**1. Обычное право и закон**

# Обычное право

Более привычное юридическое значение имеет термин **«consuetude»** (обычай), и риторы I в. до н.э. применяют его для указания на обычное право как элемент новой нормативной реальности. Если «mores maiomm» в плане ius civile имеют, скорее, консервативную функцию (Cic., part. orat., 37,130: «maiorum more retinentur» («сохраняется по заветам предков»), что противостоит «iure gentium»), то «consuetude» предстает источником обновления, внешним ius civile.

Обычное право (consuetude) поставлено в один план с leges и mores, образующими план ius civile. Идея всеобщего соглашения как источника норм обычного права находит свой рефрен в рассуждениях классических юристов, для которых модельной формой ius civile является lex как установленная воля всего народа.

Таким образом, единственной специфической чертой обычного права является отсутствие письменной формы фиксации, что даже может быть представлено как доказательство его адекватности.

Говоря об обычном праве, Цицерон выделяет такие проявления этой формы права, как pactum, par, iudicatum.

Оставляя в стороне судебное решение (о чем подробнее будет сказано ниже), можно убедиться, насколько эта категория бедна по специфическим проявлениям: неформальные соглашения – pacta – учитывались преторским правом и не могут считаться институтом обычного права. Их упоминание, скорее, акцентирует противопоставление обычного права цивильному, поскольку pacta игнорировались ius civile. Понятно, что эта нормативная реальность не исчерпывается приведенными примерами и что многие институты сформировались вне (и помимо) ius civile, – однако они ни в коем случае не могут составить параллельную ius сферу социального взаимодействия; во многом – именно потому, что ius civile было открытой системой, которая на основе интерпретации законных норм Onterpretatio) оперативно отвечала на потребности оборота. Обязательная сила обычного права в таких условиях проблематична: эти нормы не могли оформиться адекватным образом, избежав средств позитивации, свойственных ius civile – interpretatio юристов или преторской защиты. Обычное право было обречено на маргинальное положение в нормативной системе римского общества.

Внимание к этой стороне правопорядка со стороны юриспруденции усиливается со II в. н.э., когда юристы начинают прибегать к обычному праву в поиске действующих норм. При этом «mores» трактуются, наряду с «consuetude», как самостоятельный вид позитивных норм, которые даже можно применять по аналогии. Это явление связано с консолидацией законодательной массы как основы для аналогий в плане ius civile.

Развиваемый Юлианом порядок применения права по аналогии относится к провинциальным условиям (поэтому собственно римское право стоит на последнем месте) и «mores» здесь отличаются от древних «mores maiorum». Наиболее часто в источниках классической эпохи встречается упоминание местных обычаев – mos regionis, что связано с практикой применения местного права в провинциях. Внимание к местным установлениям особо предписывается римской провинциальной администрации, отчего фрагмент из сочинения Ульпиана «De officio proconsulis» («О служебных обязанностях проконсула») включен в титул 3 книги 1 Дигест Юстиниана, который посвящен формам позитивного права (D. 1,3,33; ср. D. 1,16,4,5; 7 рг). Такие нормы характеризуются прежде всего с негативной стороны – как не получившие законной формы.

Так, Гай (Gai., 1,1 = D. 1,1,9) начинает свой элементарный комментарий словами: «Omnes *populi qui legibus et moribus reguntur… («Все народы, которые управляются законами и обычаями),* воспроизводя фундаментальную оппозицию «leges – mores», которая в «Институциях» Ульпиана (D. 1,1,61) под греческим влиянием будет заменена на более поверхностную: «ius ex scripto aut ex non scrioto (право писаное и неписаное)». Это разделение воспроизведено в Институциях Юстиниана (I. 1,2,3). При этом в категорию неписаного права юстиниановская систематика включает только mores, уточняя, что согласие людей, использующих (consensus utentium) ставшие обычными порядки, уподобляет их законам (I. 1,2,9).

В постклассическую эпоху конституция Константина (С. 8,52,2) приравнивает consuetude к lex, если только обычай не противоречит ratio (здравому смыслу) или закону. Это решение (в характерном для этого периода стиле) отмечает распад структуры позитивного права, связанный с упадком научной интерпретации и решительным законодательным вторжением в сферу частного права со стороны императорской власти. Типично провинциальные формы права получают признание центральной власти.

**Закон**

Критерием закона (lex) как высшей и самой совершенной формы позитивного права римляне считали его принятие народным собранием. Народ (populus) при этом понимается в политическом измерении как суверенный коллектив (civitas). На практике это выражается в том, что законы утверждаются народным собранием (comitia), которое представляет всех римских граждан (cives Romani):*»… populi appellations unwersi ciues significaritur» – «названием «народ» обозначаются все граждане»* (Gai., 1,3).

Идея суверенного народа, устанавливающего законы для самого себя, превращает lex в ведущую форму официального установления (позитивации) римского права», поскольку оно мыслится как право, исходящее от граждан (cives) – ius civile.

Всеобщность творца – populus – и адресата – cives – такой нормы определяет ее универсальный уравнивающий (а значит – и освобождающий) характер, независимо от того, что текст закона может быть сформулирован специалистами.

Текст выделяет отличительные черты народного закона (lex populi). Участие профессионалов (iuris prudentes – знатоки права), знание которых аккумулирует нормативный опыт всего общества, соответствует всеобщему характеру lex как формы права. Законы устанавливаются всем гражданским коллективом («communis sponsio) и для всех граждан («commune praeceptum»), являясь результатом язаимного обещания («sponsio») среди cives, – что исключает неосведомленность и необдуманность поведение как причину возможного отклонения от нормы и пренебрежения интересами других. Законы обеспечивают определенность права, исключая произвол и граждан, и правителей.

Описывая начало римской правовой истории, Помпоний (D. 1,2,2,1) противопоставляет первичное отсутствие позитивного права установленной Ромулом практике издания законов (leges curiatae), которые выносились на утверждение народного собрания (comitia curiata).

Издание царских законов, осуществленное великим понтификом Папирием в правление этрусской династии, закономерно названо ius *civile Рартапит* (Pomp., D. 1,2,2,2 и 7). Само издание связано с прекращением законодательной деятельности царей, отчего это событие другая традиция относит к началу Республики (Dionys., 3,36,4; Macrob., Sat., 3,11,5; Serv., ad Aen., 12,836). Этот период Помпоний характеризует как новое состояние неопределенности права (D. 1,2,2,3).

