Восток, особенно же – правотворческую деятельность преторов. “Римляне не занимались ни промышленностью, ни торговлей (это делали рабы и иностранцы). Они должны были войти в отношения *hospitum* с римлянами или со всем Римским государством. С разрастанием империи появляются в Риме жители покоренных провинций: они называются *peregrini*, а не *hostes*, как говорится об иностранцах еще в Законах XII таблиц” [20]. Вот с ними и работали преторы peregrинов, вот для них и шириющегося торгового оборота родилось *jus gentium*.

Несмотря на малую продолжительность (в пределах двух веков), императорская эпоха выполнила свое историческое предназначение: была проведена кодификация; смерть Юстиниана и успехи варваров на Западе не прекратили развитие римской юриспруденции – почти десять веков она упражнялась на просторах Византии. В самом начале этого этапа еще существовал симбиоз старого законодательства (*jus antiquum*), преторских разработок (*jus vetus*) и действующих императорских конституций (*leges*) как равнозначных источников. Позже и навсегда законотворчество переходит в монополию верховной власти.

Самыми крупными новациями третьего этапа развития римского уголовного права нужно признать следующие:

а) прирост знаний о субъективной стороне преступления породил еще одну форму вины – неосторожность. *Culpa* заняла срединную позицию между умыслом (*dolus*) и непредсказуемым случаем (*casus*);

б) в чреве говорящей и советующей юриспруденции образуется понятие покушения (*conatus*), увязываемое с пониженной уголовной ответственностью;

в) список привычных преступлений (*crimina legitima*) пополняется новоязами (*crimina extraordinaria*), в число которых попадают оскорбление христианства, клятвопреступление, вытравление плода;

г) в рамках второго института уголовного права – наказания – “развивается чрезвычайно сложная и суровая, порою даже варварская, система кар” [21], а именно: ссылка с потерей прав (*aquae et ignis interdicto*) и без такового отягощения (*deportatio in insulam*); каторжные работы в рудниках (*condemnatio ad metallum*) – и над всем этим витает дух мщения и устрашения;

д) с появлением постоянной армии в правоприменительный оборот входят воинские преступления (утрата оружия на поле брани, оскорбление военачальника, измена неприятелю);

е) абсолютистская власть с могучим чиновничьим аппаратом ищет прокорм, увлекается штрафными санкциями, особенно конфискацией имущества. Как сообщает в изложении первоисточника П.Н.Галанза, “при некоторых императорах в этом отношении царил такой произвол, что испуганные сенаторы и всадники спешили назначить императоров своими наследниками, дабы спасти себя от печальной участи” [22].

* * *

Становление и расцвет римской юридической науки. По давней научной традиции первыми аппенинскими юристами полагают понтифов, что весьма похоже на истину. Нормативный набор общества на заре государственности еще невелик, состоит по преимуществу из обычаев и других обрядностей, которых мало, но для поддержания фундаментальных жизненных ценностей достаточно. Их обслуживает штат специальных сторожей и толкователей – жрецов. Они выделяются общиной почти инстинктивно, для применения и сохранения традиционных правил жизни, добытых прежде за счет трагических опытов и жертв. Ведь “в примитивных обществах традиции представляют собой наивысшую ценность для общины, и ничто не имеет такого значения, как конформизм и консерватизм ее членов. Цивилизационный порядок требует строгого соблюдения обычаев и следования знаниям, полученным от предшествующих поколений. Любая небрежность в этом ослабляет сплоченность группы и подвергает опасности ее культурный багаж...” [23].

Поскольку воспроизводство человека на родовой ступени осуществляется еще бессистемно и без материальных обязательств, кругозор и жизненный срок пралатинян коротки, много времени отнимает биологическая борьба за выживание, а слабая (стадная) социальная организация не позволяет содержать за счет общества постоянные контролирующие

и карательные органы, тогда на помощь призвана идея о святости установившихся порядков. Посему расцветают мифы и легенды, культивируются маски, символы, ритуалы, татуировки, церемониальные танцы и прочие иррациональные и полуиррациональные приемы. Человеческие по происхождению правила (*jus*) получают религиозную окраску и санкцию (*fas*). Их главное назначение – консервация норм коллективного выживания, внутренний мир в общине.

Древнее латинское общество, как бы мы его не рассматривали (только латинские gens, жившие на Палатинском холме – Roma quadrata, их объединение в Семихолмие – Septimontium – или с сабинянами, как насильственный союз с этрусками и пр.), трансформировалось из первобытного человеческого стада в спасительный род, “благодаря продолжительной практике экзогамии и устранению начала кровного возмездия в отношении его членов между собою. Этим двум причинам оно обязано тем, что сделалось замиренной средой” [24]. Функция замирения до создания касты юристов принадлежала понтифам и старейшинам.

Но приходит время, когда “первичный защитительный слой социальных институтов, – т. е. обычные нормы, обычаи, – истончается, перестает быть надежным, и возникает нужда в конструировании второго, теперь уже юридического щита” [25]. Попутное овладение азбукой Таута (древнейшая письменность) позволяет перевести разрозненные ритуальные действия во внятные писанные правила. Рядом с земными, информационными, прагматичными нормативами появляется новый слой управленцев, испытывающих пиетет перед *jus*, а не *fas*. Это – юристы.

Если обычаи и традиции создаются медленно, а главное, стихийно-эмоционально, то право куется и меняется быстро, на глазах и при участии обывателей. В отличие от религиозно-нравственных порядков, консервирующих старые ценности, право ориентировано на иной вектор – будущее: в нем целесообразность безжалостно подавляет прежние догмы; оно раскрепощает хозяйственные инстинкты и энергию. Социальная открытость, сухость и логическая стройность права должны были привести к разрыву с таинственностью управления, демонстрируемой понтифами.

И это случилось быстро. Помпоний оставил потомкам свидетельство того, как право окончательно оторвалось от жреческого контроля. Поступок сродни прометеевскому будто бы совершил Снаеус Флавий (Кней Флавий), сын отпущенника и писец легендарного создателя римского водопровода и цензора Аппия Клавдия. Последний якобы составил *tabula Fastorum*, то есть юридический календарь, а также формулы самых распространенных исков и привел их в строгую систему. Писец же похитил у патрона юридическую правду и передал ее народу. Это случилось в середине V века до н. э. С тех пор о первой открытой юридической книге римлян говорят как о *jus civile Flavianum*.

Это было только начало. Далее события развивались быстро и еще более бесцеремонно по отношению к служителям культа. По *lex Ogulnia* коллегия жрецов перестала быть полностью закрытой кастой; в нее мог попасть даже плебей. Прошел век после подвига Флавия, и Секст Элий (*Sextus Aelius Catus*) издает новое собрание основных юридических формул страны, что сегодня назвали бы уточненным и дополненным комментарием. Наконец, в республиканский период случилось невероятное – главой жреческой коллегии (*pontifex maximus*) стал плебей Тиберий Корунканий (*Tiberius Coruncanius*). Видимо, происхождение дало о себе знать; Корунканий переступил через особый барьер. До него юристы вели прием клиентов только наедине – *publice professum neminem traditur* (*Pomponius, & 35*). *Tiberius Coruncanius primus de jure publice respondebat*, то есть первым начал давать советы публично. “Таким образом, – писал Брунс-Ленель, – каждый мог познакомиться с практикой приме-

нения права. Так установилось в некотором роде публичное обучение “тайной науке”⁴⁰. И далее: “Гражданское правоведение со времен Гнея Флавия перестает уже быть тайной наукой и постепенно выходит из компетенции коллегии понтифов; начиная с 7 ст. от оси. Г., она приобретает характер самостоятельной науки... С тех пор подобная деятельность стала обычной. Ей отдавался всякий, кто чувствовал призвание и способность к ней; помощью ее добывалось народное уважение и любовь” [26].

По мнению Дорна, “способами распространения юридических познаний в массе граждан служили в первом и втором периоде:

- 1) *jus Papirianum*, собрание царских законов Папирия;
- 2) *jus Flavianum*, сборник исковых формул Аппия Клавдия;
- 3) *jus Aelianum*;
- 4) публичная деятельность жрецов” [27].

