

Иеринг. Дух римского права

Привязанность права к внешней стороне (к чувственно воспринимаемому).

Чувственный элемент в старом праве.

I. Материализм.

§ 43. Чувственный элемент на внутренней стороне права — материалистический уклон понятий и институтов. Примеры: кража (*furtum*), вред, причинённый неправомерно (*damnum injuria datum*), заблуждение (*error*), владение (*possessio*) и приобретательная давность (*usucapio*). Экономическое и правовое преобладание вещи: вещь — ось прежнего оборота и отправная точка всего имущественного права.

XLIII. Если предыдущий параграф знакомил нас с «зодчей» (т. е. с юриспруденцией как созидательной силой), то нынешний должен научить нас узнавать её творение. Однако не всё в этом творении принадлежит ей одной, и не всё, что действительно исходит от неё, является результатом собственно целенаправленного созидания. Юридический инстинкт, счастливая организация римского правосознания, формирующая сила оборота и тому подобное — это тоже факторы, внёсшие свой вклад. Но было бы напрасным трудом пытаться выделить и указать каждый отдельный «камень», принесённый тем или иным участником. В постоянном обмене с народом и жизнью юриспруденция и давала, и брала, побуждала и сама побуждалась, определяла и сама определялась. И если мы поэтому называем техническую форму старого права её творением, хотя точнее следовало бы именовать его созданием юридического духа, то лишь потому, что юриспруденция была главным носителем и подлинным воплощением этого духа. Таким образом, последующее изложение должно заниматься не просто методом древней юриспруденции, не только её способом мыслить и действовать в противопоставлении к народному восприятию, а борьбой римского духа с правовым материалом — то есть тем юридическим мышлением нации, которое самообъективировалось в праве.

Мы сразу же воспользуемся этой широтой в постановке нашей задачи. Дело в том, что явление, которому посвящён настоящий параграф, вовсе не является продуктом юриспруденции. Однако оно даёт нам чрезвычайно важное раскрытие воззрений на право в прежние времена, сигнализирует о высшей точке способности к осмыслению права той эпохи, о духовном уровне времени, который был определяющим для юриспруденции. Последующие параграфы уже в большей степени введут нас в собственно деятельность юриспруденции. Но как тесно здесь переплетаются юридическое и неюридическое, лучше всего покажут именно они. Ведь та же самая идея, с которой мы начинаем в этом параграфе, — направленность мышления древней эпохи на внешнюю сторону, или, как я хочу это назвать, чувственный элемент права, — будет сопровождать нас и далее.

Чувственность — это предварительная ступень духовности. Всякое изначальное мышление отдельных людей и народов носит чувственный характер; дух освобождается от внешней видимости лишь постольку, поскольку он некоторое время был с ней связан и прошёл на её основе подготовительную школу абстрактного мышления. Этому закону природы, который подтверждается во всех областях человеческого мышления и познания, подчиняется, разумеется, и право.

Но, спросят, разве это не противоречит самой сути права? Ведь разве право как раз не состоит в том, чтобы оторваться от конкретного, внешнего проявления, в абстрагировании? Ведь каждое понятие, каждая правовая норма содержит абстракцию, нечто общее, отвлекающееся от частного. Конечно; и тем не менее и здесь чувственному элементу открыт широкий доступ. Прежде всего и главным образом — на стороне проявления или реализации права, то есть в тех формах, в которых право в жизни и в суде обретает применение и конкретную действительность. В религии этой стороне соответствует культ, и подобно тому, как культ через систему обрядов полностью удовлетворяет склонность духа к чувственному, так и право удовлетворяет её через систему форм. С этой стороны внутреннее существо права вовсе не противостоит чувственному элементу — напротив, последний здесь может быть с большой пользой использован. Об этой стороне, которую я называю формализмом, пойдёт речь в § 45 и следующих.

Иначе, конечно, обстоит дело на внутренней стороне права, которой в области религии соответствует догмат. Здесь речь идёт о чём-то внутреннем и общем — назовём это правовой нормой или понятием. Из жизненных отношений должна быть выявлена правовая идея и доведена до всеобщности выражения; при этом следует отвлечься от всего, что определяет конкретное представление, — от внешних различий лиц, предметов, отношений, ситуаций, обстоятельств — и выделить чистый абстрактный стержень. Если здесь упорствовать в чувственном способе представления, это, по всей видимости, будет равносильно невыполнению задачи. И действительно, право здесь оказывает такому способу представления гораздо более сильное сопротивление, чем религия. Ведь религиозные идеи и абстракции охотно принимают конкретную форму: абстракция силы, в которой человеку впервые открывается предчувствие божественного, воплощается в образе Бога. Но какую конкретную форму можно найти для правовых абстракций? Правовые понятия и нормы остаются тем, что они есть: ведь конкретная или даже поэтическая форма их выражения касается лишь способа изложения, а не их внутренней природы и сущности. Поэтому, полагаю, не будет преувеличением утверждать, что право — это та область, где человеческий дух по необходимости должен был впервые подняться к подлинной абстракции. Первое правовое правило, о чём бы оно ни говорило, было первым шагом духа к осознанной всеобщности мышления, первым поводом и первой попыткой подняться над общим духовным уровнем эпохи.

Но как бы настойчиво право ни побуждало к абстракции, чувственный элемент всё же находит возможность вновь проникнуть в сам этот акт. Дух

абстрагирует — безусловно! — но чувственность — это то призма, сквозь которую он смотрит на вещи. Он вырабатывает правовые нормы, но их содержание носит существенный, «вещный» уклон: в них учтены лишь более грубые, резкие, внешне бросающиеся в глаза моменты отношения, а все более тонкие упущены. Таким образом, это явление, для которого я выбираю название «материализм», в известном смысле представляет собой борьбу абстракции с чувственным способом восприятия.

Между материализмом и формализмом я ввожу ещё одно явление (§ 44), которое тоже подпадает под общий для них обоих ракурс — привязанность к внешней стороне. Но здесь я на нём останавливаться не буду: это привязанность к слову, или словесная интерпретация в старой юриспруденции. Сначала мы обратимся к материализму.

Материалистический способ осмысления права проявляется в том, что при своих абстракциях он держится за то, что бросается в глаза, а свои правовые нормы, понятия и различия выстраивает по внешним признакам, игнорируя более идеальные отношения, стороны и различия. Законы и понятия грубой эпохи — подобно самим людям той поры — это крепкие, неотёсанные «парни», которые способны ухватить и удержать лишь то, что могут схватить всей пятернёй. Вместо того чтобы останавливаться на общей характеристике материализма, мы лучше покажем его в той конкретной форме, которую он приобрёл в старом праве: примеры говорят сами за себя, — особенно если, как мы и намерены поступить, сопоставить их с иным, более внутренним, «спиритуалистическим» (идеальным) построением в современном или более позднем римском праве.

Я начинаю с двух деликтов старого права. Наше сегодняшнее право карает кражу как преступление против государства; старое римское право — только по иску потерпевшего. В чём причина этого различия? С точки зрения внешнего взгляда, кража — это посягательство на чужое имущество; поэтому для взгляда, ориентированного на внешнее, кража предстаёт как простое нарушение прав потерпевшего, и право преследовать виновного принадлежит исключительно ему. Связь кражи с государством, её косвенное направление против правопорядка — это нечто невидимое, более идеальное; чтобы её увидеть, требуется более развитое, «духовное» осмысление.

В то время как этот внутренний момент в старом римском праве, как и во многих других правовых системах, оставался без учёта, решающее значение, напротив, имел чисто внешний критерий — различие между поимкой вора на месте преступления (*furtum manifestum*) и более поздним обнаружением кражи (*furtum nec manifestum*). Пойманный с поличным вор поначалу попадал во власть потерпевшего и мог стать его рабом; позднее он мог откупиться, уплатив вчетверо больше стоимости украденного; тот же, кого не поймали на месте, отделялся уплатой лишь вдвое большей стоимости. Если спросить, откуда взялся такой разный подход, то другого объяснения, кроме нашей точки зрения о привязанности права к внешнему, мы не найдём. Преступный умысел в обоих случаях совершенно одинаков, степень наказуемости с внутренней, моральной стороны — равна; различие в последствиях

порождено чистой случайностью. Однако эта случайность создаёт заметное внешнее различие между двумя ситуациями — и именно на него реагирует наивное правосознание.

Другой пример даёт *damnum injuria datum* в старом праве. Юриспруденция вывела общее определение, сведя отдельные случаи, названные в *lex Aquilia*, к единому принципу: *damnum corpore corpori datum*, то есть повреждение вещи посредством непосредственного, активного внешнего воздействия на неё. Тот, кто, открыв клетку, допустил побег животного либо, заперв его, стал причиной его смерти, не нес ответственности: в первом случае животное не было повреждено, во втором — не было непосредственного воздействия. Там не было *damnum corpori*, здесь — не было *damnum corpore datum*. *Lex Aquilia* в материалистическом духе ориентировалась на зримый, осязаемый вред. Иное дело — более поздняя доктрина, которая придала понятию «повреждение» необходимую широту. Полную противоположность *damnum injuria datum* старого права в новом праве представляет *actio de servo corrupto* из преторского эдикта. В ней отчётливо отразился весь переворот в воззрениях: принцип *corpore corpori datum* здесь прямо обращён в свою противоположность — деликт предполагает, что моральным воздействием (*animo*) вызвана моральная порча раба (*animo datum*).

Столь же показательны не только те деликты, которые признавало старое право, но и те, которых оно не знало. Разграбление наследства (позднее — *crimen expilatae hereditatis*) не считалось правонарушением: ведь нет никого, кому бы эти вещи принадлежали; их связь с будущим наследником — это нечто существующее лишь в мысли. Точно так же не признавался деликтом и обман (*dolus*). Ведь обман не предполагает внешнего посягательства на чужую правовую сферу: ложное сообщение, дурной совет и т. п. сами по себе не являются деликтом, а средства, которыми пользуется обман, внешне вполне правомерны. Это волк, надевший овечью шкуру, — лицемер среди деликтов. И лишь когда научились смотреть на сердце, а не только на руки, стали привлекать к ответственности и этого грешника, который раньше оставался безнаказанным.

Не менее поучителен подход к заблуждению относительно объекта. В старом праве учитывалось лишь заблуждение относительно самой вещи (*error in corpore*), в новом же праве принимается во внимание и заблуждение относительно её свойств (так называемый *error in substantia/error in materia*). На чём основана эта разница? Полагаю, на том, что старое право воспринимало направленность воли на свой объект скорее внешне, а новое — скорее внутренне. Если покупатель по ошибке принимает свинцовый сосуд за серебряный и платит за него, то, по мнению старой юриспруденции, он тем не менее желал именно этот сосуд: его заблуждение касается лишь чего-то внутреннего, а не внешней идентичности объекта. Новая же юриспруденция рассуждает так: объект в том виде, в каком он предстаёт внешне, — это не то, чего покупатель действительно хочет; он хочет в этой вещи определённости, силы, пригодности, сути вещи. Если вещь оказывается совершенно иной, чем

он полагал, значит, и сама вещь — иная, нежели та, которую он имел в виду; с последней у неё есть лишь внешнее сходство.

Особенно показательна для противопоставления старого и нового права теория владения и приобретательной давности (*usucapio*). Хотя по своей изначальной природе владение — это чисто фактическое отношение и, казалось бы, целиком должно подпадать под материалистический подход, и здесь находит достаточно пространства противостояние материализма и «спиритуализма», чему учит как раз сравнение старого и нового права. Так, например, приобретение владения с материалистической точки зрения требовало реального схватывания вещи (*apprehensio* в буквальном смысле). И едва ли можно усомниться в том, что старое право именно так и поступало и не довольствовалось, как новое, одной лишь возможностью непосредственного воздействия на вещь — в частности, не удовлетворялось так называемой *traditio longa manu* (передачей „длинной рукой“), то есть простым указанием на вещь и её осмотром. Об этом свидетельствует хотя бы то, что это требование сохранилось в качестве формального акта вплоть до более позднего права — в форме *manu capere* при *mancipatio*. Старые юристы требовали реального схватывания (*loco movere*) даже в случае присвоения депонированной вещи со стороны депозитария, тогда как новая юриспруденция признаёт возможность присвоения и без такого материалистического совершения действия.