Положение кардинально исправляется с изданием законов Двенадцати таблиц (Pomp., I. sing ench., D. 1,2,2,4).

Составленные децемвирами законы были вотированы народом в комициях (Liv., 3,34,6) и выставлены на форуме на двенадцати медных досках на всеобщее обозрение. Акт символизировал достигнутое единство нормативной системы и определенность позитивного права. Последующее восприятие XII таблиц как кодекса предполагает, что они вобрали в себя древние mores (и «царские законы») исчерпывающим образом. Идея определенности права осталась бы нереализованной, если бы все существенные для общества правила не были возведены в ранг закона.

Законы (9,1) запрещали на будущее законодательную инициативу **(rogatio),** направленную на отступление от них и принятие исключительных норм **(privilegiam)** в пользу отдельных лиц (или групп): «PRIVILEGIA NE INROGANTO» – «Да не выносят на рассмотрение комиций исключительные нормы» (Cic., de leg., 3,4,12; 2,19,44; pro Sest., 30; de dom., 17), – устанавливая формальное равенство всех граждан. Законы предусматривали также процедуру прямой апелляции к народу гражданина, осужденного судом магистрата, – **provocatio ad populum,** подтверждая высшую судебную власть комиций (Cic., de leg., 3,4,12; de re pub., 2,31,55). В дальнейшем, действие этого правила сказалось в том, что при необходимости изъятия уголовного судопроизводства из-под действия ius provocationis (права апелляции к народу), только lex populi (или равный по силе законодательный акт) считался адекватным средством создания таких судов (quaestiones). Поскольку соответствующий закон должен был прямо указывать на преступления, входящие в компетенцию учреждаемого суда, таким – опосредованным – путем в римском уголовном праве утвердился принцип законности: «nullum crimen sine lege», «нет преступления без закона».

XII таблиц предусматривали законодательную процедуру изменения позитивного права. Закон (12,5) дошел в пересказе Ливия (Liv., 7,17,12): *«quodcumque postremum populus iussisset, id ius rafumque esset» («что бы ни постановил народ в последнюю очередь, это является установленным правом»).* Значение этого постановления не только в том, что более новый закон отменяет старый (Liv., 9,34,7), но, прежде всего – в защите существующего закона, для отмены которого необходима аналогичная процедуре принятия форма (Cic., de leg., 3,23,2).

На всем протяжении римской правовой истории XII таблиц остаются основным законодательным актом, так что на них часто ссылаются просто как на «leges», без специального уточнения. В дальнейшем ius civile развивается преимущественно посредством интерпретации XII таблиц, и римская общинная правовая система продолжает формально базироваться на этом кодексе.

Многие последующие республиканские законы, вотированные в комициях – **leges rogatae,** – не затрагивали основ ius civile и либо реагировали на широкие социальные движения и потому получали выраженное политическое измерение, развивая идею социального компромисса, продуктом которого были сами XII таблиц, либо распространяли заложенные в Законах принципы на новые отношения, корректируя выявившиеся пробелы. К первой группе можно отнести lex Canulea 443 г. до н.э., который вскоре после издания XII таблиц отменил запрет на браки между патрициями и плебеями; lex Poetelia Papiria 326 г., запретивший непосредственную личную расправу кредитора над неоплатным должником; ряд законов, ограничивавших ростовщичество; аграрные законы II в. до н.э., вводившие новые режимы землепользования; законы Августа о браке, затронувшие многие институты семейного и наследственного права. Такие законы никогда не реформируют саму систему, но развивают ее логику. Действительно, XII таблиц признавали право личной расправы кредитора над неоплатным должником, в частности – заковывать римского гражданина в цепи (устанавливая, впрочем, максимум веса оков в 15 фунтов: XII tab., 3,3 – Cell., 20,1,55), но этот же порядок предусматривал последующую продажу должника за Тибр (то есть, за границу), исходя из того, что римлянин не мог стать рабом в своем отечестве. Запрет личной расправы согласуется с невозможностью долгового рабства, предполагаемой самими Законами.

Другая группа – законы, вводившие маргинальные изменения – примечательна ограниченной действенностью норм.

Ульпиан (в весьма испорченном тексте поздней эпитомы Ulp., Reg., 1,1–2) различает три вида законов, в зависимости от их санкции:

**leges perfectae** (законы совершенного вида), которые предусматривают ничтожность запрещенного акта;

**leges minus quam perfectae** (законы менее чем совершенного вида), которые устанавливают наказание (обычно штраф) за нарушение, но не лишают противозаконный акт силы;

**leges imperfectae** (законы несовершенного вида), которые не предусматривают никакой санкции: ни ничтожности акта, ни наказания.

Эта классификация поучительна: наличие санкции оказывается несущественным не только для естественного, но и для позитивного права, что говорит о принципиальном единстве этих выражений нормативности социальной жизни.

Как пример lex imperfecta Ульпиан упоминает закон Цинция (lex Cincia) 204 г. до н.э., запрещавший совершать дарения, стоимостью выше определенной (точно не известной) суммы. По другим источникам известно, что позднее претор защищал предусмотренное здесь отношение посредством искового возражения, основанного на этом законе (exceptio legis Cinciae), то есть даритель имел возможность опрокинуть иск кредитора (одаряемого), но сама сделка дарения, совершенная вопреки закону, оставалась действительной по ius civile. В пример lex minus quam perfecta приводится закон Фурия о завещаниях (lex Furia testamentaria) первой половины II в. до н.э., запрещавший принимать отказы по завещанию ценностью выше 1000 ассов и наказывавший нарушителя штрафом в четырехкратном размере.

Большинство известных законов III–II вв. до н.э. были leges minus quam perfectae или imperfectae. Например, закон Лэтория (lex Laetoria) 200 г., защищавший лиц моложе 25 лет от обмана, сначала предусматривал наказание нарушителя, но позже приводил к последствиям лишь в плане преторского права, то есть стал lex imperfecta. Объяснение распространенности таких законов состоит в том, что законы не могли отменить эффект ритуальных форм, в которых совершались нежелательные акты, в плане ius civile. Leges rogatae в постдецемвиральную эпоху либо вносят дополнения в существующую систему, либо устанавливают наказания за злоупотребление индивидуальной свободой распоряжения, но бессильны отменить формально безупречный акт, отвечающий фундаментальному для ius civile принципу автономии воли. Ограниченность силы законов ставит их в один ряд с такими средствами развития ius civile, как интерпретация юристов, преторское право и рескрипты императоров. Предпочтение интерпретаторского пути законодательному связано с естественно-правовым видением позитивной формы права как внешней по отношению к нормативной реальности, данной в самих отношениях людей. Соответственно, форма предстает зависимой непосредственно от этой реальности, а не от другой, пусть более авторитетной, формы того же порядка.