Расцвет публичной римской юриспруденции, разумеется, приходится на республиканскую эпоху. Обвинительные и защитительные речи в народных комициях, горячее обсуждение многочисленных *provocatio*, перманентные столкновения плебса с патрициями, становление административной юстиции, азартный поиск лучших форм правления, обмен правовой информацией с Грецией и пр. обстоятельства способствовали высокой престижности юридического промысла. Первоначально аппенинские юристы ограничивались консультациями, позже приняли на себя обязанности поверенных, но право судебной речи долгое время делилось между знающими дело юристами и непрофессиональными мастерами слова – ораторами. Постепенно красноречие становится важнейшим требованием и для юридической деятельности. “Красноречивым будет тот, – вещал Марк Туллий Цицерон, – кто на форуме и в гражданских процессах будет говорить так, что убедит, доставит наслаждение, подчинит себе слушателя” [28]. Республиканские власти опекают и поощряют юристов. Помпоний сообщает об одном из таких облаканных талантов, Гае Сципионе Насике, что он получил от Сената почетное прозвище *optimus* и ему был подарен дом на большой дороге (*via sacra*) исключительно с той целью, чтобы проходящие мимо люди имели возможность слышать даваемые им консультации – *respondae*.

Широко известной общим местом в знаниях о римском праве является цицероновская классификация юридической работы в римском обществе периода республики:

- а) *in cavendo* – составление исковых заявлений, выдача практических инструкций для участия в судебных баталиях;
- б) *in respondendo* – всевозможные разъяснения и поучения общего характера, образчик доктринального толкования (было принято давать *respondo* во время прогулок);
- в) *in scribendo* – письменная форма разъяснений по различным правовым вопросам.

С развитием юридической практики в тех условиях, когда нормативная основа представляет собой архаическую смесь *mos*, *fas* и *jus*, является нужда в системных обзорах права. Это делается постепенно, причем процессуальные комментарии опережают материально-правовые. Как писал знаток источников римской эпохи, “уголовное право излагалось обычно в форме толкований к отдельным законам, именно, к квеститорным уставам; систематическое его изложение было еще недоступно писателям. Напротив, уже появились систематические сочинения по уголовному судопроизводству (*de judiciis publicis*) и отдельным вопросам его (*de delatoribus*, *de poenis*)” [29].

С победой светского права множится и численность служителей Фемиды. Закономерно образуется потребность в обучении новичков юридического цеха. Образовательные усилия

⁴⁰ Вероятно, индивидуальные и групповые консультации были платными. Эллина, законодатели мод и пионеры науки, на рубеже двух эр деньги за знания брали. Диоген Лаэртский сообщает, что Продик Кеосский и Протагор, ученик Демокрита, выступали с речами за плату, а последний из них стал еще и первым репетитором – “он первый стал брать за уроки плату в сто мин” (Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М.: Мысль, 1979. – С. 375).

старшего поколения в условиях усложняющегося законодательства и увеличивающегося количества *interpretatio* выливаются в две основные формы: теоретическую, или *institutio* – совместное чтение и разъяснение нормативных источников, а также практическую, или *instructio* – присутствие на консультациях учителя.

Естественный попутчик юридического образования – литература. И.А.Покровский выделял несколько ее разновидностей:

а) учебники, то есть системное изложение материала (*institutiones*). Здесь непревзойденным мастером был и остается Гай (*Gaius*), о котором почти ничего не известно. Достоверно одно: жил и творил он во II веке н. э., а известность и слава пришли позже, через два столетия;

б) комментарии законов (если юристы излагали свое понимание правовых памятников в полном и системном виде, их сочинения назывались *libri juris civilis*, а если речь шла только о части нормативного акта или об отдельном вопросе, то сочинения именовались *libri singulares*);

в) *regulae* – краткие юридические афоризмы;

г) *responsa* – аналитические разборы юридических дел;

д) *definitiones* – определения юридических понятий и институтов;

е) *epistola* – переписка между юристами;

ж) монографические сочинения, что было редкостью [30].

Наступление императорского периода ознаменовалось заметной переменой в содержании юридической деятельности: правоведы удаляются от политических споров и публичных выступлений, а сосредоточиваются на комментариях и выработке практических рекомендаций. Абсолютизм поощряет подобное почтительное поведение. Это был золотой век римской юриспруденции. На правовом небосклоне заблистали имена Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина. Первый состоял на службе у императора Септимия Севера, титуловался почетным прозвищем *splendissimus* – блистательнейший и слыл большим мастером решать сложные правовые ребусы. Второй служил у второго Севера – Александра и прославился юридическим сборником, обращенным к сыну (*Septentiarum libri V*). Ульпиан и Модестин занимали должности префектов, были авторами нескольких работ и славились точными убедительными аргументами.⁴¹

Перед нападением варваров Римская империя с трудом управляется с огромным хозяйством. Пухнет официальное законодательство, растут противоречия между метрополией и провинциями, административная юстиция подгоняет национальное право под необходимость мирового товарообмена и сосуществования (*jus gentium*). Ученый мир Рима отчаянно пытается навести элементарный порядок в правовых построениях. Общее число комментариев, компиляций и пр. научной продукции стало угрожающим... В воздухе запахло кодификацией. “Понимая, что государство основывается не только на силе оружия, но и на праве, Юстиниан решил провести кодификацию всего римского права: источников, содержащих *jus*, и источников, содержащих *leges*. Особенно он хотел устранить различия между *jus vetus* и *jus novum* (древним римским правом, содержащимся в трудах классических правоведов, и новым правом, проистекающим из конституций римских императоров), создав таким образом единую правовую систему и стремясь с ее помощью вернуть стабильность римскому государству” [31]. На пути к ней римские императоры провели значительную работу в области юридического производства:

1. Еще в 130 году юрист Сальвий Юлиан свел воедино известные ему преторские эдикты в одну книгу – *Edictum perpetuum* (постоянный эдикт). Труд был замечен и оценен

⁴¹ Сведения приводятся по: Дигесты Юстиниана. – М.: Наука, 1984. – С. 11.

властями: сенат, а затем император Адриан канонизировали его как важнейший источник права.

2. Октавиан Август приказал считать разъяснения авторитетных юристов его периода данными как бы от его имени – *persona furtan ex auctoritate eius (principis)*.

3. Император Тиберий и его последователи даровали отдельным римским правоведам особую правотворческую привилегию (*responda prudentium*); их разъяснения объявлялись обязательными для судов и магистратов.

4. Постепенно произошел естественный отбор самых выдающихся представителей юридической науки. Император Константин в 321 году попытался вмешаться в академические споры и критически отозвался в своем законе о нападках Павла и Ульпиана на Папиниана. Он же, но в 327 году, сделал выбор уже в пользу Павла; именно его сентенциями надлежало руководствоваться судьям.

5. Прошло еще 100 лет, и *Lex Allegatoria* (закон о цитировании императора Валентиниана III от 426 года) отдает предпочтение сразу пяти корифеям: Папиниану (*Asmilius Papinianus*), Павлу (*Julius Paulus*), Ульпиану (*Domicius Ulpianus*), Модестину (*Herennius Modestinus*) и Гаю (*Gaius*) – *Papiniani, Pauli, Gaj, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmanus*. Именно их мнение объявлено истинным, а среди всех первый – Папиниан. Магистраты и судьи были обязаны ссылаться на мнения давно умерших юристов, поэтому в юридическом мире стали говорить о “сенате мертвых” [32].

6. После такой селекции последовал завершающий аккорд. Как только окончилась кодификация, юристам, ученым и практикам было приказано смотреть только вперед, зафиксированные в институциях, Дигестах и конституциях правила Цезарь Флавий Юстиниан объявил непреложными и не подлежащими сомнению. В конституции “Об утверждении Дигест” сказано буквально следующее: “И никто не должен осмеливаться сравнивать то, что было в древности, с тем, что ввела наша власть, ибо многое изменено для пользы дела... (10). Преклонитесь перед этими законами и соблюдайте их, оставив в покое предыдущие. И да не осмелится кто-либо из вас сравнивать их с прежними или искать разноречий между прежними и новыми: ибо все, что здесь установлено, мы признаем в качестве единственного и единого, что должно быть соблюдаемо (19)” [33].