Старая юриспруденция отрицала за юридическими лицами способность владеть, опять-таки вполне в согласии с естественной формой отношения; новая же, напротив, признала за ними эту способность. Допущение приобретения владения через свободных представителей — тоже достижение более позднего права, в котором явно проявляется более свободное обращение с этим отношением.

Согласно естественному представлению, владение утрачивается, как только третье лицо присваивает его себе. Старое право придерживалось именно этого подхода, тогда как новое право допускает, что владение отсутствующего лица на земельных участках сохраняется, несмотря на вторжение (захват) другого лица.

В гораздо большей степени указанный контраст со временем проявился в институте приобретательной давности (*usucapio*). Первоначальные требования к ней, по моему мнению, состояли в пригодности вещи для *usucapio* (в частности, вещь не должна была быть краденой — *res furtiva*) и в чисто внешнем моменте — в добросовестном, безупречном приобретении владения (без насилия, тайно или по милости — *pec vi, clam, precario*).

Дальнейшее развитие этого института вплоть до современного права состоит, во-первых, в том, что к этому внешнему элементу владения присоединяется внутренний элемент, который со временем всё больше возрастает в значении; а во-вторых, в том, что внешний момент, напротив, теряет в строгости. Этот внутренний элемент — отчасти объективное требование наличия правового основания (*titulus*), отчасти субъективное требование добросовестности (*bona fides*). При этом именно добросовестность, если не с точки зрения самого первого её появления, то уж во всяком случае с точки

зрения дальнейшего распространения и нарастающего значения, — это самый поздний элемент: ему принадлежит последняя стадия развития нашего института. Эта стадия характеризуется тенденцией всё больше переносить центр тяжести института в субъективную внутреннюю сторону лица, приобретающего право по давности (*usucariens*). Такая тенденция уже отчётливо проявляется в поздней римской юриспруденции в допущении *titulus putativus* (мнимого, предполагаемого основания) и находит своё окончательное оформление в известном правиле канонического права о *mala fides superveniens* (последующей недобросовестности). Ослабление внешнего момента проявляется, с одной стороны, в том, что *usucariens* засчитывается владение его предшественника или залогодержателя, а с другой — в том, что при смерти владельца *usucariō* может продолжаться даже без всякого фактического владения. То, что предъявление виндикационного иска (*vindicatio*) со стороны собственника не прерывало *usucariō*, вполне соответствовало её материалистическому характеру; в случае же *longi temporis possessio* (давности длительного владения), по моему убеждению, верно обратное — и это тоже свидетельствует о том, что данный институт имеет более позднее происхождение.

Если бы наша цель состояла лишь в том, чтобы на отдельных примерах проиллюстрировать материалистический взгляд старого права, мы могли бы на этом остановиться. Но если мы хотим — а именно это и есть наша цель — дать отчёт о том, в каком объёме и в какой степени этот взгляд воплотился в праве, тогда необходимо собрать все до единой его следы, какие только удастся обнаружить. В то время как ранее приведённые примеры носили скорее локальный и спорадический характер и не были связаны между собой более тесным образом, оставшиеся группируются вокруг двух общих центров: вокруг понятия воли и вокруг хозяйственно-правового значения вещи в старом праве. Это два подлинных узловых пункта материалистического взгляда, две центральные идеи, нити и ответвления которых простираются на все части и институты всей системы. Первую из них мы лучше рассмотрим в общей связи с теорией воли; вторая должна получить своё раскрытие здесь.

Закон материализма и «спиритуализма» действует, как и везде, и в сфере экономического развития. Оно начинается с благ, которые можно увидеть и потрогать, и лишь постепенно поднимается до восприятия и практического использования более идеальных благ. Кредит, талант, идея в нашей сегодняшней экономической жизни выступают как чрезвычайно ценные экономические факторы и признаны наукой как таковые; но как долго эти блага оставались неиспользованными и неизвестными — пока сама жизненная необходимость не заставила учитывать и использовать их. Вместе с экономическим развитием развивается и право; последнее можно обозначить как русло экономического потока — то есть оно в каждую данную эпоху настолько широко и глубоко, насколько этого требует потребность оборота. Поэтому история права может служить нам источником сведений о ступенях и прогрессе экономического взгляда и движения. Это особенно верно в отношении римского права, и в частности применительно к вопросу, который

мы здесь ставим: каковы были экономические факторы древнего оборота? Ответ таков: вещи и люди, обращавшиеся как вещи. Свободная человеческая сила, талант, навык и т. п. ещё не стали сами по себе, то есть независимо от продукта, в котором они косвенно окупались, источниками дохода, предметами оборота. Соответствующей юридической формой для использования человеческой силы является исковая сила договоров, направленных на неё; там, где она отсутствует (а в старом праве так и было, см. гл. 4), это доказательство того, что оборот ещё не ощущал потребности в этом. Конечно, в древнем Риме знали экономическую ценность работника; юридическими формами для этого служили отношения господства в рамках рабства и *operae servorum*, *mancipium* и долговая кабала. Но чего не знали, так это отделения отдельного умственного или физического труда от самого работника, возвышения этого труда до правового предмета обмена. Была ли эта идея слишком возвышенной для древней эпохи, или институт рабства снимал необходимость предоставлять труду признание и правовую защиту? Я, разумеется, не сомневаюсь, что уже в древнейшие времена услуги и действия оплачивались, равно как и в том, что они довольно рано косвенно становились предметом обязательства посредством *conventionalpöpn* (договорной неустойки). Однако прямая исковая сила договора, направленного на возмездное оказание услуг, появляется лишь в последние века Республики и долгое время ограничивается услугами низшего рода (*operae locari solitae*). Искусство и наука поздно входят в круг правового регулирования, и право открывает им этот круг лишь с сопротивлением — и только после того, как жизнь фактически признала их право на вознаграждение.

Как в прежние времена ещё не удалось абстрагировать отдельный труд от самого работника, так и не удалось абстрагировать отдельное действие по использованию вещи от самой вещи. Если можно так выразиться, работник — это не что иное, как совокупность, сумма будущих отдельных услуг; точно так же вещь — это реальный осадок, данная самой природой концентрация ряда возможных услуг. Стоимость и того, и другого, по сути, есть не что иное, как рассчитанная по принципам дисконтирования сумма всех возможных услуг за время их существования за вычетом затрат на получение. Если и то, и другое имеют ценность лишь постольку, поскольку представляют собой сумму этих отдельных услуг, то сами эти услуги составляют долю такой стоимости. И в экономическом, и в правовом отношении к пользованию вещью следовало бы относиться точно так же, как к самой вещи: право, следовательно, должно было бы ставить на один уровень не только возмездную передачу вещи, но и удержание, нарушение или задержку в предоставлении пользования ею — наравне с продажей, уничтожением или повреждением самой вещи. Однако эти идеальные «части» вещи относятся ко времени, тогда как сама вещь относится к пространству. И это различие, которое опытному взгляду не кажется существенным, для материалистического подхода оказывается весьма значимым. Это мы и намерены сейчас показать на примере старого права.

Изъятие пользования вещью может принимать характер деликта (*furtum usus*) либо в случае другого отношения, направленного на реституцию самой вещи (иски *in rem* и *in personam*), становиться основанием акцессорного требования (*omnis causa* и *mora*). То, что *furtum usus* имеет более позднее происхождение, чем *furtum rei*, я твёрдо убеждён, но внешнего подтверждения этому не нашёл. Иначе обстоит дело со вторым случаем. Здесь, на мой взгляд, можно позиционно доказать, что старое право не учитывало изъятые пользования, если они не овеществлялись в виде плодов (*fructus*). Действительно, в личных исках (*personales*) их можно было проследить лишь с точки зрения интереса, а старое право не знало ликвидации интереса, тогда как в вещных исках (*dingliche*) в расчёт принимались только плоды. Правда, в новом праве пользования (как *fructus civiles*) тоже подпадают под понятие плодов, но изначальный объём этого понятия был уже — он ограничивался реальными плодами. Это расширение, как мне кажется, безошибочно выдаёт более духовную (*abstrakter*) установку более поздней эпохи. Причина, почему во всех этих случаях не удавалось учесть изъятые пользования, кроется не в строгости старого права (этим выражением часто неоправданно оперируют в отношении кондикции) — она в грубости экономического взгляда, которому было доступно лишь зримое и осязаемое: сама вещь и её плоды, но не идеальная часть вещи — временное возмещение её использования как хозяйственной ценности и как объекта, подлежащего правовой защите. Если бы экономический смысл такого использования был осознан, судья обязан был бы признать и его. То, что ценит оборот (*aestimat*), оценивает и судья. В судебной оценке (*aestimatio*) находит выражение правовое отражение экономического сознания эпохи — они не могут надолго и сильно расходиться.

Если старый оборот и игнорировал пользование вещью, когда оно выступало лишь как акцессорное (дополнительное) обстоятельство, из этого, конечно, не следует, что он не мог тем не менее самостоятельно использовать его в форме аренды и найма. Однако и с этой стороны, как мне представляется, чрезвычайно важно то обстоятельство, о котором уже говорилось выше: старому праву не хватало масштаба для судебной оценки таких интересов. На каком основании судья должен был бы осудить арендодателя или арендополучателя, который отказывался исполнять договор либо преждевременно выселял контрагента? Правда, как уже отмечалось, договорная неустойка (*conventionalpön*) служила косвенным средством обеспечения, но сам факт того, что требовалось именно косвенное средство, а право признавало лишь обязанность «дать» (*dare*) вещь, а действие (*facere*) — в римском смысле сюда относится и аренда вещей, и найм людей — не считалось объектом, подлежащим судебной оценке, доказывает именно ту материалистическую трактовку понятия стоимости, которую я приписываю старому обороту и праву. Выражение *quanti ea res est* («сколько стоит эта вещь»), с помощью которого претор указывал судье на необходимость оценки, первоначально, как и слово *fructus*, имело чисто буквальное значение: вещь и её стоимость изначально и долгое время были равнозначны.

Результат изложенного выше можно свести к следующему тезису: старый оборот оперировал вещами. Тем самым мы одновременно получаем уместный переход к дальнейшему. Этот тезис имеет не только рассмотренное сейчас экономическое, но и специфически юридическое значение.

С точки зрения естественного взгляда товарообмен можно рассматривать как передачу и обращение вещей; с точки зрения юриста — это передача прав. Тот, кто приобретает вещь, требует от права правовой защиты своего приобретения, а выражением предоставляемого ему в связи с этим притязания является право. Поэтому передача вещи с юридической точки зрения — это передача права. Оборот благ с юридической стороны — это установление, передача и прекращение прав.

Справедливость этого замечания сразу бросается в глаза везде, где речь идёт об установлении или передаче не права собственности, а иного права на вещь; иначе обстоит дело при передаче права собственности — тут, так сказать, право и вещь совпадают. Внешне здесь переходит сама вещь, и взгляд, цепляющийся за внешнюю сторону, легко может не заметить внутреннего — перехода права, — или, вернее, спутать его с внешним действием. Так было и в старом праве. Передача права собственности в нём, как ни парадоксально это звучит, на деле — не передача права собственности, а передача вещи. Сам переход права как некоего отделяемого от прежнего владельца объекта идеальной (нематериальной) природы для него слишком тонок, слишком абстрактен. Поэтому древняя эпоха раскладывает процесс передачи собственности на два действия: с одной стороны — отход прежнего собственника от вещи, с другой — вступление нового лица во владение освободившейся вещью. Так чётко выражено в *mancipatio*. Так же и при судебной уступке (*in iure cessio*). С юридической точки зрения при *in iure cessio* происходит прямо противоположное правопреемству в праве: приобретатель не получает право от прежнего владельца, а, напротив, оспаривает его правомочность; прежний владелец не передаёт право, а отступает, уходит (*cedit in iure*), а новый — формально выводит своё право из собственной личности (*vindicat*). Можно ли аналогичным образом трактовать *traditio*, остаётся под вопросом. Для нового права я считаю такой подход недопустимым, но это не исключает его применимости к старому праву.