**2. Исковая давность**

Если законы устанавливают общезначимые ограничения произвола, гарантируя тем самым определенный уровень социальной свободы, то защита актуальных субъективных юридических ситуаций реализуется посредством организованного спора частных лиц при посредничестве особой публичной власти – судебной. Утверждая основанную на законе претензию против другого лица и выявляя в суде обоснованность этой претензии, субъект права добивается признания своего правомочия и воплощает в жизнь положение закона. На практике само существование средств защиты придавало такую действенность норме закона, что одна угроза судебного преследования зачастую обеспечивала беспрепятственное осуществление своего права.

Самостоятельное значение процессуальных средств как источников позитивного права определяется тем, что по содержанию они могут отличаться от той нормы закона, на которой они основаны, предусматривая защиту специфических отношений, в законе прямо не упомянутых.

Термин «legis actio» указывает не столько на формальный источник иска – lex populi, сколько на фиксированный характер самого иска: «lege agere» означает «certis verbis agere» – искать в суде посредством определенных слов фиксированного заявления (lex privata – частного закона), текст которого почитался неизменным, как слова закона («immutabiles proinde atque leges observabantur», – Gai., 4,11). Продолжая эту мысль, Гай приводит замечательный пример: responsum est – дан ответ указывает на ответ понтификов на консультации как источник решения) вкладывали в них новый смысл, распространяя действие нормы на не предусмотренные в ней отношения. Так, XII таблиц упоминали только ответственность лица, порубившего деревья; развитие виноградарства поставило проблему защиты, которая была решена, не прибегая к созданию нового иска посредством распространительной интерпретации слов закона. Если Гаи видит в этом случае редкий в его время формализм, то нам следует оценить свободу толкования, которая позволяла понтификам (и республиканским prudentes, но уже менее вольно) расширять сферу защиты, не меняя слов в законных исках. Это явление показывает также, что понятие позитивной формы права не сводится к форме, в которой фиксируется норма: слова иска, оставаясь прежними, получили новое содержание, и отношение, прежде безразличное для законодателя, обрело законное признание.

Зависимость участников древнего процесса от необходимости строго соблюдать фиксированный характер слов иска –исковой формализм – оборачивается уверенностью в положительном решении суда, который столь же связан словами закона, установившего определенную санкцию за нарушение. Такая согласованность материального и процессуального аспектов правовой формы обеспечивает определенность прав и обязанностей, гарантируя одинаковую защиту всех сходных отношений.

Неудобства формализма, связанные с разрывом между словами legis actio и их новым значением, когда участники правоотношений, аналогичных предусмотренным в законе, также вынуждены вкладывать иной смысл в текст своего заявления, компенсировались стойким пиететом перед законом, который позволял воздействовать на противника не прямым указанием на несправедливость его действия, а ссылаясь на общезначимый формальный авторитет.

Исковой формализм предполагает широкую распространенность юридических знаний. Проигрыш дела при неправильно составленном иске маловероятен: такой иск не был бы принят к рассмотрению как несуществующий. Деление процесса на две части приводит к тому, что к судье дело попадает только, если спор признан достойным рассмотрения судящим магистратом. Если в современном Гаю процессе per formulas иск дает претор, направляя дело к судье, то в эпоху legis actiones надлежащее оформление дела, а значит, и интерпретация содержания иска, предшествовало первой фазе процесса.

Составленные в IV в. до н.э., legis actiones стали восприниматься наравне с законами как составная часть ius civile (D. 1,2,2,6: «pars iuris»). Отсюда – практика обнародования формул исков подобно законам.

В то же время legis actiones как форма позитивного права существенно отличаются от законов: если последние имеют значение как таковые, то иски (forma agendi) – только когда их применяют. Помимо прикладного значения, самостоятельность этой формы ограничена ее зависимостью от интерпретаторской деятельности понтификов, то есть от другого источника позитивного права – авторитета юристов.

**3.** **Правовое положение латинов и перегринов**

Гражданская эксклюзивность ius civile, которая была доступна исключительно римским гражданам, предопределяла особый гражданско-правовой статус неграждан (hostes, peregrini), допустимость правильных сделок с которыми **– commercium** – специально устанавливалась законом. Уже законы XII таблиц предусматривали доступность торжественных юридических актов («ius man <cipii>» – Fest., p. 472 *Lindsay)* некоторым категориям иностранцев (FORT1 SANATI – XII tab., 1,5), связанных с римским народом договором о дружбе (amicitia – Fest., р. 474 L), а также возможность судебного разбирательства с чужестранцем (STATUS DIES CUM HOSTE – Cic., de off., 1,12,37; Fest., p. 414 L). Постепенно вырабатывается общая дифференциация иностранцев по категориям в соответствии с их статусом. На место аморфного «hostis», ситуативно обозначавшего то друга, то воюющего врага («perduellis» – Varro., de 1. 1., 5,3; D. 50,16,234 рг), приходит терминологическая определенность в различении степени близости прав иностранцев к правам римских граждан.