Конечно, не все было образцовым в высказываниях и практической деятельности римских юристов. Известный писатель III века Марцеллин сообщает о двух древних “жрецах правды” (Требаций и Касций), которые безнравственно торговали своими знаниями, брались за оправдание даже случаев матереубийств, что по тем временам было неслыханным делом. Совсем как у нас, хотя и значительно позднее: “Прежде совсем не было адвокатов, а были люди, носившие название “ябедников”, “приказных строк”, “крапивного семени” и т. д., которые ловили клиентов по кабакам и писали неосновательные просьбы за косушку. Нынче и в Т. завелось до десяти “аблакатов”, которые и за самую неосновательную просьбу меньше красненькой не возьмут” [34]. Возможно, по этой причине Ф.М.Достоевский именвал адвокатов России XIX века “нанятой совестью”⁴².

⁴² Существовал класс полуобразованных нахальных юристов и в Германии, стране, воспринявшей римское право безоговорочно; им даже придумали специальное прозвище “*halbgelehrten*”. Они прославились составлением кляуз, разнужданными советами, крючкотворством. “Стороне, желавшей отделаться от неприятного свидетеля на суде, советовали дать этому свидетелю предварительно пощечину и затем утверждать, что он свидетельствует по вражде. Кто желает приобрести вещь, которую хозяин не продает, тому советовали выпросить ее себе в ссуду и потом как бы затерять: хозяину придется удовольствоваться денежным удовлетворением по оценке... Кто намерен показать ложно под присягой, тот должен присягнуть в праздник, когда самая присяга недействительна. Кого принуждают жениться на девушке, им обольщенной, тому советовали внести в брачный договор условие: брак разрушается, если жена изменит мужу; присутствующим такая оговорка покажется вполне основательной, а между тем самый брак, как условный, будет недействителен”. (Эти восхитительные примеры юридической помощи приводит в своей работе В.М.Хвостов, цит. соч. – С. 437.)

Однако скажем искренне и главное: достижения аппенинской юриспруденции и в том числе ее научного сегмента намного превосходят ее темные стороны и пороки. Римской юридической науке обоснованно приписывают и особый художественный талант⁴³, и личную самоотверженность, и запредельную для частнособственнического общества порядочность. Красивые и трагические примеры такого рода приводит З. М. Черниловский: “Офилий, друг Цезаря, откажется от привлекательной политической карьеры ради занятий правом, Нерва Старший, пользовавшийся огромным влиянием при дворе принцепса, покончит самоубийством, разуверившись в воссоздании республики, гениальный Папиниан даст себя казнить Калигуле, отказавшись написать апологию убийства Геты, брата-соправителя императора, и т. д.”⁴⁴.

* * *

Рецепция: причины, ход и последствия. Об этом социально-правовом и культурном феномене мирового размера написано и сказано довольно много благодарных и восторженных слов, использованы меткие характеристики (юридический Феникс; событие, по значению сопоставимое с зарождением и распространением христианства; великий инстинкт цивилизации и пр.), уточняются сроки и границы юридической колонизации, отводки от единого римского корня ищутся в национальных законодательствах⁴⁵. Сделано достаточно много историками, лингвистами, юристами: поле вспахано. Это освобождает автора от необходимости большегрузных описаний. Сосредоточимся на главном.

1. Безусловно, Риму было что передавать, и он имел право на-следователя. Говоря современным языком, он олицетворял геополитический центр античной эпохи и даже больше – служил в то время синонимом всего культурного мира. Завоевательные войны и круговорот народов, постоянное приращение территорий и последующее давление на национальные перегородки, внеэкономическое увеличение внутреннего богатства и попытки его производительного использования – все это множило проблемы государственного управления и права. К традиционному национальному сплаву (*mos, fas, jus civile*) усилиями судов и магистратов ладилось мощное прибавление – *jus honorarium*. В тиглях римской юриспруденции образовался сухой остаток, именуемый *jus gentium*. Формально свидетельство о его рождении содержится в эдикте императора Кара-каллы от 212 г. н. э. о распространении римского гражданства на всех жителей империи. Но, как правильно отмечал И.А.Покровский, этот нормативный акт “уже ничего не решал: *jus gentium*... прижилось на римской почве” [35].

Последующие века аппенинский продукт проходит жизненную обкатку. Итог экспертизы оказался блистательным: вечное (по Цицерону) право Рима было награждено еще одним благозвучным эпитетом – естественное право (*jus naturale*). Итак, могущество Рима и наличие передовой системы права создали объективную возможность внешних юридических заимствований, обеспечили возврат к римскому праву даже после разрушения римской государственности.

2. Падение великой державы случилось в 476 году, а еще через столетие, в 568 году лангобарды оторвали от империи и ее материнскую часть – Италию. Для римского права, есте-

⁴³ Курс римского права К.А.Митюкова. – Киев, 1992. – С. 3.

⁴⁴ Милан Бартошек. Римское право. (Понятия, термины, определения). – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 13.

⁴⁵ В этом пухлом строю панегириков особняком выглядит мнение о том, что рецепции права вообще-то не было; имела место лишь рецепция древних юридических текстов. Именно в этом якобы и нуждалось средневековое западноевропейское общество. “То, что в историко-правовой литературе называется “рецепцией римского права”, было в действительности формой самостоятельного творчества средневековых западноевропейских юристов”. – В.А.Томсинов. Рецепция римского права в Западной Европе в Средние века: постановка проблемы // Древнее право. – 1998. – № 1(3). – С. 174.

ственно, наступили трудные времена. На Востоке, с Константинополем в центре, индивидуализм и прагматизм юридических конструкций соперничали и медленно уступали общинным настроениям, нравственным и философским традициям эллинов.⁴⁶ Этот процесс можно охарактеризовать как медленное угасание классического римского права. На Западе ситуация была еще сложнее: “Когда Римское государство пало в борьбе с германскими народами, с ним легко могло погибнуть и римское право. Так и было в Германии и Англии, где римское право исчезло вместе с римской народностью и культурой. Но в Италии, Франции и Испании все романизированное население, конечно, не могло быть ни уничтожено, ни изгнано, ни даже только подавлено. Завоеватели довольствовались лишь приобретением верховной власти и части территории, оставляя римскому населению, преимущественно в городах, его прежнее положение и его прежнее право” [36].

Были и другие обстоятельства, способствовавшие временной, до лучшей поры, консервации римских правовых порядков: во-первых, традиционализм церкви, которая в окружении безбожников продолжала управлять паствой и культовыми учреждениями, рядить и мирить спорщиков с помощью старого нормативного наследия – *ecclesia vivit lege romana*; во-вторых, вечная тяга самооболащения, жажды титулов и наград⁴⁷, которая увеличивается благодаря близости к престолу. Германские вожди, увидев и осознав размеры богатства и истинного величия покоренных народов, стали называть себя преемниками прошлого, объявили о создании Священной Римской империи. Прошлое, сохранившееся право тем самым получало индульгенцию на жизнь; в-третьих, сами завоеватели весьма снисходительно отнеслись к правовым чувствам бывших римлян и предоставили им возможность выбора между старым законодательством и нормами германского права (принцип личного подчинения праву). Разумеется, подарок был незамедлительно принят.

3. Интеллектуальная почва для возрождения римского права уснащалась и учеными раннефеодальной Европы. Это их подвижничество и азарт позволили отыскать в археологической пыли останки некогда великой культуры, осмыслить их реальную цену и возможность повторного использования, разбудить интерес современников к внешне ничемным архивам. Первый всплеск ностальгии случился в начале XII века; вокруг преподавателя Болонского университета Ирнерия образовался кружок единомышленников, прозванных глоссаторами (*glossatores* – толкователи). Их объединило стремление к изучению правовых источников римской эпохи. Научные страсти вылились в следующие формы: обозрения общего характера, своеобразные вступления к законам (*summae*) и объяснения отдельных норм (*brocarda*). При этом научный комментарий записывался на полях первоисточника (*marginales*) либо, если позволяло место, между строками (*interlineae*). Длительная натужная работа скоро достигла предела насыщения.