Из выдвинутого в предыдущем изложении утверждения можно было бы сделать вывод, что старое право не знало собственно правопреемства — то есть вступления в право, — а знало лишь вступление в вещь другого лица. Из этого, однако, следовало бы, что все права, за исключением права собственности, были неотчуждаемы, поскольку такой подмены правопреемства в праве правопреемством в вещи можно было добиться только в отношении собственности — ведь лишь здесь вещь и право совпадают. Не является ли такое утверждение чересчур смелым? Так кажется на первый взгляд. Однако позвольте мне дать следующее разъяснение. Прежде всего, мне могут возразить, сославшись на универсальное правопреемство. Но здесь, как известно, вступление происходит не в отдельные права, а в совокупную личность наследодателя — или, чтобы избежать этого ныне оспариваемого выражения,

наследник становится во всех отношениях представителем наследодателя (*loco defuncti*). Это отношение полностью выпадает из нашего рассмотрения, поскольку наше утверждение касается лишь неотчуждаемости отдельных прав или возможности сингулярного правопреемства. При этом я, разумеется, не отрицаю, что римское право наряду с отношениями, в которых оно неизменно придерживалось этой неотчуждаемости (а именно: *mancipium*), обязательства, сервитуты и наследство — за исключением *deferirte hereditas legitima*), знает и другие случаи, где оно допускает передачу: из семейного права — передачу отцовской власти и опеки; из имущественного права — судебную уступку *deferirte hereditas legitima*. Однако именно способ, которым здесь осуществляется переход — а именно искусственное согласование его с собственной правовой концепцией посредством *in iure cessio*, — как раз и высвечивает саму эту концепцию. Во всех этих случаях право прибегает к *in iure cessio*, то есть, по сути, придаёт делу тот оборот, что cedent не передаёт право, а соглашается с тем, чтобы претор признал цессионария единственным управомоченным лицом. Особенно наглядно этот механизм проявляется в случае усыновления: здесь тоекратная (или в некоторых случаях однократная) фиктивная продажа в *mancipium* имеет прямо заявленную цель — уничтожить отцовскую власть, чтобы цессионарий мог выступить в качестве *vindicans* (заявляющего право).

В другом месте я попытаюсь найти ещё одно обоснование тезису о неотчуждаемости прав, который мы только что обосновали; здесь же достаточно раскрыть его связь с материалистическим взглядом старого права. Точнее даже сказать, в этом нет особой необходимости — она и так лежит на поверхности. Пусть переход в чужие права и кажется нам вполне естественным — всё равно этот процесс основан на абстракции, он протекает исключительно в сфере мысли, и обычный взгляд его не видит. Совсем иначе обстоит дело, когда передаётся сам предмет (вещь или лицо): здесь имеется зримый объект, на фоне которого смена лиц очевидна.

След этой старой концепции, от которой, впрочем, более позднее римское право всё больше освобождалось, сохранился в классификации вещей на телесные и бестелесные (*res corporales* и *incorporales*), которую Юстиниан включил в свои Институции и тем самым сделал чрезвычайно известной. В то время как все прочие права отнесены к категории бестелесных вещей, право собственности здесь фигурирует как телесная вещь (*res corporalis*). На мой взгляд, едва ли могут быть разные мнения относительно ошибочности такого отождествления права собственности с его объектом. Право собственности — в той же мере бестелесная вещь (*res incorporalis*), что и прочие вещные права; и при его передаче с юридической точки зрения переходит не телесная вещь (*res corporalis*), а право — то есть бестелесная вещь (*res incorporalis*). Тем не менее этот систематический недочёт заключает в себе историческую правду: он представляет собой вполне адекватное выражение сложившегося старого представления, согласно которому в случае права собственности вещь, так сказать, заслоняла собой право.

Таким образом, согласно нашим предыдущим рассуждениям, понятия стоимости, плодов и правопреемства первоначально были привязаны к вещи и лишь позднее распространились на иные отношения. Это наблюдение само собой наводит на вопрос, не наблюдается ли та же самая закономерность и в отношении других понятий, — и действительно, долго искать не приходится. Все понятия и правовые отношения, которые в позднем праве встречаются не только применительно к вещам, но и к иным объектам, берут своё первоначальное и естественное начало именно в вещи. Так, прежде всего — владение. Его примитивная форма — это владение вещами; квазивладение (владение правами) имеет значительно более позднее происхождение; у римлян оно даже не получило полного развития. Далее — залог. Первоначально ограниченный вещами, в позднем праве он распространяется на все права, имеющие денежную стоимость и каким-либо образом поддающиеся передаче, — например, на требования и узуфрукт. Из универсальных исков: *hereditatis petitio*, *interdictum quorum bonorum*, *interdictum possessorium* для покупателя имущества (*bonorum emtor*) — первый уже во времена классических юристов применяется и против *juris possessores* (владельцев по праву, а не по факту). То, что изначально он был направлен только против владельцев наследственных вещей, едва ли будет оспариваться — тем более что у двух последних исков эта ограниченность сохранялась даже в более позднее время. Наконец, и прежде всего, следует выделить обязательство. Для него вещь первоначально служила одновременно и основанием, и целью, и предметом притязания. Основание — потому что основанием любого обязательства в понимании старого права является тот факт, что должник от кредитора что-то получил (*res*), или кредитор ему что-то дал: будь то реальная передача (реальный контракт) или лишь юридически признанная (литеральные и вербальные контракты). Цель — потому что каждое обязательство в старом праве направлено на *dare*, на передачу вещи (*rem persequitur*). Выражение *actio rei persequendae causa*, которое позднее охватывает и обязательства *faciendi* (обязательства совершить действие), изначально использовало слово *res*, как и в формуле *quanti ea res est*, в буквальном смысле. Более подробное изложение мы оставим для последующего раздела. Ни в одном правовом институте духовный (абстрактный) характер позднего римского права не проявляется так ярко, как в обязательстве. Ведь оно не просто отделилось от вещи в обе стороны — оно само, так сказать, превратилось в идеальное благо (*res*). Поздний оборот оперирует этим объектом с той же лёгкостью и уверенностью, с какой прежний оборот оперировал вещами. Так, например, требование может быть направлено как на передачу физического объекта, так и на исполнение этого бестелесного объекта (заключение договора), как на возврат того, так и на возврат этого (освобождение от обязательства — *liberatio*). Можно дарить, исполнять, освобождать, нести расходы и т.д. не посредством вещей, а посредством принятия на себя обязательства. Существующее обязательство можно продать, заложить, завещать, уступить, на него может быть наложен арест по решению судьи, оно может быть перенесено по закону —

короче говоря, оно функционирует здесь фактически точно так же, как в более раннее время функционировала вещь.

На этом я завершаю своё изложение о значении вещи в старом праве и, одновременно, о материализме старого права в целом. В качестве итога мы можем с уверенностью сказать, что чувственный способ представления, свойственный прежней эпохе, не исчез и в праве. Однако было бы совершенно ошибочно полагать, будто эта черта грубой чувственности, которой право той эпохи отдавало дань, эта существенная тяжеловесность, этот массивный крой его отношений и понятий исключали чёткое юридическое осмысление и проработку этих категорий. Напротив, старое право поднимается до столь тонких абстракций — например, до различения *hereditas* в противопоставлении *res hereditariae*, — что нам следует остерегаться оценивать степень его способности к абстрагированию лишь по содержанию отдельного, ныне рассматриваемого параграфа. Судить об этом можно только тогда, когда весь понятийный аппарат старого права подвергнут критическому анализу; однако здесь для этого ещё не место.

Привязанность права к внешнему проявлению

(Чувственный элемент древнего права)

II. Приверженность слову

§ 44. Мысль и слово — грамматическое и логическое толкование — отношение древней юриспруденции к этому противопоставлению — строгое словесное толкование правовых сделок — более свободное толкование законов — тенденциозный элемент в них.

XLIV. Приверженность слову — это одно из явлений, которыми характеризуется низшая ступень духовного развития как в праве, так и везде, и история права могла бы написать девиз «в начале было слово» в качестве эпиграфа к своей первой книге. Всем необразованным народам слово, как письменное, так и торжественное устное (формула), представляется чем-то таинственным, и наивный веру в него наделяет сверхъестественной силой. Нигде этот веру в слово не было сильнее, чем в древнем Риме. Поклонение слову пронизывает все отношения общественной и частной жизни, религии, морали и права. Для древнего римлянина слово — это сила, оно связывает и освобождает, и хотя оно не может передвигать горы, но способно переносить плоды на чужую землю. Поэтому, какой бы строгостью и педантизмом ни отличалась древняя юриспруденция в обращении со словом в своей области, она не вступала в противоречие с национальным образом мышления. Более того, был период, и он длился долго, когда эта самая буквоедство юристов, которая позже стала благодатным материалом для насмешек Цицерона и даже должна была услышать осуждение из уст самих юристов и императоров, в глазах народа, далеко от того, чтобы считаться недостатком, почиталась как доказательство острого ума и превосходства. Противоположный подход — более свободная интерпретация, которую позднейшая юриспруденция, особенно в договорах *jus gentium*, применяла на практике, не только не находил понимания, но мог рассчитывать на решительное сопротивление. Потребова-

лись века, чтобы и юриспруденцию, и народ в этом отношении переубедить и сделать восприимчивыми к более свободному способу толкования.

Господство слова в древнем праве проявляется в двух направлениях, или, что то же самое, воля в отношении использования слов ограничена двояким образом. Во-первых, тем, что выбор слов в значительной степени полностью отнят у неё, поскольку действительное совершение различных правовых сделок связано с использованием определённых ключевых слов или устоявшихся формул. Во-вторых, даже в той мере, в какой выбор слов для формулировки конкретного содержания воли остаётся в её распоряжении, она ограничена тем, что здесь требуется тщательнейшая точность и внимательность, поскольку согласно принципу словесной интерпретации только то считается установленным и желаемым, что прямо и явно сказано. Там речь идёт о типичной, абстрактной, здесь — о чисто индивидуальной, конкретной форме, и мы могли бы поэтому говорить о двух формалистических ограничениях и объединить оба под термином «формализм» с добавлением «абстрактный» и «конкретный». Однако поскольку языковая практика уже связала этот термин исключительно с первым отношением, я тем более воздержусь от этого, так как мне не кажется необходимым объединять оба под одним названием. Оба явления, хотя и имеют общий источник, в остальном совершенно самостоятельны друг от друга; формализм может существовать без словесной интерпретации (можно, например, подумать о нашем современном завещании), и наоборот, словесная интерпретация может существовать без формализма (например, при толковании законов).

Общим источником, из которого оба явления происходят, является, по моему мнению, субъективное цепляние за внешнюю видимость. Оба, действительно, характеризуются преобладанием внешнего над внутренним моментом, формы над содержанием; однако субъективное настроение, которое соответствует этому объективному факту и в котором, следовательно, следует искать его историческое обоснование, заключается в направленности духа на внешность, в чувственности способа восприятия. Правильность этой точки зрения в отношении формализма может быть показана только в § 45, а в отношении словесной интерпретации, которой посвящено наше нынешнее рассмотрение, она станет очевидной из последующего изложения о соотношении слова и мысли.

Способ, которым слово опосредует обмен мыслями, можно представить двояким образом, и на этом различии основывается возможность той двоякой формы юридической интерпретации, для которой был выбран недостаточно точный термин «грамматическая» и «логическая».