Наибольшей близостью к римским гражданам отличались **Latini prisci** (древние латины) – граждане городов в Лации, которые входили в Латинскую лигу во главе с Римом и после ее распада в 338 г. до н.э. удержали те права, которыми их общины пользовались с 493 г. до н.э. по foedus Cassianum. Эти латины располагали «правом заключать сделки iuris civilis с римлянами (ius **commercii),** селиться в Риме (как и в любом другом городе Лиги), становясь римскими оажданами (ius **migrandi),** а также вступать в законный брак с римлянами (**ius conubii).**

В эпоху Республики (до середины 11 в. до н.э.) римляне создавали на завоеванных землях колонии, наделяя колонистов статусом латинских граждан – colonii civium Latinorum. После 338 г. граждане этих колоний стали рассматриваться как особая категория – **Latini coloniarii.** Располагая ius commercii и ius migrandi, они обычно были лишены ius conubii (если оно им не было специально предоставлено – Gai. 1,56–57; Dip., Reg., 5,4). В эту эпоху латины, достигшие высших должностей в своих общинах, получали римское гражданство (Gai., 1,96) и могли продолжить политическую карьеру в Риме: так называемое **ius honorum.** Результатом было фактическое двойное гражданство политической элиты (ordo decurionum) латинских городов и колоний, которое, однако, не воспринималось таким образом (Cic., pro Balb., 45), поскольку сами Latini coloniarii были обычно выходцами из Рима. Если добавить к этому **ius suffragii** – право голосовать в народном собрании в Риме (в случае присутствия), которым располагали граждане латинских городов и колоний, – станет понятно, насколько несущественным было различие между римским и латинским гражданством, почему одно беспрепятственно переходило в другое.

Основным критерием различения предстает фактическое место жительства и связанная с этим принадлежность к определенной гражданской общине (civitas). Г1ереселившись в латинскую колонию, римлянин становился латинским гражданином, но был свободен вернуться в Рим (Fest., р. 244 L). Близость двух статусов особенно наглядна в правилах, определяющих гражданский статус вольноотпущенника.

Вольноотпущенники, получившие латинский статус (Latini Aeliani), могли легко добиться римского гражданства, вступив в законный брак: те, кто был моложе 30 лет – уже по закону Элия Сенция (Gai., 1,28–29), а при Веспасиане – и все остальные, по SC Pegasianum (Gai., 1,31). Ребенок от брака латина с римской гражданкой, по постановлению сената, принятому по инициативе Адриана (auctore divo Hadriano – Gai., 1,30), рождался римским гражданином. Переход латинов в римское гражданство регулировался и конституциями принцепсов: от Клавдия до Траяна (Gai., 1,32–34; FV., 233; 235; lex Salp., 22–23), которые, увязывая эту привилегию с различными видами хозяйственной активности, предусматривали все новые способы перемены статуса.

Предоставление прав римского гражданства в результате Союзнической войны (bellum Italicum) 91–89 гг. до н.э. всем латинам (по lex lulia 90 г. до н.э.), а затем всем италикам (по lex Plautia Papiria 89 г. до н.э.) повлекло распространение латинского гражданства за пределы Апеннинского полуострова, где оно было предоставлено свободным жителям Цизальпийской Галлии, Сицилии, а при Веспасиане – обеих испанских провинций (Plin., N. Н., 3,30) с соответствующей реорганизацией местного самоуправления в латинские муниципии по модели municipium civium Romanorum.

Базовой правовой системой в новых латинских общинах было римское ius civile (lex Irnitana, 93), тогда как специфика политической организации и судебной власти определялась единообразным муниципальным законом (условно называемым lex Flavia municipalis). Римские правовые институты регулировали и отношения между латинами и римскими гражданами, как имущественные, так и личные.

Заметной спецификой отличалось положение **Latini luniani** – вольноотпущенников, получивших статус свободных по lex lunia Norbana. Эту категорию составляли лица, не принадлежавшие к какой-либо латинской общине, – их латинский статус, таким образом, просто выражал дефектность их положения в системе гражданских связей (Gai., 3,56). Latini luniani не располагали ius conubii и не имели ни активной, ни пассивной testamenti factio (права завещать или получать по завещанию) в отношении римских граждан. В остальном они были вполне правоспособны (могли даже приобретать наследство от римских граждан по универсальному фидеикомиссу – Cai 2,275), а в отношениях с латинами, которые также регулировались римским правом, их особый статус не создавал никаких ограничений.

Основное население провинций (и Италии до Союзнической войны) не имело прав римского или латинского гражданства. Гражданские общины провинций были связаны с Римом договорами, которые определяли степень их автономии. При этом различались формально независимые общины **– civitates peregrinae liberae et foeredatae** (или sine foedere liberae); подчиненные общины («civitates nostro iure obstrictae» – Plin., Epist., 10,93), пользовавшиеся автономией, и покоренные общины **(peregrini dediticii),** поставленные под прямое управление римской провинциальной администрации.

Граждане автономных общин – peregrini alicuius civitatis – жили по собственному местному праву. Население общин, лишенных автономии, – **peregrini nullius civitatis** (чужестранцы, не принадлежащие к гражданским общинам) – было подчинено власти римского наместника, чей imperium не встречал здесь формальных ограничений. На практике, однако, продолжали применяться нормы местного права – **iura peregrinorum.** Любой перегрин мог прибегнуть к суду римского провинциального магистрата, и его дело рассматривалось по нормам ius gentium или ius honorarium, принятым в данной провинции.

Особые случаи искусственного придания лицу статуса перегри-на без отечества – в результате осуждения уголовным судом (apolides) или отпущения на волю раба-преступника (dediticii Aeliani) – создают ситуации нормативно чистого воплощения этого понятия: не принадлежа ни к какой общине (даже к покоренной), эти лица могли рассчитывать лишь на применение к ним норм ius gentium (D. 32,2,3; 48,19,17,1; Ulp» Reg., 20,14).

Положение кардинально меняется с изданием эдикта Каракаллы **(constitutio Antoniniana)** 212 г., предоставившего римское гражданство всему населению Империи. Civitates peregrinae всех типов исчезают, и ius civile становится основной правовой системой в Средиземноморье, хотя в Восточных провинциях, где существовала многовековая правовая культура, продолжают применяться местные нормы. Римскими гражданами становятся даже жители сельской местности, не принадлежавшие никакой civitas: папирологический материал засвидетельствовал распространение среди этой категории населения римской ономастической системы (praenomen – nomen – cognomen) уже в первой половине III в., что указывает на появление у них статуса cives Romani.

Вопреки господствовавшему прежде мнению Т. Моммзена о том, что constitutio Antoniniana не распространялась на peregrini nullius civitatis (peregrini dediticii), следует – вместе с большинством современных исследователей – полагать, что исключение было сделано только для dediticii Aeliani и Latini luniani. Папирус с текстом эдикта (Р. Giess., 1, n 40 = FIRA, I, p. 445 sqq) испорчен в том месте, где говорится о dediticii которым отказано в римском гражданстве, но Юстиниан, отменяя «liberlas dediticia» (С. 7,5,1, а. 530), знает только эту категорию неграждан. Латинское гражданство – как «libertas latina» – было отменено в 531 г. (С. 7,6,1). Оба исключения связаны с особым типом свободного состояния – pessima libertas, – который предполагает и специфику гражданского статуса. Сопряжение свободы и гражданства, связанное с публичным основанием обоих институтов, находит в этом примере одно из наиболее выразительных проявлений.