Со второй половины XII века на арену вступают постглоссаторы, или комментаторы. Содержание научных работ по возрождению римского права меняется: в центре внимания оказываются не источники права, а труды предшественников (*glossarum glossas scribunt*); предпринимаются попытки обобщений, выработки правовых категорий, чего прежде чурались. Наибольший успех выпал на долю Accursius (1182/1260), который составил полный комментарий к Юстиниановскому своду по материалам глоссаторских упражнений Болонской школы. Его труд получил название “*glossa ordinatoria*” и всеобщее признание. Дело

⁴⁶ Как тонко подметил Дорн, главное отличие греков от итальянцев состояло в том, что у них “преобладал идеальный элемент; они могли сделаться нашими учителями в области искусства и философских наук, но их законодательство, рассчитанное на таких идеальных людей, не могло иметь того универсального развития, коего достигло римское право”. И далее: “Большая заслуга римского права состоит в том, что оно провело идею индивидуализма (*utilitas singulorum*). В Греции отдельные личности и их интересы пропали в общинном союзе и его интересах”. – Цит. соч. – С. 9, 17.

⁴⁷ Знаменитый историк именовал эти человеческие слабости “внешним блеском, похожим на добродетель” – Тацит, “Анналы”.

доходило до того, что “все те места, которые в нем не были комментированы, не получали применения... Отсюда произошла поговорка с характером юридического правила: негlossированное не должно быть применяемо (*quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*)” [37].

Вскоре чисто юридический подход к римскому наследию исчерпал себя и даже стал надоедать: “В связи с тем, что комментаторы взяли за основу схоластику, очень скоро в обществе юристов стали ненавидеть как крючкотворов, софистов и обманщиков, прячущихся за судейский субъективизм и громкие фразы о *jus naturale* и *aequitas*” [38]. Интерес был восстановлен через несколько веков усилиями историков права: Куяция (*Jacobus Cujacius*), жившего и творившего в 1522–1590 гг. во Франции, – швейцарца Готфрида (*Jacobus Gohtfredus*, 1587–1622), – профессора Майнцского и Геттингенского университетов Густава Гуго (1764–1844), – и его преемника, знаменитого профессора Берлинского университета Карла Фридриха фон Савиньи, – а позже Иеринга с книгой “Дух римского права”. Историческое течение получило очень быстро название школы “элегантной юриспруденции” за изысканный стиль письма, *mos docendi gallicus*. Свою лепту в возрождение римского права внесли гуманисты и просветители всех мастей, задыхавшиеся в тисках инквизиционных и феодальных вообще порядков, а также adeпты естественно-правовой школы (Гроций, Гоббс, Гельвеций, Локк, Руссо, Монтескье и пр.).

4. Лишь на этой интеллектуально-просветительской подкладке могло случиться массовое возвращение к истокам римской юридической культуры. Но, что важнее и первичнее, – при наличии соответствующих социально-экономических причин, вызревании исторических условий и субъективных предпосылок. Все это счастливо сошлось в один узел в феодальной Европе XV–XVII веков. Старинное римское право в наилучшей мере способствовало развитию товарообмена и производства, объективно противостояло феодальной раздробленности и юридическому беспределу, давало королям готовый инструмент для установления режима абсолютной власти, из-за своей письменной формы выигрышно смотрелось в сравнении с обычаями кельтов и галлов⁴⁸. Наконец, и это обстоятельство признается всеми, средиземноморские порядки на голову превосходили юридические правила средневековой Европы; разрыв был настолько зрим, что изумленные европейцы прозвали импортированный “продукт” писанным разумом (*ratio scripta*).

5. Наибольших размеров рецепирование достигло в Германии, властители которой считали себя правопреемниками некогда могучей Римской державы. Этому способствовала и идея национального единения страны. По статуту общеимперского суда (*Reichskammergericht*) в его состав включались только легисты (знатоки римского права), а его решения в первую очередь должны опираться на римское, а затем на национальное германское право. Вообще легисты оказались самыми деятельными и преданными помощниками королевской власти на пути к абсолютизму и общегосударственной законности. Это их усилиями цивилистические порядки римской эпохи были инкорпорированы в законы германских земель и дожили до нового времени – лишь в 1900 году Германия стала жить по собственному общеземельному Гражданскому уложению.

Разумеется, объемы заимствования отдельных отраслей римского права были различными: зависели и от востребованности, а еще больше – от уровня их первоначальной разработки на Аппенинах. Так повелось, что уголовному закону принадлежит здесь не первая роль. В большем почете заимствование брачно-семейных и гражданско-правовых нормативов. Вообще в мире существует какой-то непознанный патриотизм и исключительная

⁴⁸ Разумеется, абсолютной поддержки всех слоев населения движение римского права в глубь континента не имело, триумфального шествия не наблюдалось. Забыли экономически прыткие торговцы, желающие спокойствия бюргеры и алчущие власти короли. Но были и противники: “Упорнее всего держалось за свои обычаи и противилось римскому праву крестьянство: во время крестьянского восстания 1525 г. в Германии крестьяне требовали решительного устранения всех “докторов права” (Покровский И.А., цит. соч. – С. 205).

национальная нетерпимость (автономность, самость) в карательных вопросах. Унификация проникает в эту область государственного управления в последнюю очередь и с большим трудом, оставляя профессионалам и любителям только возможности для сравнений. Да и сравнительное правоведение с его “сквозным характером” и ролью подготовительной стадии для унификации “пока в меньшей степени используется в публичном праве с его подвижными властными институтами и в большей мере – в частном праве с его диспозитивностью, равенством сторон и устойчивым сходством институтов” [39].

Раздел II

Рим – Русь: трансмиссия права?

*Вы мало думаете об истории,
а грифель ее и на вас поднят.*

П.А. Вяземский

Провидению было угодно так распорядиться, что основной, скорый и зримый юридический шлейф был отброшен Римом по ходу Солнца – на Запад. Восточная же ветвь с центром в Константинополе, как образно писал И.А.Покровский, якобы “была обречена на засыхание”⁴⁹. Правда, эта культурная деградация, или усыхание, длилась, вопреки уничижительным эпитетам, без малого тысячу лет – от окончательного отторжения Италии лангобардами в 568 году до завоевания Константинополя турками-сельджуками в 1453 году.⁵⁰

Ясно, что случайным такое долгожительство быть не могло. Лишь важные внутренние причины обеспечивают устойчивость государственного строя и государственных границ. И они были к моменту распада некогда могущественной империи разделены на восточную и западную части, а также сохранялись и множились. Византии осталось богатое юридическое наследство, переработанное к тому же на восточный лад; его можно считать важнейшим условием гражданского мира и государственного единения. А многовековое культурное лидерство Эллады в средиземноморском регионе способствовало добровольному принятию покровительства Константинополя со стороны многочисленных народов-соседей. Само государственное руководство Византии, большинство этнических групп на ее территории, духовенство однозначно ставили на первое место общинный, а не частный интерес.⁵¹

Наконец, православный рукав христианства с момента духовного раскола отличался заметной веротерпимостью⁵²; нет в его “активе” ни крестовых походов за чистоту веры, ни инквизиционных преследований еретиков, ни постыдной торговли индульгенциями⁵³, ни нахальных геополитических глупостей.⁵⁴

⁴⁹ Цит. соч. – С. 187.

⁵⁰ Добавим, что государственным осколком Византии принято считать и Трапезундскую империю, которая была завоевана турками на 8 лет позже, в 1461 году.

