

Раздел I

**ИСТОЧНИКИ
РИМСКОГО
ЧАСТНОГО ПРАВА**

Глава 1

Обзор источников
римского частного
права

Глава 2

Кодификация
Юстиниана

Глава 3

Иные памятники

ГЛАВА 1

§ 4. Исторические системы римского частного права

§ 5. Виды источников права

§ 6. Обычное право

§ 7. Закон

§ 8. Эдикты магистратов и преторское право

§ 9. Сенатусконсулты

§ 10. Юриспруденция

§ 11. Императорские конституции

Обзор источников римского частного права

§ 4. Исторические системы римского частного права

9. Цивильное право. Сообразно с задачами настоящего учебника (п. 4) изучению подлежат источники права периода принципата и домината (I–VI вв. н.э.). Для понимания их необходимо предварительно охарактеризовать в основных чертах состояние источников римского частного права к концу республики.

В силу особенностей исторического развития к этому времени в состав римского права вошли отдельные системы, которые возникли не одновременно, а появлялись последовательно одна за другой.

Древнейшее римское право называлось квиригским по имени древнейшего племени квиригов (*ius Quiritium*). Это название оставило свой след в древнейших сделках, в формальных оборотах языка, особенно там, где дело шло о праве собственника на вещи (*dominium ex iure Quiritium* — собственность по квиригскому праву). Эта система права позднее получила название цивильного права (*ius civile*), подчеркивающее строго национальный характер права римских граждан, права государства-города (*civitas*). Законодательство XII таблиц и последующие законы определяли подробно порядки охраны,

а также прижизненных и посмертных распоряжений важнейшими объектами квиритской собственности.

Гражданским правом в тесном смысле считалась закреплённая законами узконациональная система частного права. В более широком смысле гражданское право обнимало также и все разъяснения и комментарии к гражданским законам, дававшиеся римскими юристами применительно к системе изложения в XII таблицах. К концу республики существовало несколько таких комментариев. Для юристов эпохи принципата и домината *ius civile* было одновременно и совокупностью норм действующего права, и наукой права; большая часть старых законов была даже заслонена учениями и толкованиями юристов. В законодательство империи *ius civile* вошло в качестве древнейшей части римского права.

10. Преторское право. Наряду с этой системой гражданского права постепенно сложилась другая система права — *право преторское* (*ius praetorium* или *honorarium*, от слова «*honores*» — «почётная должность»).

Эта система права была вызвана к жизни развитием экономики, ростом рабовладения, сосредоточением в руках господствующей верхушки рабовладельческого класса торгового и ростовщического капитала и крупной земельной собственности. Рост групп рабовладельцев-ростовщиков и землевладельцев сопровождался обострением классовых противоречий. Все эти новые социально-экономические условия делали старые постановления гражданского права недостаточными и с количественной, и с качественной стороны. Эти постановления нужно было пополнять и даже исправлять. Эта работа легла на судебных магистратов, главным образом — преторов. Она совершалась постепенно. В результате получился ряд институтов, разработанных преторами преимущественно путём эдиктов и снабжённых созданными ими новыми средствами защиты. Параллельно гражданскому праву создавалась система преторского права (см. также п. 20–22).

11. Право народов (*ius gentium*). Гражданское право противопоставлялось не только преторскому праву, но также ещё одной системе — праву народов. Эта система представляет самое оригинальное явление в римском праве.

Гражданское право применялось только к римским гражданам. Не входившие в римскую общину считались, как указано выше (п. 2), врагами и не пользовались защитой. С развитием производства и об-

мена, с расширением торгового оборота стало необходимым признать основные частные права (право собственности, право заключения договоров и т.д.) и за неримлянами. На этой почве и сложилась система права, получившая название *ius gentium*.

В итоге исторического развития эта система включила в себя разные элементы. К понятию права народов относилось древнее право, регулировавшее договоры римлян с иностранными общинами по установлению взаимного права вступления в брак (*conubium*) и права торговли (*commercium*). Затем к нему относилось обычное право, применявшееся в практике торговых отношений и имевшее общий характер благодаря племенному родству и тесным экономическим связям членов латинского союза, например свободные от формализма сделки обмена. Наконец, с распространением римского господства на провинции право народов заимствовало торговые институты различных частей империи.