**4.** **Личные и имущественные отношения между супругами**

Брак (nupliae, matrimonium) как социально значимый союз мужчины и женщины определяет правовое положение детей, рожденных в этом союзе, имущественные отношения между супругами и их наследственные права. По отношению к этим правам брак предстает юридическим фактом, однако вступление в такой союз зависит от воли будущих супругов и является юридической сделкой. Брак – это правовой институт, в котором акцентирован публичный момент личности римского гражданина. Так, плен – как гипотеза безусловной утраты связи римского гражданина с Римским государством – прекращает брак настолько, что даже при совместном пленении супругов дети, рожденные в плену, не являются рожденными в правильном браке. Лишь в начале III в. императоры Септимий Север и Каракалла постановили (С. 8,50,1), что после возвращения супругов из плена дети, прижитые в плену, считаются законными и подпадают под patna potestas. Смерть отца в плену исключала для таких детей возможность войти в его семейство, и они наследовали положение матери (D. 49,15,9; 38,17,1,3). После возвращения из плена супруги могли восстановить брак, но это был бы уже новый брак. В этом отношении (как и в случае владения – D. 41,2,23,1) автоматического восстановления брака в силу ius postliminii не происходило (D. 49, 15,8).

Строго индивидуальный характер брака сказался в том, что юристы рассматривают индивидуальную волю – **affectio roarita is** намерение состоять в браке) – как существенную в структуре института. При длительной отлучке супруга (например, в связи с исполнением государственной должности проконсула – Dip. D. 24,1,32,13) брак сохранялся благодаря психологической связи.

Утрата этого намерения на любом этапе совместной жизни прекращает брак. Таким образом, брак основан на **consensus perseverans** (продолжающемся согласии), но им, конечно, не исчерпывается.

Следует различать брак и переход во власть мужа **(conventio in manum mariti),** благодаря которому супруга оказывалась в potestas самого мужа (называемой в этом случае «manus»), либо в potestas домовладыки мужа, если он сам состоял во власти. В древности заключение брака с необходимостью сопровождалось переходом в семейство мужа, отсюда – получившая неоправданное распространение концепция, различающая брак cum manu (mariti) и брак sine manu. Брак, не сопровождавшийся переходом во власть мужа, становится в классическую эпоху единственной формой супружеского союза.

Существовало три формы перехода во власть мужа – «usu farreo coemptione» (Gai., 1,110): посредством длительного пребывания в браке (usus), посредством религиозного брачного обряда **(confarreatio)** и посредством торжественного либрального (per aes et libram) акта **(coemptio).**

Жена попадала во власть мужа, если супруги непрерывно находились в браке в течение года (Gai., 1,111). Закон XII таблиц предписывал, чтобы супруга, желающая избежать перехода во власть мужа, ежегодно покидала его дом на три ночи кряду – usurpatio trinoctii (Gai., 1,111; Cell., 3,2,13; Macrob., Sat., 1,3,9). Переход во власть мужа был, таким образом, естественным следствием состояния в браке. Известная независимость женщины, позволявшая ей по своему желанию (или по приказу своего домовладыки) покидать дом мужа, предполагает самостоятельность, несовместимую с наличием у мужа владения на нее. Гай, уподобляя переход в супружескую власть *usu* приобретению dominium (собственности, господства) посредством давностного владения («veluti annua possessione usucapiebatur» Gai., 1,11'!), ставит акцент на результате – приобретении власти ~~ на поссессорной структуре акта: муж не имел на жену владения даже после ее перехода in manum. Этот вид conventio in manum существовал еще во времена Цицерона (Cic., pro Flacc., 34,84), но затем выходит из употребления.

Во время заключения брака в религиозной форме Юпитеру приносился в жертву хлеб из полбы (farreus panis), что и дало название этому обряду, нацеленному на введение невесты в семейство жениха. Confarreatio имела важное значение для религиозной жизни римской общины, поскольку высшими жрецами – фламинами Юпитера, Марса и Квирина – могли стать только лица, рожденные в браке, заключенном по этому обряду (Gai., 1,112). Уже в I в. н.э. найти таких лиц было затруднительно (Тас., Ann., 4,16), поскольку эта форма брака в основном отмерла.

Coemptio совершалась в манципационной форме (per aes et libram) так, что муж (уже после брака – Gai., 1,114) символически покупал жену (Gai., 1,113), которая таким образом становилась членом его семейства. Обряд в этом случае отличался по форме от манципации рабов (Gai., 1,123; Varro apud Non., p. 531 Mere.; Isid., Orig., 5,24,26), что согласуется с тем, что положение супруги в семействе уподобляется не рабскому, а позиции дочери мужа («filiae loco» – Gai., 1,114; 118). Последнее упоминание о coemptio содержит надпись конца I в. до н.э. – Laudatio Turiae, 14 (CIL, VI, 1527; Dessau, 8393).

Отведение супруге, поступившей во власть мужа, места дочери не означает ее функционального уподобления дочери (и тем более матери – сестре своих детей), но выражает наделение определенными правами в соответствии с позицией в структуре семейства (placuit earn filiae iura nancisci» – «установлено, что она получает права дочери», – Gai., 1,115).

Заключению брака предшествовала помолвка – sponsalia. В древности и в начале классического периода стороны заключали договор в форме клятвенного обещания заключить брак (sponsio – D. 23,1,2). Исковое преследование на основании установленного обязательства практиковалось в латинских городах до I в. до н.э. (Varro., de 1. L, 6,70; Cell., 4,4,2–3), затем его отменил lex lulia неизвестной даты. В классический период помолвка оказывала лишь моральное давление на жениха (sponsus) и невесту (sponsa), принцип свободы брака считался первостепенным. Помолвка уже в конце предклассического периода могла быть заключена в свободной форме, одним согласием («nudo consensu» – D. 23,1,4 pr; 7 pr). В постклассический период под влиянием христианства и семитской практики покупки невесты помолвка вновь приобретает обязательственный характер и сопровождается внесением задатка (arrhasponsalicia), который терялся женихом в случае отказа вступить в брак, а невеста ее отец при нарушении обещания отвечали в четырехкратном размере суммы полученного задатка; только в 472 г. император Лев сократил ответственность до двухкратного размера задатка (С. 5,1,5).