⁵¹ “Свобода и необходимость, – писал в начале XX века известный романист, – суть основные элементы права. Субъективное право есть свобода, объективное – необходимость... Азия и Европа – страны, права которых различаются по этому признаку. Азия – страна необходимости и объективного права. Европа – страна свободы и субъективного права. Остальные части света не подлежат отдельному рассмотрению. Они или получили свое право от первых или остановились на пороге правообразования”. – Брунс-Ленель, цит. соч. – С. 5.

⁵² Киевская митрополия продемонстрировала это с первых лет своего существования. Как пишет Я.Н.Щапов, “конфликт между Римом и Константинополем, приведший в 1054 г. к разрыву между ними, был чужд Руси. среди подписей митрополитов на соборном акте 1054 г. осудившем римских послов, киевского митрополита нет”. – Щапов Я.Н. Государство и церковь Древней Руси X–XIII вв. – М.: Наука, 1989. – С. 172.

⁵³ Вот настоящий пример бизнеса, достойный для подражания в рыночных странах. С большим сарказмом прошелся по продаже ордеров на отпущение грехов западными священниками известный отечественный сатирик. “Божественный наместник Христа, некто папа Лев X (1514 год), сильно нуждаясь в деньгах и желая расшевелить эту заглохшую было в его время торговлю, решил отправить за границу специального человека, надеясь потрясти карманы состоятельным иностранцам, верующим в святость и непогрешимость церкви. Этот человек, монах Тецель, объехал все германские владения, бойко торгуя там ордерами на отпущение грехов. Он ездил на лошади с двумя ящиками. В одном ящике у него были папские грамоты и ярлыки на отпущение грехов – прошлых, настоящих и даже будущих. В другой ящик монах пихал деньги за вырученный товар. История рассказывает про это арапство забавный анекдот, как один германский рыцарь купил у монаха ордер на отпущение того греха, который он намерен исполнить. После чего, избив монаха и отняв у него ящик с деньгами, скрылся”. – Зоценко М.М. Голубая книга // Избр. произведения в двух томах. – Т 2. – Л.: Худож. литература, 1968. – С. 179.

Непосредственному анализу хода и приемов заимствования Россией римского наследия считаем необходимым предпослать ясность в вопросе, который обычно не замечают либо считают легковесным, само собой разрешающимся.⁵⁵ А что, собственно, пришлось наследовать – римское ли право? Для ответа на него напомним в сжатом виде некоторые исторические факты:

а) эпоха непрекращающихся смут, постигшая Рим после царствования Северов (в течение полувека сменилось 17 императоров), вылилась в нравственное богоискательство, а, в конечном счете, привела к победе христианства;

б) чисто римское звено правового развития в Средиземноморье завершается царствованием Константина I⁵⁶;

в) к этому времени классическое римское право уже сильно изменилось: “Перенесенное в греческий мир, римское право подверглось влиянию новых начал, дотоле для него чуждых. В этом новом виде осуществилось оно в самостоятельном государстве – Византии. Византия, в свою очередь, доставшееся ей римское наследство, приумножив его, завещала другим народам. Таким образом, на историю греко-римского права можно смотреть с тройной точки зрения: византийской, практической и всемирно-исторической” [40];

г) в третьем периоде “центр политической жизни из Рима перемещается на Восток, в Константинополь. В связи с этим меняется характер юридического творчества; в содержании новых норм права сильно сказываются греко-восточные идеи и традиции” [41];

д) вначале законодательные акты “пишутся на латинском языке; с конца IV века в восточной половине появляются греческие конституции, а с 534 года греческий язык начинает преобладать над латинским” [42];

е) завершение кодификации римского права произошло на восточных землях, поэтому “Юстинианово право само есть уже явление греко-римского права” [43]⁵⁷;

ж) после падения западной части Римской империи два побега (восточный и западный) одной корневой системы (классическое римское право) постепенно дистанцируются друг от друга, перерабатывая начальный нормативный материал в соответствии с национальными особенностями. В результате в Германии свод Юстиниана действовал в весьма измененном виде (*usus modernus pandectarum*), а византийская правовая ветвь культуры на Западе прямо отрицалась: *graeca non leguntur* (нельзя ссылаться на греческие законы/тексты).

Таким образом, Древняя Русь имела две возможности рецепирования римского права – с Запада или с Юга. Случился второй вариант. Почему? Ведь оба объекта заимствования

⁵⁴ В 1493 году папа Александр VI издал буллу “*Unter caetera*”, по которой Испании и Португалии отдавалось исключительное право на организацию светской и церковной жизни во вновь завоевываемых заморских территориях. Механизм ее реализации виделся чрезвычайно простым, почти гениальным. Папа провел демаркационную линию от Южного до Северного полюса: то, что на Запад от нее, – принадлежит Испании, на восток – Португалии. Булла действует. Нынешним российским реформаторам надобно ездить за консультациями не в Вашингтон или в Давос, а в Лиссабон.

⁵⁵ Зарубежные исследователи видят в данном вопросе сложность, понимают римское право как “правовой порядок, существовавший в римском государстве от основания Рима (753 или 754 гг. до н. э.) до смерти императора Юстиниана (565 г. н. э.)” и находят в его предмете три элемента: а) “Институции..., что... означает краткий справочник или учебник основ”; б) “история римского права” (внешняя – источники – и внутренняя – материальное содержание правовых установлений; в) “пандекты. – наука, изучающая рецепированное римское право, т.е. римское право, которое было воспринято как правовой порядок в буржуазной общественно-экономической формации”. – Иво Пухан, Мирьяна Поленак-Акимовская. Римское право (базовый учебник). – М.: Зерцало, 2000. – С. 1, 387.

⁵⁶ “Понятие “римское право”, – пишет современный итальянский романист, – означает правопорядок, действовавший на протяжении тринадцативековой истории Рима, со времени традиционной даты основания Города (754 до н. э.) до смерти императора Юстиниана (565 н. э.), когда завершилась более чем тысячелетняя эпопея этого правопорядка, что отразилось в знаменитой кодификации, известной под восходящим к средневековым интерпретаторам названием *Corpus iuris civilis* (“Свод гражданского права”)” (Чезаре Санфилиппо. Курс римского частного права. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – С. 6).

⁵⁷ У романистов XIX века было принято делить римское право на две части: чисто римское и греко-римское. Гранью между ними считалось правление Юстиниана (527–563 гг.). См. об этом, к примеру: Римское право. Лекции проф. Дорна. – СПб.: Фонтанка, 92. – С. 20.

(Византия и германские княжества) с географической точки зрения примерно равноудалены от территорий, занимаемых восточными славянами. Да и торговые связи русичи поддерживали на два фронта – с южными и западными (северными) соседями. Где же разгадка причин предпочтения наших предков? Вероятно, существовали еще какие-то дополнительные симпатии к Византии (экономического или культурного характера).

Древнерусские племена и их союзы, скрепленные внешне княжеской властью, в конце I тысячелетия новой эры “славились” не только отсутствием письменности и систематизированного законодательства. Древняя Русь до X века – языческая страна. У наших пращуров появляется счастливая возможность ассимилировать сразу два атрибута государственности той эпохи, два условия межплеменного объединения и мира – законодательство и религию. Купеческие и княжеские делегации замечают и оценивают в южной стране многое: развитые юридические правила; обычаи придворной жизни и придворную титулатуру; великолепие дворцово-храмовой архитектуры и торжественность церковных ритуалов; экономическое могущество империи, лоск властителей и пышность приемов; многоязычие народов и этническую терпимость; мирное сожительство церковных иерархов с монархами... Все дышит благолепием, святостью, спокойствием, долговечностью. Почему не позаимствовать чужие порядки стране со слабой центральной властью? Стране, терпящей бедствия и от постоянных набегов с Дикого поля, и от более организованных западных купцов, и от внутренних междоусобиц.