Звучит парадоксально, когда я задаю вопрос, способно ли слово везде воспроизвести мысль, и тем не менее этот вопрос не только следует поднять, но и даже ответить на него отрицательно. Мысль — это внутренний процесс субъективной духовной жизни, деятельность, движение — волна мышления; а движение не может быть объективировано. Поэтому мысль может выйти из лона субъективной внутренней жизни во внешний мир только ценой утраты своей истинной сущности, то есть застывания; произнесённая мысль — это,

так сказать, замороженное мышление. Поэтому мы можем говорить о передаче или сообщении мысли только в несобственном смысле: передаётся не сама мысль, а слово лишь предоставляет импульс и возможность аналогичного мышления, воспроизведения аналогичной духовной движения в душе слушателя, как в душе говорящего. Говорить — значит вызывать движение, физическое в воздухе, духовное в слушателе. Так же, как слово не плавает и не плывёт на воздушной волне, которая ударяет в ухо слушающего, а является лишь колебанием воздушной волны, точно так же слово не несёт, так сказать, мысль как духовное произведение к нам, а лишь вызывает соответствующее колебание нашего духа. Слово — это не дар, а физически и морально воздействие на другой предмет, толчок. Вызвать такое воздействие, причём именно то, которое намеревается автор, часто способен взгляд, жест, намёк так же хорошо, как слово; лучший доказательство того, что возможность духовного сообщения не основана на необходимости объективизации мысли — ведь что объективируется в этих знаках, или как бесконечно далеко остаются даже при словесном сообщении использованные слова позади мысли, без того чтобы это каким-либо образом мешало воспроизведению её в душе другого в её полном задуманном виде и объёме — а основана на предоставлении импульса к родственному мышлению. Принцип сообщения через слова совершенно тот же, что и через знаки; одно средство совершенно, другое несовершенно, но они действуют одинаково, оба не передают саму мысль, как бы точно ни была её формулировка, так же, как самое верное изображение не передаёт сам предмет, а лишь побуждение и опорную точку для его реконструкции.

Именно поэтому в обоих случаях недостаточно пассивного поведения, простого принятия данного, поскольку данное — это не то, что хотят дать, а оно должно служить лишь средством для другого, чтобы при правильном использовании получить то, что он должен иметь; следовательно, с его стороны требуется собственная активность. Здесь и различаются грамматическая и логическая интерпретации. Первая уклоняется от намерения активного использования данного, она остаётся при последнем, при словах, как точно выражает это язык. Таким образом, она рассматривает слова как то, чем они никогда не являются и не могут быть — как саму мысль в её видимости и объективности, или, что то же самое, как непосредственно рассматриваемое замещение последней. Вторая же, напротив, согласно истинной природе передачи мысли — позволю себе здесь воспользоваться весьма выразительным языковым выражением — выходит за пределы слов, то есть она переносит себя в душу говорящего, ищет мысль, так сказать, в её родном доме. Место её деятельности — душа говорящего, место первой — голые слова. То, что лежит не в словах, а за их пределами в душе говорящего, не существует для последней, поскольку оно как раз не воплотилось в слове. Она держится, как говорит язык, мёртвого слова; мёртвого, потому что оно не воспроизводит живую мысль, а лишь посмертную маску её. Поэтому её единственное внимание может быть направлено только на то, чтобы указать смысл, который слова как таковые имеют согласно употреблению языка, объективное словес-

ное содержание. Соответствует ли это действительной мысли говорящего — для неё безразлично, и должно быть таковым, если она не хочет противоречить самой себе. На этом она и останавливается.

Противоположность обоих способов понимания можно соответственно обозначить выражениями «объективный» и «абсолютный» для одного подхода, и «субъективный» и «индивидуальный» для другого. Последний подход связывает слово с его автором и с помощью других моментов показывает, что именно этот субъект хотел сказать в данном индивидуальном случае; следовательно, он определяет силу и значение слова не из него самого, а из других источников. На этом основывается то, что при таком способе толкования одно и то же слово и одно и то же предложение могут в зависимости от различия этих чисто индивидуальных отношений получать различный смысл. При другом подходе это невозможно; для него, принимающего слово как нечто самостоятельное, независимое от субъективности говорящего, определяемое исключительно самим собой, одно и то же слово, одно и то же предложение, кем бы и при каких обстоятельствах оно ни использовалось, всегда должно иметь одно и то же значение. Противоположность абсолютной или объективной и субъективной или индивидуальной детерминации, которую мы уже встречали ранее как характерный пункт расхождения древнего и нового права и для которой следующий параграф предоставит новое доказательство, повторяется, таким образом, как в определении ценности и времени, так и в определении слова.

Относительно соотношения ценности этих двух интерпретаций не может быть никаких сомнений после всего сказанного. Только логическая интерпретация соответствует сущности духовного сообщения; она приписывает слову только ту функцию и ценность, которые оно действительно имеет. Если бы предположение, на котором основывается грамматическая интерпретация — а именно, что сама мысль может быть передана как таковая — было верным, то она, безусловно, заслуживала бы безусловного предпочтения. Ведь помимо меньших требований, которые она предъявляет к интерпретатору, она обладает преимуществом непосредственности результата и, следовательно, большей надёжности. При грамматической интерпретации не требуется никакого поиска и оперирования, никаких умозаключений и искусственных дедукций, как при логической интерпретации, а просто благоговейно придерживаются того, что непосредственно присутствует, внешней видимости. Однако последняя — и тем самым исчезает кажущееся преимущество надёжности — часто крайне обманчива: слово может быть слишком широким или слишком узким по отношению к мысли. Такая надёжность может служить как заблуждению, так и истине. Логическая интерпретация, напротив, основана на скептицизме, она не признаёт внешнюю видимость непогрешимой и, подвергая её критике, может прийти к совершенно иному результату, чем того ожидают слова.

Однако именно по этой причине она [логическая интерпретация] исторически не является первоначальной. Как бы странно это ни казалось с самого начала — что именно те времена, которые наиболее строго придержива-

ются слова, наименее способны к использованию слова и, следовательно, наименее способны осуществить предположение грамматической интерпретации о том, что слова содержат точное выражение мысли — настолько же точно этот культ слова соответствует характеру их всей стадии развития. Вера во внешнюю видимость является изначальной, естественной, а скептицизм и освобождение от видимости — более поздними явлениями. Слово — это осязаемое, непосредственное, а дух — невидимое, опосредованное, и осязание, как и везде, предшествует пониманию в случае со словом. Эмансипация от слова становится возможной только тогда, когда дух достиг необходимой силы, чтобы безопасно оперировать и без него. Однако, как мы уже знаем, римский дух в древнем праве ещё не достиг этой высоты; последнее по существу всё ещё находится на стадии словесной интерпретации.

В нашем изложении мы разделяем интерпретацию правовых сделок от интерпретации законов. Хотя само по себе для интерпретации не имеет значения, является ли предметом этой интерпретации закон или правовая сделка, и это соображение долгое время заставляло меня ставить обе [интерпретации] на один уровень даже для древнего права, однако позже я убедился в ошибочности этого предположения.

1. Интерпретация правовых сделок.

В случае с правовыми сделками в позднем праве мы встречаем оба типа интерпретации: один — в сделках строгого права, другой — в сделках свободного права. Юристы выражают это как противоположность слова и воли или содержания¹. Цицерон² характеризует это как: с одной стороны — споры о буквах, несправедливость, строгое, коварное право, крючкотворческую интерпретацию; с другой стороны — учёт истинного волеизъявления говорящего, справедливое право.

Этот контраст был чужд древнему праву. Отношения, в которых применяется субъективная интерпретация, стали предметом судебного разбирательства только в более позднее время; что касается фидеикомиссов — это известно, что касается договоров *ius gentium* — доказательство будет представлено в другом месте; следовательно, для древнего права остаётся только словесная интерпретация.

¹ L. 219 de V. S. (50. 16): В соглашениях договаривающихся сторон принято обращать внимание скорее на волю, чем на слова.

L. 11 §. 19 L. 18 de leg. III (32) (в отношении фидеикомиссов)

L. 3 §. 9 de adm. leg. (34. 4): ... смысл важнее, чем слова.

² pro Caecina c. 23: Если кто-либо спорит против слов и букв, и, как говорится, на основе строгого права, то обычно против такой несправедливости противопоставляют достоинство и название блага и справедливости... Тогда они предадут порицанию придирки к словам и буквам, и громко заявляют, что дело должно решаться на основе справедливости и блага, а не на основе хитрого и изворотливого права: следовать написанному — дело обвинителя, дело же справедливого судьи — защищать волю и авторитет составителя.

pro Murena c. 12: В конце концов, во всём гражданском праве они оставили справедливость, придерживаясь самих слов.

de off. I, 10: Часто существуют также обиды, основанные на некотором коварстве и слишком хитрой, но злонамеренной интерпретации права. Отсюда следует: высшее право — высшая несправедливость.

Чтобы теперь составить представление об этом, наши прямые источники недостаточны, поскольку они ограничиваются лишь общей характеристикой этого как словесной интерпретации, действующей с крайней строгостью и мельчайшей тщательностью (см. примечание 610³). Однако у нас есть косвенный источник, который полностью восполняет этот недостаток и позволяет нам, в частности, сделать наше описание более наглядным с помощью примеров — а именно словесная интерпретация позднего права. Хотя, возможно, не весь материал, который мы здесь находим, происходит из древней эпохи, и, хотя позднейшие юристы, возможно, добавили некоторые отдельные элементы, я думаю, не может быть сомнений в том, что не только сама словесная интерпретация, но и весь её метод и способ, а также большая часть материала являются наследием древней юриспруденции. И дух, в котором она применялась, с течением времени мог стать более мягким, но никак не более строгим.

Основной принцип словесной интерпретации, как он сохранился в поздней юриспруденции, заключается в том, что всё, что было намерено, должно быть явно сказано; то, что было намерено, но не сказано, не принимается во внимание, тогда как то, что сказано, но не было намерено в таком объёме, всё равно имеет силу, несмотря на то, что в обоих случаях противоречие между словом и волей может быть доказано с полной очевидностью и даже противнику это известно. Например, если кто-то в своём завещании назначает своего раба единственным наследником, он тем самым совершенно недвусмысленно показывает, что хочет даровать рабу свободу, поскольку для того, чтобы стать наследником, раб должен быть свободным. Однако стать свободным и стать наследником — это разные вещи; речь идёт о двух совершенно независимых друг от друга распоряжениях, а слова завещателя касаются только одного из них, следовательно, раб не станет ни свободным, ни наследником. Если кто-то назначает другого наследником на случай смерти своих детей раньше него, то очевидно, что его намерение состоит в том, чтобы в противоположном случае дети наследовали; поэтому последних можно было бы призвать к наследованию на основании этого косвенного указания, даже если они не были явно назначены наследниками. Однако они не были явно назначены, и, следовательно, поскольку они также не были явно лишены наследства, завещание недействительно. Подобные примеры в изобилии предоставляет наследственное право, особенно в учении об исключении из

³ Примечание 610: Гай IV § 30: излишняя тонкость древних; Константин в L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): формулы права, подстерегающие с помощью буквального толкования слогов; особенно же Цицерон, например, в pro Caecina c. 23: придирки к словам и буквам; в de off. I c. 10, pro Murena c. 11-13, de orat. I, 55: глашатай исков, певец формул, охотник за слогами.

Впрочем, вряд ли кто-либо занял столь неподходящий для понимания этой системы слов и формул позицию, как Цицерон. Ведь помимо его очевидной тенденции принижать юриспруденцию в интересах ораторского искусства — тенденции, которая в известной степени привела его в речи pro Murena к его знаменитой обличительной речи против юристов, — так ещё и для такого оратора, как он (которому можно приписать что угодно, только не чрезмерную осторожность в использовании слов), или для такого литератора, как его называет Моммзен, скрупулёзное взвешивание слов со стороны юристов должно было быть вдвойне неприятным.

наследства и претерииции⁴. Отец может произвольно исключать своих детей из наследства, в том числе под условием. Предположим, отец назначает сына наследником под условным обстоятельством; очевидно, что он имеет в виду, что в противоположном случае сын должен быть исключён. Однако он должен был это явно сказать, поскольку назначение и лишение наследства — это разные вещи; завещание недействительно. Недействительность наступает даже в том случае, если он явно исключил его для противоположного случая, но не использовал при этом общепринятые слова — о чём речь пойдёт в следующих параграфах.