Заключение помолвки устанавливало квазиродственные отношения между женихом и невестой – adfinitas – так, что возникали ограничения на брак между членами двух семей даже в случае срыва намечавшегося брака (например, жених уже не смог бы жениться на матери своей невесты – D. 23,2,14,4), исключалось принуждение к даче свидетельских показаний друг против друга (D. 22,5,5), убийство жениха невестой или наоборот приравнивалось к убийству родственника – parricidium. Заключение двух помолвок (bina sponsalia) не допускалось, как и многобрачие (D. 3,2,1).

Со стороны невесты помолвка обычно заключалась домовладыкой, который и принимал решение о браке («conlocare in matrimonium» – Gai., 2,235; D. 3,2,1; 23,2,38,2; FV., 320). Однако непременным условием считалось и согласие невесты: «sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet» – «как для брака, так и для помолвки нужно, чтобы дочь дала согласие» (D. 23,1,11).

Для заключения брака также требовалось согласие самих супругов и их домовладык (если были).

Заключение брака безумным не допускалось. Безумный не мог и расторгнуть брак существующий поскольку перемена в affectio maritalis и изъявление воли, противоположной той, что была выказана при заключении брака, становились для него невозможными. Продолжение брака зависело и от воли домовладыки. Известно, что еще Марк Аврелий возражал против вмешательства отца супруги, которое могло бы повредить счастливому браку (С. 5,17,5 рг). Понятно, что в этом случае речь идет о супруге sine manu, которая осталась во власти своего домовладыки.

Важнейшим элементом заключения брака являлось введение невесты в дом мужа – deductio in domum mariti (D. 23,2,5; 6–24,1,66,1). Введение жены в дом мужа не означало ее поступления in manum mariti, а в некоторых случаях – и заключения правильного брака. Например, несовершеннолетняя невеста (до 12 лет) могла пребывать в доме будущего супруга, но брак считался заключенным только с того момента, когда она достигала брачного возраста (D. 23,2,4).

lustum matrimonium (правильный брак) мог быть заключен только между лицами, достигшими половой зрелости, находящимися в здравом рассудке и управомоченными на вступление в брак (ius conubii). Сожительство рабов (contubemium) не составляет брака (Gai., 1,58). Сходным образом, брак между перегринами не будет иметь значения для римского права. Брак считался правильным (iustum), только если он был заключен между римскими гражданами или перегринами, имевшими conubium: древними латинами (Prisci Latini), латинами, получившими это право по lex Aelia Sentia (Latini Aeliani), или перегринами, чьи общины имели это право по договору с Римом (Gai., 1,56; 76–77).

Дети, прижитые в браке между римлянином и перегринкой, наследовали положение матери в соответствии с правилом ius gentium (Gai., 1, 78) и становились перегринами. Но по постановлению сената, принятому при Веспасиане, разрешалось доказать свою ошибку (erroris causae probatio), в результате чего мать и дети от такого брака становились римскими гражданами. Та же возможность предусматривалась в случае брака между перегрином и римской гражданкой (Gai., 1,67–68), поскольку дети от такого брака тоже считались перегринами (Gai., 1,77–78).

Заключение правильного брака не допускалось между агнатами, а также между кровными родственниками по прямой линии, независимо от степени родства (D. 23,2,53; 68), и между родственниками по боковой линии в пределах четвертой степени родства. В классический период в связи с браком императора Клавдия на своей племяннице Агриппине сенатское постановление делает исключение для дяди и дочери брата (Gai., 1,62), тогда как браки между другими родственниками третьей степени остаются под запретом (D. 23,2,56). Императорскому произволу придается вид общей нормы, которая оставалась в силе до 342 г.

Запрет брака между родственниками по прямой линии был настолько прочен, что распространялся на усыновленных и сохранялся даже после их эманципации из семьи (Gai., 1,59). Не допускался брак и между свойственниками (adfines) по прямой линии: между свекром (socrus) и бывшей невесткой (nurus), между отчимом (vitricus) и падчерицей (privigna) и так далее (Gai., 1,63; Paul., Sent., 2,19,5;

Ulp., Reg., 5,6). Не допускался и брак между опекуном или его сыном и подопечной (D. 23,2,59). Брак между родственниками («incestae et nefariae nuptiae» – Gai., 1,59) преследовался как уголовное правонарушение, причем само это преступление **(incestum)** считалось обоюдным (D. 48,5,8; 40,7).

Личный эффект брака выражается формулой Модестина.

Если женщина была persona sui iuris, то в случае ее воздержания от перехода во власть мужа, она составляла familia для себя самой. Тем не. менее факт состояния в браке делал ее persona отражением правосубъектности мужа («quodammodo domina» – D. 25,2,1). Так, кража, совершенная супругой в отношении мужа, не признавалась за furtum и преследовалась не с помощью actio furti, а по специальному чеку об уведенных вещах» – **actio rerum amotarum,** который позже стал применяться и против мужа (D. 25,1,52; 25,2,21,6). Осуждение одного супруга в пользу другого было возможно только в пределах его платежеспособности – **beneficium competentiae.** Дарение между супругами ничтожно. Установленное «moribus» (D. 24,1,1), это правило означает невозможность, немыслимость такого акта в древности хотя позже оно рассматривалось как целенаправленный запрет. Убийство супруги приравнивалось к убийству кровного родственника – parricidium (D. 48,9,1). Супругов нельзя было принудить свидетельствовать друг против друга (D. 22,5,4).

Эта специфика, несомненно, восходит к той стадии в развитии римского брака, когда он сопровождался переходом супруги в семейство мужа и, в частности, во власть самого супруга (conventio in manum mariti), что определяло утрату социально значимой роли, тем более естественную, что женщина первоначально не могла быть persona sui iuris. Необходимое пребывание под опекой в предклассический и классический период, восполняющее дефект дееспособности женщины, также предполагает известную зависимость ее правосубъектности от супруга.

Важнейшим эффектом брака является принадлежность детей к familia мужа и их подвластность patria potestas. Необходимым условием при этом было, чтобы matrimonium являлся iustum.