Ius gentium становится синонимом универсального права, противопоставляемого, с одной стороны, *ius civile*, а с другой — национальным правам народов, участвующих в римском товарообороте. Поскольку нормы *ius gentium* применялись римским претором в Риме, оно остается римским правом. Претор перегринов фиксировал нормы *ius gentium* и работал в постоянном соприкосновении с городским претором. Последний в некоторых случаях применял нормы *ius gentium* к спорам между гражданами, если они возникали из коммерческих отношений. Когда претор признавал данное притязание подлежащим защите, но это притязание не могло быть основано нормами гражданского права, преторы давали формулы исков, основанные на фактах (*in factum conceptae*), в которых основные моменты заимствовались из обычаев международной торговли и оборота. Так образовалось право, всецело приспособленное к жизни; оно разрабатывалось практикой судебных магистратов и нередко выражалось в торговых обычаях. *Ius gentium* соответствовало сложной стадии — организации обмена товаров в самых разнообразных отношениях. В противоположность гражданскому праву, строго формальному и малоподвижному, право народов лучше и быстрее приспособляется к развивающимся потребностям. Свободное от традиций глубокой старины, выросшее на базе экономических, в частности торговых, отношений, в которых участвовали и римляне, и представители других народностей, *ius gentium* является правом универсальным в

том смысле, что оно применяется ко всем участникам торгового оборота независимо от их гражданства.

12. Сближение систем. Дуализм противоположных укладов — гражданского права и права народов — не мог не привести к их взаимному слиянию. Этому процессу способствовал прежде всего собственный интерес господствующего класса в развитии гражданского и торгового оборота и укреплении торговых сношений во всех областях покоренного мира. Унификация права содействовала этому развитию. Предоставление peregrinam прав римского гражданства оказывало не меньшее влияние на это развитие. Наконец, преторское право, судебный обычай, неиссякаемая активность юриспруденции привели к тому, что *ius civile* и *ius gentium* стали постепенно сливаться. Преторское право, поддерживая и развивая *ius civile*, реально проводило принципы *ius gentium*. В этом же направлении двигалось новое обычное право, слагавшееся в недрах торгового оборота. Особенно сильно содействовало развитию *ius gentium* новое толкование права — *nova interpretatio iuris*. За 50 лет до н.э. оно выдвинуло значение воли как существеннейшего элемента юридических сделок. Другим, столь же могущественным фактором развития *ius gentium* являлось введение так называемой экстраординарной когнициии как более свободной формы разбирательства споров (п. 90–91).

Строгость и формализм гражданского права особенно долго держались в области семейных и наследственных отношений, на которых почти не отражалось действие *ius gentium*. Наоборот, обширная область оборота движимостей, едва намеченная в гражданском праве, развивалась под влиянием *ius gentium*. Подчеркивая распространенность права народов, римские юристы относили к его области такие исконные институты, как рабство (Гай. 1. 82; D. 1. 5. 4. 1) и даже связанное с завоевательной политикой Рима право военной добычи (D. 41. 1. 5. 7). С особенной силой и быстротой сказалось влияние *ius gentium* на область договорных отношений. Под этим влиянием создались новые типы договоров, которые, в отличие от гражданского права, строились на основе простого соглашения сторон независимо от каких-либо торжественных обрядов и вообще формальностей. Описанное влияние права народов на *ius civile* было взаимным, так как институты права народов быстро поглощались гражданским правом и одновременно шел процесс включения (и усовершенствования) старых гражданских норм в право народов. Так, старые гражданские сделки стипуляции (Гай. 3. 93) (см. п. 433), письменного

обязательства (Гай. 3. 133) (см. п. 449) и погашение обязательств — *acceptilatio* (D. 46. 4. 8. 4) (см. п. 348) стали распространяться и на перегринов, и на провинции. Этот процесс все усиливался с развитием римской экономики, так что сами римляне приравнивали *ius gentium* к *ius civile*:

Quod autem gentium, idem civile esse debet (Цицерон, *De off.*, 3. 17). — *Что же относится к праву народов, то должно быть признаваемо и гражданским.*

На теоретическую выработку представлений об *ius gentium* оказали большое влияние доктрины греческой философии, перенесенные и усвоенные римскими юристами. Для них *ius gentium*, конечно, всегда оставалось правом чисто римским, а отнюдь не правом иностранным. Теоретически право разделялось юристами на две области права: гражданского и права народов. Тут обнаруживалось влияние Аристотеля, разделявшего право на естественное и законное (*ius naturale* и *ius legitimum*). Это раздвоение повторяет Цицерон (*De origine iuris*, 1.130). В него вносит новую основу Гай (II в. н.э.), противопоставляющий гражданскому праву как продукту законодательства *ius gentium* как порождение естественного разума (*ratio naturalis*).