Кто-то обязан передать в собственность (*dare*) раба другому, но раб болеет и умирает из-за отсутствия ухода или медицинской помощи. Несёт ли должник ответственность за это? Нет, поскольку он обязался только к передаче (*dare*), а не к совершению действия (*facere*). Продавец заключил стипуляцию о двойном возмещении на случай утраты вещи, теперь доказан частичный ущерб — несёт ли он ответственность? Нет! Как в этом вопросе, так и во всех остальных договорные слова точно определяют объём обязательства. Цицерон говорит (*de off.* III, 16) о праве купли-продажи по XII таблицам: достаточно предоставить то, что было названо словами. Поэтому продавец не несёт ответственности за дефекты и недостатки, если он явно не принял на себя гарантию, даже если он о них знал. Только более позднее право в этом, как и во многих других случаях, помогло и расширило требования сторон на пункты, о которых в самом договоре не было упоминания.

Деловые и процессуальные формулы также предоставляют значительный материал для наших целей. Формулировка этих формул была чрезвычайно лаконичной; каждое слово имело вес.

Например, имело огромное значение для судебной оценки, говорилось ли в исковой формуле «*est*» (есть) или «*erit*» (будет), и точно так же при назначении нескольких наследников или при завещательном распоряжении в пользу нескольких легатариев — как они перечислялись: были ли они, например, связаны союзом "*et*" или названы отдельно друг от друга, или же двум легатариям вместе завещался весь объём или каждому по отдельности половина. Тот, кто не знал смысла и значения этих слов, а скорее наивно использовал их так же, как привык в повседневной жизни — например, полагая, что две половины, выражаясь парадоксально, равны целому, и что наличие или отсутствие союза «*et*» не имеет значения — мог тем самым, сам того не ведая, нанести серьёзный ущерб себе и другим; этот маленький союз «*et*» мог означать для одного из наследников треть наследства.

Такая строгость интерпретации создавала для оборота как возможность, так и опасность серьёзных злоупотреблений. Тот, кто понимал, как придать устному или письменному формулированию договорного соглашения — о смысле которого он полностью договорился с противоположной стороной — более узкое или широкое выражение, в зависимости от того, как этого требовали его интересы, тот получал преимущество, даже если бы он

⁴ *Präterition* — пропускание, умолчание в завещании.

признал, что взаимное намерение было направлено на нечто иное, чем говорили слова. Точно так же он был волен обойти право противника путём обхода договора, то есть посредством такого способа действия, который соответствовал словам, но противоречил действительным намерениям. Злонамеренная интерпретация права, как её называет Цицерон (*de off.* I с. 10), была неизбежным следствием древней интерпретации в целом, хитрость и обман были легализованы, и «высшее право», крайняя строгость в обращении со словами, часто, согласно известной римской поговорке, на которую здесь ссылается Цицерон, превращалось в «высшую несправедливость». Древнее право не знало никакой помощи против этого, в более позднее время истец мог защищаться в договорах строгого права (где опасность существовала всегда) с помощью клаузулы о мошенничестве, а ответчик — с помощью эксцепции о мошенничестве.

Кстати, не следует рассматривать эту опасность с современной точки зрения. На самом деле она была гораздо меньше, чем кажется. Там, где слово имеет решающее значение, люди, наученные собственным или чужим опытом, взвешивают слова совершенно иначе, чем там, где неточность в их использовании не влечёт за собой дальнейших неблагоприятных последствий. Естественная потребность оборота сама по себе приводит к созданию средств защиты от той опасности, которая нам, по крайней мере, в такой мере неизвестна. К этому в Риме относилось использование деловых формул, о которых речь пойдёт в следующем параграфе, а также привлечение юриста при составлении договорного документа (*cavere*), о чём уже упоминалось в § 42. С другой стороны, преимущество безопасности, которое словесная интерпретация обеспечивала обороту, заслуживает того, чтобы быть поставленным в противовес упомянутому недостатку. Там, где имеет значение только слово и ничего кроме слова, никакое искусство, никакая интерпретация не могут ослабить правильно выбранное слово. Результат интерпретации здесь можно заранее рассчитать с полной уверенностью, тогда как при логической интерпретации это вовсе не так, поскольку субъективность судьи здесь имеет гораздо больший простор. Опасная для несведущих и неосторожных, эта строгость интерпретации для знающих и осмотрительных была скорее выгодной, чем невыгодной.

Наконец, я не могу обойти вниманием вклад, который она внесла в формирование устойчивого и лаконичного профессионального языка, игравшего столь важную роль в римском праве. Профессиональный язык оборота создаётся не юриспруденцией, а самим оборотом, однако юриспруденция может принудить его к этому, и именно так было в Риме. Чёткое разграничение используемых в обороте слов, например *dare* и *facere*, было сначала проведено юристами, но реальную значимость оно получило только тогда, когда оборот начал уважать или был вынужден уважать эти разграничения. По той же причине объясняется и отчётливо выраженное юридико-лексическое направление в литературной деятельности римских юристов, особенно в сравнении с нашей современной, их исследования о значении слов, о древних словах и тому подобном.

2. Интерпретация законов

Ошибка в словах при правовом договоре наносит ущерб лишь отдельному лицу и, как правило, не без его собственной вины, а причиненный ущерб является временным. Совершенно иначе обстоит дело при аналогичной ошибке со стороны законодателя, поскольку здесь ущерб затрагивает не только неограниченное число невиновных лиц, но и вред, если закон не будет отменен, становится постоянным. Возможно, именно в этом различии кроется то, что, хотя по сути интерпретация правовых сделок и законов основывается на одних и тех же принципах, древняя юриспруденция сочла необходимым несколько смягчить строгость, которую она применяла там, при применении здесь. Конечно, слово и здесь играет большую роль, но почти таким же образом, как и ауспиции, то есть как нечто принципиально признанное и уважаемое, но, когда оно вступает в противоречие с императивными потребностями жизни, должно быть каким-то образом приспособлено.

Если рассмотреть сохранившиеся примеры толкования древних законов, особенно Законов Двенадцати таблиц, то трудно избежать впечатления, что древняя юриспруденция при толковании законов строго следовала принципу словесного толкования. И я не считаю бесполезным обратить внимание на некоторые наиболее показательные случаи.

Я начну с нескольких слов из Двенадцати таблиц о наследовании по закону. Они гласят: «Если кто-то умирает без завещания, и у него нет своего наследника, ближайший агнат пусть получит имущество; если нет агната, пусть получают имущество члены рода». Почти каждое слово здесь стало источником важного правового положения, причём такого, о котором сам законодатель, возможно, даже не думал, которое основано не на его воле, а только на самом слове. Сначала слово «*intestato*» (без завещания). Из него вывели правило, что если наследство принимается только одним из нескольких наследников по завещанию, то отпавшие части не переходят к наследникам по закону, как можно было бы ожидать. Ведь условием для призвания наследников по закону является смерть без завещания (*intestato mori*) наследодателя; но о том, кто принял наследство хотя бы от одного из нескольких наследников по завещанию, нельзя сказать, что он умер без завещания. Затем слово «*moritur*» (умирает). На этом основании установили требование, что тот, кто хочет получить наследство, должен существовать в момент смерти наследодателя (даже если только в утробе матери). Далее: «*agnatus proximus*» (ближайший агнат). Слово «*proximus*» послужило основанием для исключения наследования по степеням родства, а следующие слова «*si agnatus nescit*» — для исключения наследования по очередям. Оба положения толковали в абсолютном смысле, то есть если ближайший агнат существовал в момент смерти наследодателя (даже если он впоследствии отказался от наследства или умер до его принятия), то следующий агнат всё равно считался устранённым, поскольку в момент смерти он не был «*proximus*». Точно так же не допускали к наследованию членов рода, поскольку они призывались только в случае отсутствия агната, а последующий отказ или смерть агната

не отменяли его существования. Это действительно было образцом словесного толкования, поскольку при беспристрастном рассмотрении нельзя отрицать, что при установлении порядка наследования по закону более дальний родственник исключается не сам по себе, а только в интересах ближайшего. Следовательно, если последний впоследствии выбывает, нет оснований не допускать более дальнего родственника, который теперь стал ближайшим для этого наследства. Поэтому если бы эти выражения встретились в современном законе, мы толковали бы их в относительном смысле, то есть говорили бы: ближайший агнат — это тот, кому для данного наследства нет более близкого препятствия, и точно так же следует допускать членов рода, если в этом смысле нет агната, то есть никто не может или не хочет предъявить право на наследство.

Закон Атилия устанавливал, что лицам, которые нуждаются в опекуне, но лишены такового, должен быть назначен опекун по должности. О случае, когда опекун хотя и имеется, но, например, из-за безумия, глухоты и т.п. абсолютно неспособен к исполнению опекунских обязанностей, закон не упоминал. Как же следовало решать такой вопрос? Современные юристы рассуждали бы, исходя из цели установления опеки, следующим образом. Совершенно безразлично, отсутствует ли опекун вообще или имеющийся опекун неспособен к исполнению своих обязанностей; если закон призван помогать в получении опекуна, то его положение должно применяться как в первом, так и во втором случае. Однако древняя юриспруденция придерживалась слов закона, которые предписывают назначать опекуна лицам, «не имеющим опекуна». «Лицо, чей опекун безумен или иным образом неспособен, имеет опекуна», — говорили они. Только различные сенатские постановления смогли в конечном итоге устранить эту доктрину во всех её применениях.

В качестве последнего примера следует упомянуть уже рассмотренное ранее место из Двенадцати таблиц о продаже сына отцом: «Если отец продаст сына трижды, сын должен быть свободен от власти отца». В этом тексте упоминается только «сын», хотя едва ли целью закона было охватить лишь сыновей, оставив дочерей и внуков совершенно без защиты. Позднейшие юристы распространили бы термин «сын», как они это обычно делали, также на последних, однако древние юристы толковали его строго буквально, только применительно к сыну.

Таким образом, судя по всем этим примерам, абсолютное следование букве слова кажется характерной чертой древней интерпретации. Однако, как уже было отмечено, это лишь видимость. Чтобы убедиться в этом, рассмотрим сначала ряд других случаев, в которых юриспруденция решительно отказалась подчиняться букве закона.

Двенадцать таблиц устанавливали срок приобретательной давности в два года для «земельного участка» (*fundus*) и один год для «прочих вещей» (*ceterae res*). К чему же относились дома? При строгом словесном толковании они явно относились к *ceterae res*, однако интерпретация практически приравнивала их к *fundus* по веским причинам. Право собственника собирать пло-

ды, фрукты и т.д., упавшие на соседний участок, происходит из Двенадцати таблиц, однако формулировка закона была частично слишком узкой, частично слишком широкой. Закон говорил только о *glans* (желудях или подобных плодах, например, каштанах) и не устанавливал никаких ограничений для их сбора. Если бы здесь хотели толковать буквально, пришлось бы исключить все другие плоды, кроме упомянутых, и, с другой стороны, предоставить собственнику право заходить на соседний участок в любое время, даже ночью. Но ничего этого не произошло. Закон также содержит положение, что раб, которому господин в завещании предоставил свободу за определённую сумму выкупа, должен платить эту сумму не только наследнику, но, если последний продал его, и «покупателю» (*emtor*). Это выражение толковали в самом широком смысле — для любого, кто приобрёл право собственности на раба. Точно так же расширительно толковали термин *patronus*, распространяя его и на детей патрона. Слова Двенадцати таблиц, на которые опирался иск о защите от дождевой воды (*actio aquae pluviae arcendae*), гласили: «если вода причиняет вред» (*si aqua pluvia nocet*). При буквальном толковании пришлось бы ограничить иск случаями, когда ущерб уже причинён, однако юриспруденция истолковала *nocet* в смысле «ущерб угрожает». При наследовании по закону закон призывал *suus* и *agnatus proximus*. Если бы здесь строго придерживались мужской формы, женское население было бы исключено из наследования по закону. И даже право наследования для мужских *suī* можно было бы оспорить, поскольку закон не предоставил его им прямо, а лишь подразумевал. Более того, кто хотел бы строго буквально толковать слова «*si intestato moritur*», должен был бы прийти к выводу, что наследование по закону исключалось в случае, если наследодатель умер, оставив завещание, независимо от того, вступили наследники по завещанию в наследство или отказались от него. Что касается завещательного наследования, Двенадцать таблиц содержат только одно известное положение: «как завещатель распорядился относительно денег или опеки над своим имуществом, так пусть будет право». К чему бы это привело, если бы этот пункт применяли в том объёме, в каком он изложен! Тогда не могло бы быть и речи о влиянии *capitis deminutio* завещателя, о требовании правоспособности наследников и т.д. Эти и другие ограничения были, таким образом, вопреки буквальному смыслу внесены юриспруденцией в закон.