Брак расторгался в случае смерти, утраты свободы или гражданства одним из супругов (D. 24,2,1). Capitis deminutio minima на браке не сказывалась. Некоторые тексты, аутентичность которых сомнительна, допускают сохранение брака в случае изгнания (interdictio aqua et ignis) или ссылки (deportatio in insulam), когда терялось гражданство, – лишь бы супруги сохранили arfectio maritalis. Как уже отмечалось, брак прекращался в случае военного плена одного или обоих супругов (D. 49,15,11,4; 14,1).

Брак прекращался также по воле супругов – посредством развода **(divortium).** Формальное заявление о расторжении брака – repudium \_ могло быть направлено посредством вестника (nuntium nittere, remittere), письма (libellum – D. 24,2,7) или объявлено супругу лично в присутствии семи свидетелей (D. 24,2,9). Последнее требование было введено законом Августа о супружеской измене (lex lulia j» adulteriis) и, возможно, предусматривалось только в тех случаях, когда брак прекращался из-за неверности супруги, поскольку продолжение такого брака стало наказуемым для мужа. Нередко брак расторгался только потому, что объективные обстоятельства не позволяли его продолжать должным образом: возведение мужа в жреческий сан, поступление на военную службу, болезнь (D. 24,1,60–62). Естественной причиной развода считалось бесплодие жены. В то же время принципом римского права была свобода развода.

Возможность неформального развода по первому желанию любого из супругов ставила проблему интерпретации воли в случае семейных ссор или длительной разлуки. В первом случае скорое возвращение в семью или смена намерения позволяла считать, что ссора не была разводом, даже если в пылу гнева последовало заявление о прекращении брака (D. 24,2,3). Даже длительная разлука сама по себе не считалась разводом, если намерение расторгнуть брак не было выказано, хотя бы на уровне поведения.

Действительность дарения, как видим, обсуждается исключительно с точки зрения наличия или отсутствия препятствия в виде брака. Яволен не удовлетворен решением Требация и Лабеона и принимает мнение Прокула и Цецилия, по которому скорое возвращение признается продолжением прежнего брака: чтобы считать брак расторгнутым, не должно оставаться сомнений, что женщина сменила отношение к настоящему браку на противное.

Если брак сопровождался conventio in manum, женщина в случае развода могла принудить мужа совершить diffarreatio – обратный акт (actus contrarius) к confarreatio или манципировать ее доверенному лицу, которое бы затем отпустило ее из-под власти (Gai., 1,137 а).

**5.** **Понятие права собственности и его содержание**

Объективная зависимость воли от материального мира преодолевается в форме индивидуального присвоения его частей. Эта форма носит всеобщий характер, что делает членов общества свободными по поводу вещей (от вещей) и обеспечивает автономию личности. Непосредственность связи индивида с вещью наделяет собственность свойствами первичного и основополагающего частного права: все другие права в обороте и групповые формы собственности имеют индивидуальную собственность своей предпосылкой. Вещи, не Допускающие индивидуализацию, не являются объектами собственности – отношения, частного по природе.

Право собственности является наиболее полным правом на вещь. Собственник обладает самыми широкими распорядительными полномочиями: он может отчуждать вещь, менять ее хозяйственное назначение, ухудшать свойства вещи, даже уничтожать ее (ius abutendi в средневековой терминологии). Собственник признается владельцем (если владение не перешло к другому лицу), так что он может защитить свою связь с вещью от нарушений со стороны третьих лиц Средством владельческих интердиктов, а не только посредством средств (негаторного иска и искового возражения о собственности), а утратив вещь – прибегнуть как к интердикту для становления владения, так и к иску о праве собственности (виндикации). В норме собственнику принадлежат все плоды и приращения вещи, приобретения, сделанные рабом, и проч.

Однако право собственности не следует сводить к набору правомочий. Собственник остается собственником и в отсутствие любого этих правомочий. Собственник бревна, использованного в чужой постройке (lignum iunctum), не может истребовать его обратно, пока оно не отделено от постройки. Если на недвижимость установлен суперфиций или эмфитевсис, собственник будет лишен возможности распоряжаться вещью; собственность, обремененная узуфруктом в пользу другого лица, не приносит собственнику никаких выгод, пока узуфрукт не будет прекращен. Более того, именно способность собственности восстанавливаться в полном объеме сразу же по прекращении конкуренции других вещных прав (или по снятии законодательных ограничений) – так называемая эластичность собственности – выступает одним из бесспорных признаков этого права. Однако определить собственность через указание на такую вариативность полномочий хозяина вещи означает признать невозможность такого определения.

Попытки определить собственность как наиболее полную (абсолютную, неограниченную, высшую) *власть* над вещью показывают, что единственным определением собственности, отличным от характеристик любого права в субъективном смысле, оказывается ее объект – вещь, которая при таком подходе предстает предметом (а не только объектом) этого права.

Наивное стремление средневековых юристов найти в Corpus luris текстуальное подтверждение интуитивно предпосланного научному анализу определения собственности в категориях власти было обречено на неудачу. Получившая незаслуженное распространение формула «ius utendi et abutendi de re sua» («право пользоваться и злоупотреблять своей вещью») в качестве определения права собственности выведена путем искажения слов Ульпиана (D. 5,3,25,11) о добросовестных владельцах, отвечающих по иску об истребовании наследства (hereditatis petitio). Владельцы, восстанавливая наследство победителю процесса, не обязаны возмещать траты, сделанные из наследства, если они полагали, что расходуют свои вещи («dum re sua se abuti putant»). Значение слова «abuti» – «потреблять», «расточать» – было преобразовано средневековыми романистами в «злоупотреблять», чтобы придать ему обобщающий смысл. Столь же неоправданно видеть определение собственности в рескрипте Константина (С. 4,35,21 а. 313–315?), в котором принципал при договоре поручения (dominus negotii) назван «suae quisque rei moderator et arbiter» – «управляющим и судьей всякой своей вещи».