Таким образом, укреплявшие свою государственность, восточнославянские племена нуждались одновременно в двух строительных материалах – законодательстве и единой религии. У византийского рецепиента было и то, и другое. Но вся штука заключалась в том, что параллельное заимствование обоих рычагов управления населением было не только возможностью, но и необходимостью. Дело в том, что “на Востоке сферы права, нравственности и религии никогда не достигали самостоятельности, так как идея одинакового в каждой из них проявления божественной воли препятствовала их обособлению. Более спокойный и холодный дух западных народов различал рядом с правовыми и нравственными положениями, установленными божественною волею, такие положения права и нравственности, за которыми он очень хорошо сознает их народное происхождение и характер. У греческого народа это деление правовых норм совершилось только в историческое время; римляне же с древнейших времен различали *fas* (религиозное, священное или откровенное право) от *jus* (человеческого права)” [44]. К моменту славянских заимствований секуляризация еще не стала заметным явлением в юридической жизни Византии.

Принципы частной автономии и индивидуального самозакония, это кредо западных народов, почти не слышны в светских и религиозных установках Востока. Напротив, “главным основанием нового порядка вещей, обнаруживающегося в греко-римской жизни... должно почитать христианство: признание христианства в империи, допущение его влияния на законодательство составляет поэтому исходную точку для историка греко-римского права”.⁵⁸ Значит объективно было возможным только оптовое рецепирование обоих ингредиентов.

Итак, Древняя Русь приобрела на стороне, у более развитых соседей, две нужные вещи – светское законодательство и православие. Тем самым дорога к римскому праву пролегла через христианские заповеди. Этот факт можно и нужно списать на частное проявление исторической закономерности. Но, как часто бывает, в строю объективных процессов находится место и субъективным вкраплениям, ускоряющим дело. Официальное вхождение Руси в христианский мир совпало с династическими играми и расчетами. “Княгиня Анна – сестра византийских царей Василия и Константина – была выдана замуж за князя Владимира, заин-

⁵⁸ А. Энгельман, цит. соч. – С. 51.

тересованного в установлении династических связей с Византией. Согласно Повести временных лет, Владимир в противном случае грозил даже пойти походом на Константинополь.

Единственным условием для заключения брака, выдвинутым греческими царями, было принятие князем Владимиром христианского крещения. Это условие, по-видимому, сыграло решающую роль при утверждении князя в решении принять христианство и крестить Русь” [45]. С официальным принятием христианства нормой жизни в княжеских семьях становится греческий язык, подкрепляемый систематическим завозом византийских невест. Гречанками были матери князей Всеволода и Владимира Ольговича, Даниила Галицкого, Святополка, Ярослава и Мстислава Владимировичей, Василька Романовича, Владимира Мономаха и др.

Фактически христианство распространилось на Руси значительно раньше официального церемониала 988 года, вошедшего в исторические летописи. Первые религиозные наставники из Константинополя оседали на наших землях еще в середине IX века – при императоре Василии I (867–886 гг.) и патриархе Фотии (858–867 гг.). Эти посланцы принесли на Русь вместе с новыми религиозными порядками и новую правовую систему. Не случайно самые ранние упоминания о законодательстве восточных славян относятся к этому же периоду (Договор Олега с греками 911 года, свидетельства Прокопия Кесарийского). А что оно собой представляло, греко-римское право, к началу рецепирования?

Научная традиция, взращенная на архивных летописях и списках, относит к важнейшим греко-римским законам следующие:

а) **Номоканон** – основной источник церковного права в Византии. Полагают, что основная заслуга в его создании принадлежит юристу из Эмисы Афанасию Схоластику (сама фамилия, или прозвище, ассоциировалась в те времена с профессией адвоката или юрисконсульта). Структурно в первой редакции состоял из 22 титулов, в которых излагалось содержание 153 новелл Юстиниана. Сочинение Схоластика вышло в свет около 572 года и было в употреблении до XII века. На Руси греческий Номоканон начал работать как нормативный вспомогательный источник лишь с XI века (наиболее известен как Кормчая книга в Ефремовской редакции);

б) **Эклога** – законодательный свод Византии VIII века, в основном светского характера. Издан при императоре-иконоборце Льве Исавритянине (авторство приписывается и Константину Капрониму) в 740 году. По содержанию представляет собой извлечения из Юстиниановского свода с добавлением вновь изданных уставов;

в) **Прохирон** – светский законодательный акт конца IX века (между 870 и 879 годами). Представляет краткое руководство для судей Византии;

г) **Базилики** (в другой транскрипции – **Василики**) – переработанный свод Юстиниана на греческом языке из 60 книг. Был издан в эпоху правления Льва Мудрого (886–911 гг.), но до нас дошел в отрывочном виде. Нет ни одной рукописи, которая бы содержала все книги Василики, хотя известно, что полный манускрипт ходил по рукам в эпоху Средневековья; им пользовался в XVI веке Куяций. Представлял собой итог своего рода кодификации; после его издания юридическую силу сохранили лишь те положения из *Corpus Juris Civilis*, которые вошли в Василики;

д) **Шестикнижие Арменопула** – свод позднего (XIV в.) византийского права из 6 книг, составленный судьей из Фессалоник Константином Арменопулом в 1345 году;

е) кроме того, на территориях Западной империи и ее сателлитов действовали в несистематизированном виде многочисленные императорские акты (например: новелла императора Маврикия о смертоубийстве), а также **хрисовулы** – торжественные императорские постановления, или конституции, известные под названием прагматических санкций (*sanctiones pragmaticae*). Кстати говоря, и юстиниановский *Corpus juris civilis* вступил в силу

на территории Италии по просьбе папы Вергилия, что было оформлено особой конституцией – *sanctio pragmatica pro petitione Virgili*.

Этот богатейший нормативный материал и хлынул на благодатную славянскую почву. Наибольшей востребованностью, особенно в X–XI вв., выделялся Номоканон, и причины предпочтения понятны:

а) как памятник церковного права, он более всего был созвучен идее христианизации⁵⁹; б) самый культурный слой древнерусского общества, к тому же владевший письменностью, представляли священники (на их долю выпала славная работа – перевод, переписывание, истолкование, распространение, пропаганда византийских установлений, в первую очередь канонического характера).

По мере укрепления княжеской власти, при собирательстве земель возникает нужда в светском законодательстве, и в списки все чаще попадают Эклога и Прохирон. Практически не встречаются в древнейших русских памятниках ссылки на Василики (вероятно, из-за громоздкости, пока непосильной для русских толмачей, или, как полагает протоиерей Цыпин, по той причине, что не были переведены на славянский язык и не вошли в Кормчую книгу)⁶⁰. И уж совсем незаметно влияние Шестикнижия. Это и понятно: в XIV веке благодарный московско-киевский ученик настолько окреп, что был в состоянии самостоятельно изготавливать феодальное законодательство. Что же касается южных славян, то там творение Арменопула имело многовековой спрос – в Бессарабии Шестикнижие Арменопула применялось даже в XX веке.

Первые законодательные памятники русичей, помимо инвокаций⁶¹ с прилежанием первоклассника пестрят ссылками на византийский фундамент. Вот беглый перечень: а) в статье 4 Устава князя Владимира Святославича о десятинах, судах и людях церковных говорится: “И по том возрех в греческий номоканун и обретох в нем, юже не подобает сих тяжь и судов судити князю, ни бояром, ни судьям его”⁶²;

б) в первой статье Устава князя Ярослава о церковных судах также упоминается “греческий номоканун” и предписано им руководствоваться “по всем городом и по всей области, где христианственное” (с. 168); в) византийский первоисточник оговорен и в Уставе великого князя Всеволода о церковных судах, и о людях, и о мерилах торговых (“а се изобретом в греческом номоканоне”. – с. 250); г) “судити суд свои, суд святительски по святых отец правилу, по манагану” предписывалось “нареченному на архиепископство Великого Новгорода и Пскова священному иноку Феофилу” по ст. 1 Новгородской судной грамоты (с. 304)...