Довольно! Приведённых примеров достаточно, чтобы показать: древняя юриспруденция при толковании законов не слепо следовала букве, не заботясь о результате, а имела открытое видение потребностей разума и нужд практической жизни, умея толковать закон в соответствии с ними. Несмотря на всё почтение к слову, здравый смысл римлян был слишком развит, чтобы при ошибке в формулировке законодателя рабски жертвовать своими лучшими убеждениями и интересами жизни букве закона. Поэтому оправдано предположение, что в тех вышеупомянутых случаях, где казалось, будто буква одержала верх, на самом деле этот успех был желателен по другим причинам, то есть результат хотели достичь, а букву использовали лишь как желательное прикрытие, как внешний юридический опорный пункт. Чтобы про-

верить это на приведённых примерах: если бы считали завещательное и законное наследование совместимыми друг с другом, не составило бы труда согласовать слова «*si intestato moritur*» с этим. Ведь и в другом отношении, указанном на стр. 486, слово «*intestatus*» не принимали в строгом смысле. Использование слова «*moritur*» для утверждения, что наследник должен был существовать в момент смерти наследодателя, было также лишь предлогом — противоположное утверждение могло бы так же хорошо согласоваться с этим словом. В случае отказа наследников по завещанию это слово относили не ко времени смерти завещателя, а к моменту открытия наследования по закону. Исключение наследования по степеням и очередям на основании приведённых слов Двенадцати таблиц, по-видимому, связано со стремлением предоставить доступ к наследству кровным родственникам (когнатам), которые никак не были учтены законом — стремлением, которое позднее проявилось совершенно недвусмысленно и составило одну из главных целей преторской *бонорис посессии*.

Для правильного понимания столь примечательной интерпретации закона Атилия необходимо помнить, что опека в древнем праве имела совершенно иной характер, чем в нашем современном праве. Современная опека — это исключительно учреждение защиты в интересах подопечного, тогда как древнеримская опека одновременно являлась правом опекуна. Если отцовская власть, которая не в меньшей степени, чем опека, включала в себя обязанность по воспитанию и защите подчинённых ей лиц, не прекращалась из-за безумия или иной неспособности отца выполнять эту обязанность (поскольку она являлась правом, как и власть мужа над женой), то можно было допустить то же самое в отношении опеки. Поэтому мы не обязаны предполагать, что люди просто из соображений толкования слов приняли правовой принцип, который в остальном считали неверным. То, что позднее этот принцип был отменён, не противоречит этому, поскольку это связано с изменением во всём понимании опеки.

С последним из вышеупомянутых примеров, с положением о продаже сына, дело обстоит так же, как с исключением наследования по степеням и очередям, то есть толкование намеренно сужало определение, которое оно содержало; словесное толкование было тенденциозным. Право отца на продажу детей уже во времена Двенадцати таблиц противоречило лучшим чувствам народа, о чём свидетельствует ограничение, которому закон подчинил это право. Под влиянием того же настроения юриспруденция теперь ограничила положение закона только сыном и позволила — и именно в этом заключается неопровержимое доказательство тенденции — дочерям и детям освободиться от власти посредством единичной продажи. Если бы действовали беспристрастно, вывод звучал бы не так: «поскольку закон упоминает только сына, дочери и внуки освобождаются от власти посредством единичной продажи», а так: «в отношении них право отца на продажу, само по себе принадлежащее ему, не подвергается никаким ограничениям». Но именно этого-то и стремились избежать!

На основании предыдущего изложения подтверждается ранее высказанное утверждение о том, что отношение древней юриспруденции к закону отнюдь не было безоговорочным подчинением букве закона, как того требует строгая интерпретация, а, я бы даже сказал, было более свободным, чем позиция нашей современной юриспруденции. Древние юристы не только толковали закон, но и толковали его в своих интересах, они крутили и трактовали закон так, как им было нужно, формально подчиняясь ему, но фактически ставя себя выше закона. То, что некоторые их толкования не соответствовали ни буквальному, ни смысловому содержанию закона, что они порой просто играли со словами закона, они, конечно, не могли не осознавать. Вопрос о правильности толкования, будь то буквальное толкование или толкование законодательного замысла, не решал вопрос о принятии или отклонении толкования. Решающим был вопрос о практической целесообразности. Неужели древние юристы были настолько недалёковидны, что не видели, на сколь шатком основании стоят многие их толкования? Они просто не хотели это видеть — такова была молчаливая договорённость не быть слишком придирчивым к основаниям, когда этого требовала необходимость. Практические потребности, интересы юридической науки, короче говоря, соображения, чуждые толкованию как таковому, принимались во внимание при толковании закона, и убеждённости во внутренней ценности выдвинутого мнения успокаивала совесть толкователя относительно слабости его внешних обоснований. Когда настало время позаботиться о сохранении имущества в мужском роду, и, вероятно, ещё до того, как *lex Voconia* подала пример ограничения наследственных прав женщин, юристы, как говорит Юстиниан, «каким-то искусным измышлением» установили, что закон Двенадцати таблиц хотел ограничить наследственные права женщин родственными связями с агнатами. С какой уверенностью мог юрист выдвигать такое утверждение, если бы он не осознавал, что его задача не столько толковать закон, сколько приспособить его к интересам и потребностям времени? С изменением этих потребностей менялось и толкование. В определённый период возникла необходимость в приобретательной давности наследства — и она появилась; в другой период она стала ненужной — и она исчезла, или, как говорит Гай, теперь уже не считалось возможным, что наследства могут приобретаться по давности! Короче говоря, тенденциозный элемент древней интерпретации представляется мне совершенно неопровержимым.

Однако я далёк от того, чтобы делать из этого упрёк, напротив, я считаю, что древней юриспруденции следует поставить в заслугу то, что она, вместо того чтобы слепо подчиняться закону, старалась приспособить его к потребностям жизни и требованиям времени. В этом отношении её можно назвать предшественницей претора, и то, что относится к последнему, относится и к ней. Обе они проявили значительную правотворческую деятельность, часто за счёт законодательного права, хотя их обязанность заключалась лишь в применении законов или посредничестве в их применении. Но именно эта обязанность дала им возможность лучше других узнать ценность или бесполезность законов, их недостатки, пробелы, их первоначальную или

возникшую со временем практическую непригодность. Пока не удастся полностью подавить здравый смысл и чувство справедливости в тех, кто служит праву — прямо или косвенно — сопротивление неприемлемому закону всегда будет исходить прежде всего от тех, кто находится к нему ближе всего. В теории это можно осуждать как угодно, и можно сколько угодно внушать судье обязанность не придавать практического значения своему мнению о непригодности закона — факт от этого не изменится: ни одному закону не удалось вырасти на осуждении юристов. Намеренно или ненамеренно рука судьи становится вялой, рука справедливости ослабевает, острый ум толкователя привносит все свои изобретательские способности, чтобы продырявить и подорвать закон, внести предположения, о которых закон ничего не знал и не хотел, толковать слова в более широком или узком смысле — в зависимости от необходимости. Как по молчаливому сговору, даже самые надуманные выводы находят признание и доверчивое принятие — даже логика подчиняется интересам. Этот негласный конфликт юристов с законом повторяется везде, где закон становится невозможным, но государственная власть не отменяет его. Это естественная реакция правового чувства на вопиющее пренебрежение к нему со стороны законодателя. Пример из недавнего прошлого представляет история уголовного судопроизводства. По мере того как возрастал конфликт между изменившимся мировоззрением и чувствами более позднего времени, и жестокостью его уголовных наказаний, в той же мере изобретательность толкователей становилась изощрённее в устранении этой жестокости, и один из них даже мог похвастать тем, что не оставил в силе ни одной буквы. Если рассматривать подобные тенденциозные толкования, некоторые из которых мы привели выше в качестве примера, непредвзято — то есть если не знать или изначально не знать их сути — то невозможно понять, как они, при их полной несостоятельности и очевидной ложности, могли найти хотя бы малейшее одобрение, и как они вообще могли быть всерьёз выдвинуты кем-либо.

Это та точка зрения, с которой мы должны оценивать древнюю интерпретацию. Материально то, что она вводила, безусловно, было совершенно безупречным, мотивированным императивным требованием жизни, и в этом отношении было бы большой несправедливостью воспринимать всерьёз упрёк Цицерона в адрес прежних юристов в том, что они испортили старое право. Импульс к этой якобы «порче» исходил не от них, а от нации. И если бы они даже захотели противостоять течению времени, оно всё равно нашло бы другой путь. Но именно потому и в той мере, в какой их искусство было достаточно развито, чтобы создавать необходимое, законодательству не требовалось вмешиваться, и последнее, вероятно, вмешивалось только там, где юриспруденция оказывалась не в состоянии это обеспечить.

Поэтому древняя интерпретация действительно заслуживает в своё время того же определения, которое позже присвоили претору — быть живым голосом гражданского права, живым органом права, а не просто его рупором. Хотя по названию это была просто интерпретация, на деле её толкования представляли собой подлинное преобразование и развитие закона в ду-

хе времени, настоящее творчество. Именно так понимали это дело римляне, по крайней мере в более поздний период, называя древних юристов *veteres, qui tunc jura condiderunt* (древними, которые тогда создавали законы), и говорили об особом юридическом праве (*jus civile* в более узком смысле). Однако насколько можно подчёркивать материально-творческий характер этой древней доктрины, настолько же существенной частью её характеристики является и другой отмеченный мной аспект — формальная связь с законодательством, что также отмечалось самими римлянами. Создаётся впечатление, что юриспруденция того времени ещё не осмеливалась, как в более поздние времена, прямо и открыто претендовать на творческий характер, который она фактически осуществляла и нигде больше, кроме Рима, не проявляла. Поэтому всегда существовало стремление к соответствию с законом. Если бы нам была доступна более детальная информация об истории её развития, мы, несомненно, обнаружили бы нити, с помощью которых древние юристы, пусть даже весьма слабо и внешне, связывали свои положения с законом.

Я отложил один вопрос до конца, потому что, хотя по контексту он должен был быть рассмотрен раньше, мне кажется, что его решение уместно именно здесь. Вопрос заключается в следующем: как древняя интерпретация относилась к обходу законов? Согласно принципу словесного толкования, она должна была признавать обход законов допустимым как в правовых сделках, так и в законах, поскольку обход закона не нарушает его слов, а только действительное намерение закона, что принципиально неизвестно словесному толкованию. Позитивный материал, доступный нам для ответа на этот вопрос, крайне скуден. С одной стороны, нам известны случаи обхода законов в древности, например, законов о процентах и законов о провокации. Однако попытки обойти законы встречаются всегда, вопрос лишь в том, как право их рассматривает и обрабатывает. Но в этих случаях отчёты не дают нам определённого и надёжного ответа, хотя, по-видимому, попытки обхода были успешными, и право считало их законными. Только в одном случае, насколько мне известно, даётся совершенно определённое и недвусмысленное разъяснение, и здесь оно совершенно иное, чем мы ожидали. Лициний Столо, известный автор ротаций, названных его именем, обошёл свой собственный земельный закон, эманципировав своего сына и передав ему часть своего земельного владения, превышающую установленный законом предел. За это он, как сообщает Ливий, был осуждён по собственному закону за обман закона через эманципацию сына. Достоверность этого свидетельства не подлежит сомнению, но, по моему мнению, было бы поспешно считать этот случай решающим для всей проблемы. Судья, осудивший Лициния, был народ, и, зная, как он осуществлял свою судебную власть, едва ли можно считать этот случай показательным для обычного судьи. Напротив, следует учитывать, что среди фиктивных сделок древнего права было немало таких, которые прямо содержали обход законодательных предписаний, и что сама законодательная власть в случаях, когда она не решалась прямо отменить предыдущий закон, прибегала к его обходу. В эпоху, которая рассматривала бы обход закона нашими современными глазами или глазами более поздних

римских юристов, подобное было бы невозможно. Возможно, дело обстоит так же, как и с толкованием законов в целом: юриспруденция признавала в принципе правомерность обхода закона, и сама основывалась на этом в своих фиктивных сделках, но в отдельных случаях, когда разрешение обходного пути противоречило правовому чувству или высшим интересам, находила искусственное средство для его запрета.