Итак, помимо правомочий, значимых в обороте, собственность имеет другое измерение, так что сами эти правомочия являются лишь проявлениями более основательного качества, которое не поддается выражению в положительных правовых понятиях, поскольку логически предшествует самому гражданскому обороту. Позитивное право определяет это качество негативно: собственник не имеет иных ограничений своей власти над вещью, кроме установленных законом в интересах общества собственников. Однако это уточнение не продвигает в понимании собственности, поскольку остается в рамках оборотной трактовки института. Знаменитое определение права собственности у комментатора Бартола *«ius de re corporali perfecte disponendi* nisi *lege prohibeatur» («право полностью располагать своей вещью, если это не запрещено законом»)* ставит собственность в план позитивно-правовых явлений (таких, как закон), тогда как она является предпосылкой самой правовой регуляции. Это определение страдает и общим недостатком аморфности, когда единственным уточнением общих свойств любого права, взятого в субъективном смысле, оказывается вещь. Определение собственности как полной (абсолютной, неограниченной и т.п.) *принадлежности* ничем не отличается от трактовки в понятиях власти и также не является определением, поскольку не затрагивает сущность явления. Даже сказать (как немецкий юрист первой половины XIX в. Гиртаннер), *что* собственность – это право на судьбу вещи, не означает выйти за рамки оборотной трактовки института.

Социально-экономические определения собственности как способа потребления внешнего мира (Маркс) или как отношения между людьми по поводу присвоения вещей (Кант) также игнорируют статусный аспект явления. Собственность конституирует субъекта правового общения – свободного индивида, предоставляя его воле сферу непосредственного воплощения и обеспечивая лицу материальную независимость. Собственность ставит общество и его институты на службу индивиду, принимаемому за автономную единицу. Собственность структурирует внешний индивиду мир, прилагая гуманитарный масштаб: «Человек есть мера всех вещей». Поэтому обобществление (социализация) собственности, отрицая частную собственность, ведет к тотальной дегуманизации общества.

Собственности как институту частного права параллелен суверенитет в праве публичном. Как суверенитет выражает высшую власть народа в пределах определенной территории, утверждая его в качестве субъекта публичного права, так собственность устанавливает господство свободной воли в сфере предметных интересов, превращая индивида в основного субъекта права гражданского.

Существенные черты права собственности демонстрируют поземельные отношения классического периода, когда индивидуальная автономия собственника представлена как привилегия римского гражданина. В рамках римского национального права собственность **– dominium ex iure Quiritium** (господство по праву квиритов) – выступает как всеобщее полномочие.

Границы частного земельного участка сакрализованы, их нарушение считается святотатством. Дороги, проходящие между участками, являются общественными (via publica) и изъяты из оборота. Участок поглощает все расположенное на его поверхности или в его недрах (как говорили средневековые юристы, *«ab inferis usque ad sidera»* – «от преисподней до звезд»): собственнику участка принадлежат минералы и сокровища, а также все строения на земле, насаждения, ничейные и чужие вещи, внедренные в него, что выражается правилом: *«Superficies solo cedit»* («Находящееся на поверхности следует за почвой»). В дальнейшем сокровища получают особый режим принадлежности; постройки, находящиеся на поверхности участка, становятся объектом специального вещного права – суперфиция, но по-прежнему считаются собственностью господина участка.

Объект частной собственности (dominium) отличается налоговым иммунитетом. Военный налог – tributum – имеет личный характер и взимается в соответствии с размером имущества, но не с самой собственности. Провинциальные земли (fundi), облагавшиеся налогом (stipendium, tributum), не являлись объектом dominium. Когда в 292 г. Диоклетиан распространяет налогообложение и на италийские земли (Aur. Vict., 39,31), провинциальные земли уже считаются объектом собственности («dominium»: FV., 315; 316; «proprietas»: FV., 283). Эта перемена, однако, еще не означает пересмотра концепции dominium: унификация режима принадлежности происходит лишь при Юстиниане (I. 2,1,40; С. 7,31,1 а. 531).

Собственность не принимает идею конечного срока: временная собственность невозможна. Только при Юстиниане (С. 8,54,2) в некоторых случаях допускается перенос собственности на время (а» tempus). Так, женщина получает вещный иск (actio in rem) До истребования приданого после развода.

Римскому праву неизвестен институт принудительной конфискации собственности в интересах общественной пользы. Римские власти не имели возможности принудить земельного собственника продать свой участок, если он создавал препятствие для публичных целей. Принудительный выкуп земли даже с целью ее последующей раздачи ветеранам считался неправовым актом (Cic., de leg. agr., 1,5,15: «ab invito emere iniuriosum esse» – «покупать вопреки воле собственника неправомерно»). В 181 г. до н.э. задуманное цензорами строительство акведука на государственные средства было сорвано по воле лишь одного собственника, не разрешившего вести работы на своем участке (Liv., 40,51,7). Одна из надписей донесла эдикт Августа о строительстве акведука в колонии, который специально оговаривал недопустимость проведения водопровода через частные земли вопреки воле собственника (CIL., X, 4842, 11. 46–47: «neve ea aqua per locum privatum invito eo cuius is locus erit ducatur»). Принцип независимости частного лица от публичных определений был настолько прочным, что применялся даже в отношении частных владельцев на общественной земле (ager publicus): если потеря части владения при строительстве водопровода вызывала неудобства, государство выкупало весь участок целиком (Front., de aquaed., 127–128). Только в постклассическую эпоху в отдельных случаях предусматривалась экспроприация частных земельных участков для строительства общественных сооружений (CTh. 15,1,30 а. 393; 15,1,50 а. 412). Практиковалась также конфискация продовольствия в голодные годы (С. 10,27,1 а. 491). Однако идея экспроприации для общественных нужд не получила нормативной разработки вплоть до Юстиниана.

Утрата правосубъектности закономерно сопровождалась конфискацией имущества. Так, архаическая санкция «sacer esto», посвящала преступника богам вместе с его потомством и имуществом. Лица, потерпевшие умаление правоспособности в результате уголовного преследования (capitis deminutio maxima или media), автоматически лишались и имущества. Собственность свойственна только домовладыке – единственному полноправному лицу римского права.

## Список литературы

1. Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА. М – НОРМА, 1996.
2. Косарев А.И. Римское право. – М.: Юридическая литература, 1986.
3. Новицкий И.Б. Римское право. Изд. 6-е, стереотипное. – М., 1986.
4. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. – М.: Новый Юрист, 1997.
5. История Древнего Рима. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. В.И. Кузищина. – М.: Высшая школа, 1981.
6. Хрестоматия по истории Древнего Рима. / Под ред. В.И. Кузищина. – М.: Высшая школа, 1987.