Этот перечень верноподданнических кивков в сторону Византии служит в нашем представлении самым сильным противоядием от норманнской теории происхождения юридических порядков на Руси, в том числе от самых ядовитых ее адептов. К примеру, современный американский профессор РПайпс утверждает, что “первое государство восточных славян появилось как побочный продукт в результате торговли двух иностранных народов – скандинавов и греков” [46]. Такие ультрапримитивные мысли характерны (и должны быть характерны) именно для американцев, переживающих чувство собственной исторической неполноценности: рождение Северо-Американских штатов состоялось уже в Новое время как

⁵⁹ Как пишет А. Вологдин, “на Руси римское право утвердилось вместе с христианством, а потому его влияние длительный период прослеживается более в церковных нормах, нежели в светском законодательстве. Лишь с XV века усиливается влияние публично-правовых элементов римского права”. – Вологдин А. Римское право в современном юридическом образовании // Высшее образование в России. – 1999. – № 5. – С. 69.

⁶⁰ Кормчая книга в русском церковном праве // Древнее право, № 1(2). -1997. – С. 87.

⁶¹ Традиционно помпезные обращения к Богу, призывы Всевышнего в свидетели благости закона, порядочности намерений власти.

⁶² Здесь и ниже цит. по: Российское законодательство X–XX веков. – Т 1. Законодательство Древней Руси. – М.: Юрид. литература, 1984. – С. 140.

результат банальной колонизации пришельцами из Старого Света, большею частью с сомнительной репутацией. Гордиться чинностью происхождения, добротной этнической подкладкой, государственной самостоятельностью коренного населения уж точно не приходится – слишком много очевидных и свежих аргументов. Вот где твердая почва для суждений о том, что государство (США) может выглядеть незаконнорожденным побегом, “побочным продуктом” усилий по уходу от ответственности огромной массы авантюристов и уголовников.

Конечно, сакральная и юридическая культура Византии была привита не на пустое место. У подвоя – восточнославянского этноса – был уже свой фундамент религиозной и правовой ментальности. Речь о ранних формах человеческого общежития, то есть архетипе, который медленно эволюционирует, но и долго живет. Подразумевается огромный пласт культурных отложений – поговорок, сказаний, религиозных мифов, легенд, пословиц, сказок, преданий, а также длинный ряд языческих богов (Сварог, Макошь, Перун, Род, Дажьбог, Хорс, Велес и др.). В них хранятся истоки обычного права Древней Руси, в них нужно искать корни по-иному необъяснимых юридических предпочтений наших пращуров. Несмотря на то, что официальная историография признает в качестве первых достоверных сведений об обычном праве русичей только договоры X века, свидетельств более ранней юридической истории на нашей земле много: а) в самом Договоре Олега с греками 911 года говорится как о существующем “законе русском”; б) достоверно известно, что еще до возникновения Киевского государства на его и сопредельных территориях существовали такие политические образования, как Куявия, Славия и Артания (VIII век), и племенные союзы во главе с Божем и Маджаком (IV–VI века) – неясно лишь, были это полноценные государства или родовые объединения [47]; в) сегодня ученые говорят о еще более раннем государстве восточных славян – Русколани во главе с Бусом Белояром (II–III век), существовавшем в рамках Черняховской культуры [48]; г) архаическое обычное право русичей медленно реконструируется в относительно новых для исследуемого феномена регионах – по раскопкам на Южном Урале (город-храм Аркаим) и Кольском полуострове (гора Нинчурт); д) лингвистическая экспертиза текстов “Велесовой книги”, “Книги Бояна” и других мифологических источников показывает, что “праславянская лексика VI в. уже содержала все основные понятия, относящиеся к суду и судопроизводству; суд, закон, право, правда и т. п. Она отражала также и систему представлений, связанных с правонарушением и наказанием” [49]; е) Прокопий Кесарийский еще в VI веке писал, что у посещаемых им славян “вся жизнь и законы одинаковы” [50].

Эти данные, безусловно, свидетельствуют о том, что до рецепции греко-римского права у восточных славян давно шел внутренний процесс правогенеза, имелась устная (и, возможно, письменная) кодификация обычного права. В чем же дело, откуда нужда заимствования? Просто греко-римские стандарты оказались более совершенными, а, главное, пригодными для регулирования разросшегося товарного оборота и усиления светской власти. Тут уж языческие авторитеты – Сварог или Дажьбог, Перун и Велес – делу не помогут. Не нужно лишь ничего абсолютизировать. Языческая мифология и обычное право восточных славян играли, как и полагается, важную правообразующую роль. Без них византийская прививка была бы невозможна. Столь же состоятельна мысль о существенном влиянии варяжских порядков, прежде всего торговых, в новгородских и псковских феодальных республиках, и юридических регламентов Золотой Орды в центральных землях.

Отстаивая живучесть и производительность древнеславянского архетипа, не стоит исключать влияние соседей. Оспаривая мысли о механическом восприятии скандинавской юриспруденции, неразумно искать только азиатские корни нашего прошлого.⁶³ До самого

⁶³ Так поступал создатель евразийской концепции Г.В.Вернадский. В его понимании ранняя Россия более обязана Востоку, чем Западу, и вообще церковная Русь якобы подчинялась Тмутараканской архиепископии, а не константинопольскому патриархату (Г.В.Вернадский. Начертание русской истории. – Прага, 1927. – Ч. I). Забавно, что позже этот исследователь эмигрировал еще западнее, в США, и там основал собственную школу русской истории азиатской (восточной)

последнего времени вся правящая элита России поклонялась одной иконе – вашингтонской. В связи с этим еще более забавны следующие геополитические и общекультурные миниатюры. На Кавказе, около дагестанского города Избербаш, природа сложила из горных пород тысячетонный профиль А.С.Пушкина. При этом великий национальный поэт смотрит прямо на Восток. Вот незадача для реформаторов и токующих рядом СМИ – как развернуть горный массив в нужном геополитическом направлении? Пересмешник и одновременно философ Диоген, предвосхищая бархатное поклонение восточных европейцев XX века Статуе Свободы в Гудзоновом заливе, оставил нам импозантный намек. Как свидетельствует известнейший историк античной философии, проходя мимо женщины, благоговейным образом распростершейся перед статуей Бога, Диоген предупредил ее: “Бог вездесущ! Ты не боишься, что он зайдет сзади?” [51]. Как верно пишет Олег Иванович Чистяков, “древнерусское законодательство выросло из обычного права, а обычаи уходят корнями глубоко в историю народа. Да, в древнерусском праве встречаются нормы, аналогичные западноевропейским. Иногда здесь имело место и заимствование. Однако чаще сходные нормы порождались просто сходными общественными отношениями” [52].

При всей источниковедческой недосказанности ясно одно: процесс обогащения древнерусского обычного права византийским был длительным, сложным и не вполне односторонним.

1. О длительности. Казалось бы, при развитом торговом обмене, религиозном и династическом любопытстве, переходящем в интерес, надо было поступать русичам по банальным правилам современного промышленного шпионажа; перевели оптом *Corpus Juris Civilis* – и вся недолга. Ан нет: медленно, в несколько столетий, с приливами и откатами, с непременной переделкой, транспортировались на русские просторы юридические порядки южан. Судорожного голодного сглатывания импортной пищи не было. Знать были тому веские причины. Мы видим их в следующем:

а) у реципиента и потребителя не было тождественных (пригодных для прямого законодательного заимствования) условий – социально-экономических, культурных, военно-политических... Ритуальные ссылки на византийские истоки не должны смущать сегодняшних историков права и простых читателей; древнерусская элита властвовала на иной почве, не могла игнорировать пространственно-временные и социальные координаты, механически копировать греко-римские нормативы;

б) между Константинополем и политическими центрами Древней Руси (Киев, Новгород, Суздаль и пр.) не существовало любви или хотя бы постоянных симпатий и доверия. Стороны преследовали свои интересы, дошедшие до нас русско-византийские договоры должны рассматриваться как своеобразный компромисс двух политико-правовых систем (относительно развитой и зарождающейся, чаще именуемой варварской ступенью развития), как настороженное перемирие соседей, чьи владения вдруг стали пограничными. Хорошо пишет об этом В.И.Сергеевич: “На составителях договоров лежала обязанность обезопасить Константинополь и его окрестности от русских гостей, обычаи которых угрожали безопасности греческих подданных” [53]. Прямое влияние бранных дел на нормативную ассимиляцию подмечали и другие известнейшие историки отечественного права [54];