На смену описанному представлению пришла новая теория, различавшая три порядка. Она противопоставляла право народов не праву гражданскому, а праву естественному (п. 14) в смысле стоической философии, согласно которой *iure naturae omnes homines aequales sunt* — по праву природы все люди являются равными.

13. Aequitas (справедливость). Изложенное противоположение права народов гражданскому праву дополнялось в эпоху принципата противоположением *ius aequum* (справедливое право, или *aequitas*) строгому праву, *ius strictum*. Практикой юристов был введен в обиход принцип справедливости. Закрывая глаза на такое вопиющее неравенство, как рабство, на жестокую эксплуатацию богатыми рабовладельцами свободных бедняков, римские юристы говорят о справедливости как начале равенства всех в области права и перед законом, умеряющем остроту и тяжесть требований гражданского права. В области частного права принцип справедливости долго понимался юристами чисто эмпирически и практически как стремление идти навстречу нарождавшимся требованиям морали и справедли-

ности. В конце республики и право собственности возводили к естественной справедливости.

Nihil enim tarn conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini... ratam haberi (D. 40. 1. 9. 3). — *Ведь ничто не соответствует так естественной справедливости, как подтверждать в праве... волю собственника.*

Ульпиан (III в. н.э.) при изменившихся условиях эксплуатации земельной собственности временное безвозмездное предоставление ее в пользование (прекарий) считал актом справедливости.

Quod genus liberalitatis (precarium) ex iure gentium descendit... et naturalem habet in se aequitatem (D. 43. 26. 1. 2; 2. 2). — *Этот род щедрости — прекарий — происходит от права народов и заключает в себе естественную справедливость.*

Считалось несовместимым с принципом справедливости, чтобы кто-нибудь путем обмана (*dolus*) извлекал какую-либо выгоду. Противоположность обману составляла добрая совесть — *bona fides*. Когда претор во многих формулах предписывал судье вынести решение, принимая во внимание соображения доброй совести, то это было лишь применением на практике принципов *aequitas*. Этот принцип находил особо широкое применение в преторском эдикте, и, таким образом, *ius aequum* проникало во многие положения эдикта и преторского права. Комментаторы эдикта очень часто объясняли постановления преторского права принципом справедливости.

14. Естественное право (*ius naturale*). Указанное выше понимание права народов было римлянами еще расширено и сблизилось с возникшим в конце республики представлением о *ius naturale*. Цицерон первый определил его как требования морали и утверждал, что право покоится на неизменном нравственном сознании и законе, который природа вложила в сердца всем людям (*De republica*, 3, 22).

Ульпиан считал в некоторых отношениях и право собственности основанным на естественном праве.

Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur (D. 41. 1. 1 pr.). — *Право собственности над некоторыми вещами мы при-*

обретаем по праву народов, которое в силу естественного разума одинаково соблюдается между всеми людьми.

В этом определении как право народов, так и естественный разум в качестве его естественного источника совершенно освобождаются от принадлежности к правовой системе какого-либо государства и возводятся до степени порядка, соблюдаемого всем человечеством.

Представление Ульпиана о естественном праве является вообще чрезвычайно широким. Он признал, что естественное право распространяется даже на животных, тогда как право народов ограничивает свое действие только людьми.

Ius gentium est quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit (D. 1. 1. 1. 4). — Правом народов является то, которым пользуются народы человечества. Можно легко понять, что последнее отличается от естественного права, так как оно свойственно всем животным, тогда как первое является общим только для людей между собой.