§ 48. Противопоставление следующего раздела предыдущему — специфически юридическое искусство — его доля в первоначальном формировании права — его характер.

XLVIII. Уже значительное время наше изложение пребывает в области древней юриспруденции, и если бы было верно то, чему учат многие — что призвание юриспруденции заключается в толковании законов, — то наше пребывание здесь не могло бы быть более продолжительным, поскольку этот аспект юридической деятельности мы уже изучили (§ 44), и что ещё могло бы остаться? Однако, как ни парадоксально это звучит: главная часть нашей задачи, самое сложное ещё впереди, и только теперь мы можем утверждать, что находимся в центре римской юриспруденции, тогда как до сих пор мы лишь блуждали во внешних сооружениях. Правда, мы встретили ряд интересных явлений, черт, которые особенно для физиогномического выражения древнего права в противопоставлении с новым являются весьма характерными. Однако эти явления относятся не столько к юриспруденции, сколько ко времени: они были не чем иным, как отражениями, в которых отображался тогдашний уровень культуры в рамках юриспруденции, и поэтому они повторяются также и в других областях духовной жизни.

Понтифик должен был толковать и составлять формулы также и за пределами собственно юридической сферы, при этом он не осуществлял специфически-юридическое искусство, и тот дух, в котором он это делал, — ранее упомянутая зависимость от слова — в такой же степени относился не к юриспруденции, а ко времени (эпохе).

Отныне всё полностью меняется. Наше изложение переносит нас теперь в самое сокровенное рабочее пространство юриспруденции и даёт нам возможность подсмотреть её в самом тайном действии и творчестве. Задачи и интересы, которые здесь необходимо рассмотреть, средства, с помощью которых они решаются, операции и профессиональные приёмы, которые здесь применяются, короче говоря, весь мыслительный аппарат, который мы здесь воспринимаем, — исключительно юридического характера. Это специфически-юридическое искусство, которое мы в дальнейшем будем наблюдать в его работе: в технической обработке древнего права. Предшествующая общая теория техники (§§ 38–41) делает столь же возможным, как и необходимым, ограничить нас строго позитивным материалом, который предлагает нам древнее право.

Сегодня господствующая теория датирует появление юриспруденции в истории лишь относительно поздним периодом. Согласно ей, этому предшествовал длительный период чисто наивной и основанной на обычае существования права. Уже значительное время действовал законодатель, прежде чем юриспруденция пробудилась от своего покоя. Чтобы принять участие в фундаментальном построении права, она явилась слишком поздно, поскольку основные правовые понятия уже давно были сформированы и закреплены, процесс накопления и застывания права в целом и в главном уже завершился. Всё, что ей оставалось сделать, — это лишь помочь и исправить мелочи, отполировать и подправить. Эту точку зрения я также ранее разделял, однако продолжительное изучение древнего римского права убедило меня, что она — чистое фантастическое произведение, которому история не предоставляет никакой поддержки. Это — мечта о золотом веке права, когда люди, не ища, находили правильное, когда правовые понятия росли на древе познания без вмешательства человека, и ему нужно было лишь сорвать их, или они сами падали к его ногам. Позитивное утверждение, которое я противопоставляю этой теории, — то, что история права началась с железного века, с тяжёлой борьбы и работы человеческого разума. Намерение, рефлексия, сознание, расчёт уже участвовали в формировании права, и юридическое искусство стояло у его колыбели.

Подобно тому, как сегодня понятия не падают к нам сами собой, а должны быть добыты с трудом и напряжением, так же, и не иначе, обстояло дело и в ту историческую эпоху, когда формировались основные понятия права. Мнение о том, что народы в своём детстве не нуждались в поиске и формировании понятий собственности, обязательства и т.д., а нашли их уже готовыми, — не лучше предположения, что они получили свои дома, плуги и прочее прямо из рук природы.

Точно так же, как в течение последних столетий люди должны были думать, работать и напряжённо экспериментировать с материальными вещами, в ещё гораздо большей степени это относилось к правовым понятиям. И в Риме, по крайней мере, должна была предшествовать длительная эпоха проб и ошибок, колебаний и неуверенности, прежде чем эти понятия приняли те краткие, чёткие формы, которые они уже имели при своём первом историческом появлении.

Чем дольше я подвергал эти понятия проверке, тем твёрже укреплялось во мне убеждение, что они являются, так сказать, произведениями искусства, и притом такими, которые вызывают у нас высочайшее восхищение. Тот, кто отождествляет юриспруденцию с юридическим писанием и поэтому датирует её с первой написанной книги, для того, конечно, это искусство отступает далеко за пределы времён юриспруденции и не имеет права на её название. Но тот, кто, подобно мне, видит критерий юриспруденции не в написании книг, а в юридическом мышлении, тот не станет отказывать этому искусству в таком имени. Ведь понятия и формулы, которые оно нам передало, свидетельствуют о юридическом мышлении так, как целые телеги книг не смогли бы это сделать за многие писанные эпохи. Это мышление только не распро-

страняется, как у нас, вширь и не предстаёт перед нами в своей первоначальной текучей форме, а объективировано и спрессовано на мельчайшем пространстве, то есть в форме правового понятия сохранено. Поэтому оно ускользает от внимания стольких людей, как в обычной жизни мы часто не осознаём, что простейшие приспособления, приёмы и тому подобное — результаты человеческого мыслительного процесса, длящегося порой веками.

Если же мы подвергнем анализу те достижения древнейшего римско-юридического мышления, которые мы можем назвать фундаментальными понятиями римского права, и вновь приведём заключённое в них мышление в движение, то мы искренне удивляемся духовной силе и труду, о которых они свидетельствуют, плодovitости и простоте мыслей, последовательности и энергии их осуществления — качествам, которые превращают идею о том, что непосредственное народное убеждение, наивное, не рефлектирующее мышление могло это создать, в явную нелепость. И мы видим, как раскрывается богатый мир мыслей, о котором, правда, прежняя история права, для которой пустые имена юристов значили больше, чем юридические мысли, имела столь же мало представления, как необразованный человек — о мире, который в форме окаменелостей хранит для нас недра земли. Как глаз палеонтолога видит в этих окаменелостях каменный отчёт об истории нашей земной коры, как они сообщают ему о событиях и переворотах из периода, более раннего, чем вся история, так и требуется истинное искусство исторического чтения, чтобы в древнем понятийном материале римского права обнаружить юридическую историю его создания, отчёт о том, что происходило при первоначальном формировании его фундаментальных понятий, как наряду с волей и нравственным чувством участвовали разум и юридическое искусство, что намеревались, стремились и желали достичь древнейшие творцы римского права.

Было бы самонадеянностью пытаться определить, что при формировании понятий следует отнести на счёт юридического искусства, а что — на счёт других правообразующих факторов. Например, невозможно точно разделить вклад юридического искусства и стремления к власти и свободе в формирование римского понятия собственности. Однако то, что это искусство внесло свой значительный вклад во все правовые понятия, — это ясно отражено в отчёте. Более того, можно выявить определённые технические основополагающие идеи, которые повторяются во всех понятиях, придают им определённое юридическое своеобразие и позволяют нам установить тип структуры, который повторяется в них, но отсутствует в институтах, возникших только в более позднем праве. Чтобы увидеть в этом произведение наивного, не рефлектирующего народного мировоззрения, когда во всём явно проявляются намерение, расчёт и планомерность, нужно было бы просто закрыть глаза — это всё равно что верить, будто конструкция паровой машины была найдена случайно. Как будет более подробно показано при рассмотрении отдельных случаев, структура отдельных институтов настолько отдалается от естественной формы, которую они несут в жизни и которую, следовательно, народ обычно представляет себе в своём естественном восприятии,

что можно говорить о прямом противоречии с ней. Например, древнее право представляет куплю-продажу в форме двух односторонних стипуляций, полностью исключая из юридической формы двусторонность — аспект, который имеет решающее значение для экономической оценки купли-продажи и который наивное рассмотрение всегда будет учитывать. Это идея чисто юридического характера, которая, хотя, возможно, и не принадлежит «юристу-профессионалу», но определённо обязана своим происхождением юридическому мышлению. Прежде всего, в древнем процессе проявляется тот признак искусственности и преднамеренности, который мы должны рассмотреть более внимательно. И эта предполагаемая наивность и естественность ранней эпохи настолько превращается в свою противоположность, что наш современный процесс производит гораздо меньшее впечатление чего-то созданного, рассчитанного и искусственного, чем процесс той ранней эпохи.

Довольно же с этим заблуждением, будто существовала когда-либо эпоха — как бы далеко мы её ни отодвигали назад, — когда право, подобно прекрасному полевому цветку, могло бы самопроизвольно вырасти на благословенной почве национального правового чувства без заботы человеческой руки! Конечно, рефлексия и преднамеренность не могли бы создать право так же, как садовник не может создать цветок, но то, что они могли и всегда делали, — это ухаживать за ним, поливать, обрезать. Участие человеческой «деятельности» в развитии права, которое по нравственному миропорядку должно было иметь место, начинается уже в самой ранней период. И столь распространённое ныне мнение исторической школы, которая везде, и особенно там, предполагает чистое «становление», может существовать только потому, что она больше не видит руки, которая «действовала» — действие, наблюдаемое издали, кажется становлением! Законное неприятие предыдущей тенденции, которая рассматривала «создание» как единственную, если не исключительную форму порождения права, и нежелание, при котором «действие» почти считается в их глазах пороком — во всяком случае, «становление», то есть обычное, бессознательное формирование права, составляет их идеал. Они представляют в области нашей науки то же явление, что и романтическая школа в области литературы. Но как последняя со своим поэтическим представлением о Средневековье уже давно уступила место прозаическому, но истинному взгляду, так настало время противопоставить поэзии «непосредственного создания права», «органического роста» — и как бы иначе ни назывались эти выразительные термины для одного и того же явления — прозу истории. И именно потому, что это регулярно упускается из виду, я не мог не сделать этого здесь.

Итак, расчёт и преднамеренность участвовали в построении римского права — и уже при закладке его фундамента. Юридическое искусство так же старо, как и само римское право. Однако между его первым появлением и периодом расцвета лежит, подобно большому пространству, значительный прогресс — и не просто прогресс в степени, а в самом характере. Разные времена — разные задачи, разные задачи — разные средства и пути их решения! Метод позднейшей юриспруденции был бы столь же неуместен в древ-

нюю эпоху, как и метод последней в более поздние времена, поскольку каждый из них был рассчитан на решение специфической проблемы, которую предстояло разрешить. Проблема древней эпохи заключалась в том, чтобы заложить фундамент здания. Строгий порядок и математическая точность были качествами, которые здесь требовались; отвес, угломер и уровень — архитектурные символы этой эпохи, прямые линии, острые углы и грани — формы, за пределы которых она не выходила. Но именно потому, что она строго ограничивалась своей задачей и полностью её решила, позднейшая юриспруденция, опираясь на прочный фундамент, заложенный ею, могла посвятить себя более высоким задачам, которые перед ней стояли: добавить к порядку и регулярности свободу и красоту, и позволить своим линиям, вместо того чтобы следовать по натянутой верёвке, изгибаться в самых смелых поворотах и переплетениях, не опасаясь беспорядка.