в) весьма вероятно, что на территории Древней Руси к моменту первых юридических заимствований существовала своя нормативная система, сердцевину которой составляли обычаи предков (“имяху обычаи своя и законы отец своих и преданъ, каждо свой норов”), – и эта архаическая смесь еще удерживала в состоянии гражданского мира консорциум восточ-

нославянских племен. Тем самым имеющаяся база и простая предусмотрительность противодействовали соблазнам полного, механического переноса чужих правил;

г) вне сомнения, у княжеской власти был и другой вариант выбора – юридические обыкновения Запада и Скандинавии; отрицать нормативное влияние с этих географических направлений было бы негостим, ненаучным и несправедливым.⁶⁴ И поэтому абсолютной переписи византийского права быть не могло;

д) наконец, вспомним об одной из вечных, несмыслимых черт человеческой натуры, дающей добро и несчастье, хулу и благодарность, – о честолюбии, граничащем с тщеславлем. Наверняка князьям мечталось и о венке Помпилия (Ликурга), и о доброй памяти потомков за личные успехи в правотворчестве. В своем знаменитом Поучении к детям Владимир Мономах не преминул упомянуть о своих законодательных усилиях, о благородстве к слабым, выраженных в “Уставе об имущественных правах вдов и сирот” – “убогие вдовице не дал есмы сильным обидети” [55]. А вот и другое свидетельство. На книге Евангельских чтений, написанной в 1339 году, то есть при жизни Ивана Даниловича Калиты (умер в 1341 году), начертаны и такие выпененные слова: “О сем князе великом Иване пророк Юзекий глаголет: в последнее время в августейшей земле на Западе встанет царь, правду любый, суд не по мзде судий, ни в поношении поганым странам. При сем будет тишина вельма в Русской земли и воссияет в дни его правда такоже и бысть при его царстве. О сем бо песнословец глаголет: постави, Господи, законодавца над нами, да разумеют язы-ци, яко человеци суть. Тоже рече: Боже, суд церкви дай же (и) правду сынова царя. Они бо князь великий Иван имеше (любаше) правый суд паче меры, поминай божественных исправных святых и преподобных отец по правилам моноканунным, ревнуя правоверному царю Оустиниану”. Впервые введший в научный оборот эти записи, блестящий знаток светского и канонического права Руси, профессор Московского университета А.С.Павлов тут же задается вопросом: “Но где же памятники законодательной деятельности Калиты, уподобляющие его Юстиниану? Так как их вовсе не имеется, то и остается допустить, что автор записи восхвалял своего князя не за издание каких-либо оригинальных законов в духе или на основании греческого номоканона, а просто – за формальное признание и деятельное приложение к практике этого самого номоканона в тех его частях, которые имели для того времени определенную важность”⁶⁵ И далее: “Принятием, а может быть, и разсылкою списков этого земско-полицейского и вместе уголовного устава (земледельческого – А.Б.) по всем волостям своего княжества, при наказных грамотах наместникам, Калита в глазах современников все более мог уподобиться великому законодателю Юстиниану и вызвать себе еще другую похвалу – за то, что “исправил русскую землю от татей””.⁶⁶ На Руси, собираемой и приращаемой в одно могущественное царство в течение нескольких веков, правотворческие достижения, умение приводить к общему знаменателю жизнь присоединенных земель и всего государства всегда было в большой цене. Напомним еще об одном эпизоде. Архивная запись о нем сохранена благодаря одному из первых отечественных диссидентов князю М.М.Щербатову. Во время одного из обильных застолий в Кронштадте все придворные твердили, что Петр I превзошел своего отца – Алексея Тишайшего. Молчал один кн. Я.Ф.Долгоруков. Петр I это заметил и спросил его мнение. Немного подумав, Долгоруков отвечал, что ты, конечно, молодец, много нового учинил, но это не гарантирует порядка и спокойствия. Вот когда узаконения

⁶⁴ Б.Д.Греков давно показал существенную близость нормативных правил Древней Руси и Польши. См.: Б.Д.Греков. Киевская Русь. – М., 1953.

⁶⁵ “Книги законные”, содержащие в себе в древнерусском переводе византийские законы земельные, уголовные, брачные и судебные. Издал с древнегреческими подлинниками с историко-юридическим введением А.Павлов, заслуженный ординарный профессор императорского Московского университета (СПб.: Типография Императорской Академии Наук, 1885. – Том XXXVIII. – № 3. – С. 35–36).

⁶⁶ Там же. – С. 37.

наподобие Уложения 1649 г. учинишь, тогда можно будет сказать, что своего отца превзошел [56].

2. **О сложности** продвижения греко-римских памятников на северо-восток сегодня можно говорить в двух смыслах: познавательном и фактическом. В гносеологическом отношении мы имеем исчезнувшие архетипы, настырные попытки ученых реконструировать миграционный шлейф права по вспомогательным источникам – легендам, сказаниям, хроникам соседних народов. Нужда истины сооблазняет ворошить самый мумифицированный продукт народной жизни – юридические пословицы и поговорки⁶⁷, а также просматривать нумизматические собрания⁶⁸; авось в них проглянет потерянное юридическое прошлое. Причины утраты источниковедческой базы более-менее понятны: сравнительно позднее овладение собственной письменностью; деревянная архитектура городов, делающая их беззащитными против огня и времени; национальная склонность россос к самоуничтожению и их повышенная веротерпимость; многократные опустошительные набеги иноземных врагов – сделали свое дело. Утрируя до максимума эту мысль, дозволительно резюмировать так: в познавательном отношении вопрос о рецепции греко-римского права на Руси сложен, потому что мы мало об этом знаем, не имеем достаточного числа правовых памятников тысячелетней давности – архетипов.

Сохранившиеся же источники свидетельствуют о фактически сложном (медленном, селективном, неравномерном в территориальном аспекте, многочисленных искажениях византийских норм в угоду русским условиям, приеме и последующем отказе от них) процессе заимствования. Так было повсеместно во всей Европе и изначально. Вот примеры:

а) кодификация Юстинианового права, в историческом отношении почти совпавшая с распадом Римской империи на две части, была исполнена в Византии, но на прародительском, латинском языке. Большинство населения восточных земель не разумело латыни: тут же последовали греческие переводы. Выполнялись они частным образом, с искажениями, и уже на этой начальной стадии потребления римское наследие было не вполне подлинным;

б) дальше – больше; наши предки также поработали на славу. Современный знаток византийского права и действующий протоиерей Русской православной церкви утверждает, в частности, что Закон Судный людем... представляет собой переработанный до неузнаваемости отрывок “Эклоги” [57];

в) академик М.Н.Тихомиров обращал внимание на большие “вольности” в переводах византийских источников на Руси. “Писец Пушкинского сборника (Закона Судного людем – А.Б.) переписывал уже с дефектного экземпляра, в котором к тому же многое не понимал. Этим объясняются пропуски Пушкинского списка, тем более странные, что сборник написан четким уставом без видимых перерывов в тексте”. И далее: “В пространной редакции Закона Судного людем мы имеем перед собой произведение, основанное на ряде источников, однако не рабски копирующее, а переписывающее эти источники по-своему” [58];

⁶⁷ См.: Иллюстров И. Юридические пословицы и поговорки русского народа. – М., 1885; Сухов А.А. Бытовые юридические пословицы русского народа // Юридический вестник. – 1874. – сент. – окт. – М., 1874.

⁶⁸ “Некоторые события, целая почти история некоторых исчезнувших государств (напр. Боспорского) преимущественно объяснены нумизматикой. – Начиная с прошедшего столетия, некоторые юристы обратили внимание на монеты и медали как на источники истории права, рассматривая их и в том отношении с юридической точки зрения, что они излагали законы о монетном деле...” (Какое общее образование требуется современностью от русского правоведца? // Речь, произнесенная в торжественном собрании императорского Московского университета доктором прав, ординарным профессором Петром Редкиным. – М., В унивкой типографии, 1846. – С. 59.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.