§ 5. Виды источников права

15. Институции Гая (1.2) дают такое перечисление отдельных видов источников права: законы (*plebiscita*), сенатусконсульты, конституции императоров, эдикты магистратов, ответы юристов (*responsa prudentium*). Этот перечень должен быть дополнен еще одним источником, а именно обычным правом.

§ 6. Обычное право

16. Институции Юстиниана разделяли все право по признаку письменной и устной формы источников.

В последнюю категорию источников входил древнейший источник права — обычай, осуществлявшийся *sine lege certa, sine iure certo*, т.е. когда не было ни определенного закона, ни определенного права. Существовали только обычаи и религиозные предписания — *non ius, sed mos ac fas*. Терминология для обозначения обычая

исторически изменялась. Древнейшие названия — *mores maiorum* и *usus* — сменились в начале нашей эры более отчетливым *consuetudo*. Помпоний (D. 1. 2. 2. 3) противопоставляет *mores maiorum* законам, и в особенности кодификации XII таблиц (V в. до н.э.). Необходимость последней римская традиция объясняла неизвестностью права, которое до тех пор оставалось несформулированным в определенном акте, а самые законы XII таблиц в большей части были закреплением обычаев. Сюда относились нормы, укрепившие полноту отцовской власти, регулировавшие отношения между супругами, порядки опеки и наследования. Опубликование XII таблиц государственной властью превратили этот сборник обычаев и новых распоряжений в свод законов гражданского права, который стал исходным пунктом дальнейшего развития римского права.

С усилением законодательной деятельности государства обычай (*ius non scriptum*) в значительной мере потерял свое значение.

Но все-таки и в эпоху распространения римского государства на весь бассейн Средиземного моря обычай не перестал быть источником права. Цицерон (*Topica*, 28, 31) поместил *mores* рядом с *leges*, видя в них отдельный вид действующего права.

С установлением римского мирового господства в новых условиях правовой жизни обычай стал выполнять новые задачи — именно функцию отмены и преодоления явно устаревших норм гражданского, квирицкого права. Такая отмена называлась *desuetudo*, и в ней обычай осуществлял задачи расчистки места для новых норм и в этом смысле имел большое значение для обновления права. Так, например, этим путем после Пунических войн стали выходить из применения формальные сделки и обряды квирицкого права.

Наряду с прежним обычаем появляется новый — судебный, и судебная практика.

В эпоху принципата значение обычая как живого источника права с большой силой разобрано и отмечено Юлианом. Он признавал за ним такую же силу и такое же основание, как и за законом.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est ius quod dicitur moribus esse constitutum, nam cum ipsae legis nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et facis quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges

non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur (D. 1. 3. 32. 1). — Установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается как закон, и это есть право, о котором говорится, что оно установлено нравами. Ведь самые законы связывают нас не по какой-либо другой причине, как по той, что они приняты по решению народа. Заслуженно соблюдается и то, что народ без всякой записи выражает свою волю на самом деле и фактами. Поэтому совершенно правильно принято даже такое правило, что законы отменяются не только по решению законодателя, но также и в силу молчаливого согласия всех, путем неприменения.

В этом тексте Юлиан намечает и образующие обычай признаки — давнее применение и молчаливое согласие общества.

Теория Юлиана находилась во внутреннем противоречии с условиями времени ее появления (II в. н.э.). Римская традиция о народном суверенитете и законодательной власти народа давно была опровергнута диктатурой цезарей и продолжала жить в теории. Власть, однако, не препятствовала изложению римским юристом теории обычая в архаическом аспекте: в ряде случаев императоры поддерживали видимость сохранения прежних форм государственной власти.

В начале домината в практике законодательства оформилась тенденция, противоположная теории Юлиана, и были запрещены обычаи, которые отменяют законы. В 319 г. н.э. последовало новое распоряжение:

Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momenta, ut aut rationem vincat aut legem (C. 8. 52. 2). — Авторитет обычая и долговременного применения представляется не малым, однако его не следует доводить до такого значения, чтобы он преодолевал бы разум или закон.

При издании этой конституции имелось в виду ограничить местные обычаи (Египта, Сирии, Аравии и других провинций).

С другой стороны, конституция выдвигает на вид общие смысл и цели закона — *ratio iuris*. Его не могут изменять местные пережитки и состояние права, иногда в его первобытной форме.