Давайте попытаемся более детально обрисовать образ древнего юридического искусства; более конкретное изложение следующих параграфов придаст этому образу краски и жизнь.

Среди различных сторон и операций юридической техники, которые мы перечислили при нашем общем описании её (§ 38), при её первом появлении мы находим только две в доказуемой, но тем более выраженной форме: юридическая аналитика и юридическая экономия. То, что именно они исторически появляются первыми, имеет в них самих свою глубокую причину (§ 49 и 55), а форма, в которой они это делают, определяется частично временем, в которое этот факт происходит, частично — законом, применимым к развитию любого искусства. Как, согласно нашим предыдущим исследованиям (§ 43–48), время наложило свой отпечаток на всё, что создала древняя юриспруденция, а именно отпечаток внешней формы, так и на её технику. Этот характер прежде всего и главным образом несёт её аналитика; наша современная юриспруденция и также более поздняя римская, насколько не препятствует унаследованное право, различает внутренним, понятийным путём, но древнее право различает внешне, то есть оно не удерживает, как мы, понятия, где они в отдельном случае встречаются, внутренне раздельно, но делает их внешнее совместное появление невозможным, принуждая их просто появляться по отдельности. Это происходит, во-первых, через теорию юридических сделок (§ 53): каждая юридическая сделка определена только для одной правовой цели, и затем через организацию процессуального производства (§ 50, 51): каждый процесс рассматривает только один иск, и ни со стороны истца, ни со стороны ответчика не могут быть включены аспекты, которые не относятся непосредственно к этому иску. Аналитика, которая в нашем современном праве имеет лишь характер операции, возложенной на судью, в древнем праве гарантирована особым внешним аналитическим аппаратом. Юридическая экономия, или искусство посредством умелого использования имеющегося материала удовлетворять потребностям жизни, проявляет этот характер внешней формы преимущественно в мнимых сделках.

Закон, о котором я говорил выше, гласит следующим образом: путь к свободе в искусстве лежит через несвободу. Необходимое начало искусства как для отдельных лиц, так и для народов — это строгое, рабское применение правила; только тот становится господином правила, кто прежде был его рабом. То, что мастер внутренне ассимилировал как живое закон своей целостной художественной концепции, всё ещё предстаёт ученику как механическое предписание, которому он должен слепо подчиняться, без собственной проверки. Отношение внутренней несвободы проявляется во всех его достижениях и накладывает на них вполне определённый тип, который характеризует начальные ступени искусства, находящегося под тиранией правила: это — жёсткость, сухость, педантичность, но вместе с тем строгая регулярность и порядок.

Сказанное применимо и к юридическому искусству: оно также должно было пройти через стадию несвободы, чтобы достичь духовной свободы, и оно несёт в себе именно тот тип начальной ступени искусства, который мы только что описали: с одной стороны — образцовая упорядоченность и простота, математическая регулярность и точность, неумолимая последовательность; с другой стороны — обратная сторона этих достоинств: жёсткость, многословность, тяжеловесность, педантичность, некое чопорное, учительское поведение.

Чтобы достичь определённой цели, древняя юриспруденция, если на пути лежит какое-либо препятствие, конечно, не идёт прямо, а ищет обходного пути, достигает цели зигзагообразно. Ей недостаточно просто достичь правильного результата, но она одновременно стремится внешне осмыслить или указать, что это правильно; она, так сказать, дедуктирует, когда оперирует.

Не составляет особого труда выявить смешные стороны этого образа, как показал Цицерон, однако более достойно не позволять этим сторонам вводить себя в заблуждение при вынесении суждения. Это тем более легко по двум причинам: во-первых, потому что общее впечатление от древней юриспруденции, её трезвый, мещанский, старомодный характер совершенно не располагает к симпатии, и, во-вторых, потому что её достижения носят более скрытый характер, по крайней мере для нас, привыкших рассматривать фундаментальные понятия римского права как изначальный дар римской правовой мысли. Если те свойства, которые мы только что выделили, действительно неуместны в «прекрасном» искусстве, сущность которого составляет поэзия, то это не относится к нашей юридической науке, сущность которой составляет трезвая, сухая проза, и тем более не относится к той её эпохе, когда ещё правила отвес и угломер. Римскому праву благодаря рабскому культу правил, неустрашимой последовательности и строгости метода, не отступающего даже перед опасностью стать смешным, оно обязано теми достоинствами, которые нисколько не утратили своего блеска во всём, что было создано позднейшей юриспруденцией. Я имею в виду удивительную ясность и прозрачность всей его архитектурной конструкции, чёткость и остроту основных линий и форм, а также кристально-резкое разграничение и почти ма-

тематическую противоположность отдельных понятий. Древнее право построено настолько по-школьному, что можно подумать, будто оно не имело никакого практического применения в жизни, а было создано чисто в дидактических целях как своего рода школьное право. В этой концепции есть доля правды: нигде школа не имела над жизнью такой власти и не вела столь учительское управление, как в древнем Риме. Тот, кто способен увидеть многочисленные черты и намёки, из которых с очевидностью проявляется строгость этой дисциплины (и не только само право изобилует ими, но и традиция подтверждает давление, которое оказывала юриспруденция в древние времена, а также положение юриста в обществе) — тому вера в то, что римское право, выросшее под строжайшим надзором и дисциплиной, развивалось стихийно, должна казаться почти детской.

Среди двух направлений юридической техники, упомянутых выше, аналитическое направление, безусловно, занимает первое место, и поэтому мы начнём с него.

I. Аналитика права

Jurisconsulti... quod positum in una cognitione est, id in infinita dispartitur. Однако законоведы... часто делят содержание одного вопроса на бесчисленное множество частей.

(Цицерон, «О законах», книга II, глава 19)

XLIX. Моисеево повествование о сотворении мира показывает, что творение мира начинается с разделения: в начале Бог отделил небо от земли, твёрдое от жидкого, свет от тьмы. Точно так же начинается и юридическая история сотворения римского права; его первые дни также принадлежат работе разложения. Это не случайность, юридическая техника не могла начать с какой-либо другой точки, а именно здесь она должна была начать. Не потому, что всякое развитие начинается с разделения, а потому, что она должна была сначала овладеть простыми элементами права, с которыми ей предстояло работать позже (§ 39) — нужно было найти алфавит, прежде чем можно было думать о чтении и письме!

В правильном понимании необходимости этой задачи юный дух с полной силой устремляется к разделению. Чем менее развит он в остальном, тем более высокой ценностью становится для него мысль, которая является его первым достижением и долгое время составляет всё его духовное богатство, благодаря которой он впервые приходит к осознанию самого себя и своего искусства. Поэтому вся его деятельность, по существу, сводится к использованию этой единственной мысли, его искусство — это искусство разделения. Это определяет значение и ценность первого периода и отличает его от времён развитой правовой науки. То, что для последней является лишь одним из многих и не особенно выделяющихся аспектов профессиональной деятельности, там составляет единственный. Именно по этой причине мне показалось правильным отнести изложение аналитического метода ко всему ходу моего труда на нынешнее место. Ибо здесь, где он, так сказать, прорастает из почвы, он не только впервые становится видимым в истории, но и

приносит в этой близости к земле большинство плодов и побегов; говорить отдельно о более скудных плодах, которые он ещё несёт на вершине, то есть в третьей системе, было бы лишено всякого интереса; насколько эти последние полезны для нас, мы будем использовать их здесь. Только в одном отношении я буду говорить об аналитическом методе в третьей системе, а именно в отношении изменений, которые произошли с его внешней формой.

Для нашего вышеприведённого суждения об аналитическом характере древнего искусства нет ни необходимости, ни возможности обращаться к высказываниям римских юристов; древнее право само позволяет нам сформировать собственное суждение. Напротив, Цицерон в высказывании, использованном в качестве эпиграфа к этому параграфу, предоставляет нам заслуживающее внимания подтверждение этого суждения. Это высказывание, поскольку оно должно было обосновать упрёк в адрес юриспруденции, является лишь доказательством юридической некомпетентности его автора, однако как фактическое наблюдение, а именно как свидетельство о впечатлении, которое юридическая литература произвела на Цицерона, оно содержит одно из самых интересных суждений о древней юриспруденции, которого современная история права ни за что не должна была бы избежать, и которое я, чтобы почтить его, использовал в качестве эпиграфа ко всему этому разделу. «То, что основывается на одном понятии, юристы разделяют на бесчисленные части». Этот упрёк, хотя и был первоначально направлен против современников Цицерона, на самом деле относится на несколько столетий назад к их предшественникам, поскольку большинство делёжек и разделений понятий, встречающихся в трудах первых, происходили из древней эпохи и принадлежали не столько школе, сколько самому праву; они были, как, например, в случае исков (§ 51), практическими возможностями, а не теоретическими идеями. То, что Цицерону казалось недостатком юридической науки его времени, было не чем иным, как аналитически-юридическим духом римского права, и только потому, что он не учёл полного различия между точками зрения, с которых философ и юрист руководствуются при своём понятийном анализе, он мог прийти к тому, чтобы поставить юриспруденции в упрёк то, что составляет жизненный закон права и служит ей к вечной, непреходящей славе. Упрёк был бы оправдан только в том случае, если бы юриспруденция при своих разделениях пренебрегла практической целью и позволила увлечь себя такой формально-диалектической страстью к разделению, какая в эпохи научной импотенции обычно выступает как искажённое подобие истинного мышления. Древнее право, которое в остальном предоставляет нам столь богатый материал для изображения аналитического метода, не даёт ни малейшего основания для этого упрёка; напротив, все его понятия, какими бы тонкими они ни были разделены, находят своё оправдание в практическом мотиве, как это будет показано в ходе изложения (§ 51). Что современники Цицерона много сделали в указанном направлении, у нас есть все основания сомневаться. Хотя материал к их времени накопился больше, чем несколькими столетиями ранее, сами они, вероятно, внесли очень мало, поскольку к их времени уже наступил поворот, который, открыв науке другие цели, идеи и

пути, положил конец исключительному или даже преобладающему направлению научных сил на анализ. Именно упомянутая ранее ограниченность и узость древнего права способствовала значительному развитию аналитического искусства, и, вероятно, никогда в истории само это искусство не поднималось до такой высоты виртуозности и не решало проблему разложения права не только столь мастерски, но и столь наглядно, как в древнем римском праве. Особенно эту последнюю особенность — наглядность — я не могу достаточно подчеркнуть. Задачи могут быть решены совершенно правильно, но без того, чтобы кто-либо мог понять путь, на котором это произошло, и, с другой стороны, существует такой способ решения, при котором каждый шаг к цели происходит как бы на глазах у зрителей, и полученное результат несёт с собой средство, с помощью которого он был получен. В последнем виде аналитический метод решает свою задачу в древнем праве. Подобно тому, как внутренность машины видна под прозрачным стеклом, он работает перед нашими глазами, словно механизм был специально изготовлен для учебных целей (я напоминаю о замечании на странице 10); то, что в других местах происходит только путём внутреннего мышления, здесь осуществляется в форме видимого внешнего устройства — в древнем процессе можно видеть, как правовое отношение, так сказать, попадает под режущий инструмент, с помощью которого оно должно быть разложено. Именно из-за этой наглядности процедуры я начинаю своё изложение с процесса. В противном случае оно должно было бы следовать другому пути. Оно должно было бы сначала доказать, как были разделены правовые понятия, и только затем показать, как практическая жизнь оперирует с ними. Но по указанной причине я выбираю противоположный путь, при котором я сначала

I. Опишу конкретный анализ, то есть аналитическую обработку конкретного правового отношения:

A. В процессе, а именно:

Аналитический механизм процесса в целом (§ 50)

Нападение, иск (§ 51)

Защита (§ 52)

B. В правовом акте (§ 53)

Затем, во-вторых,

II. Абстрактный анализ или разложение внутри юридической понятийной сферы, а именно:

Алфавит древнего права (§ 54)

Аналитические основные идеи (§ 55)