

Ткаченко С.В. Проблемы определения содержания римского права: исторический и цивилистический подход. Монографическое исследование/ С. Ткаченко. - Самара. 2002. 9,53 п.л.

Введение.

1. Общая характеристика работы.

Актуальность темы исследования. В последние десятилетия в нашей стране в юриспруденции наметилось коренное изменение представлений о сущности римского права. Категория «римское право» признается одной из центральных в теории юриспруденции.

С 19в. в России проблемы римского права исследовались достаточно основательно и всесторонне, причем исследовались как общие аспекты римского права, так и отраслевые. В советский период такие исследования по идеологическим причинам были свернуты и переориентированы на исключительно подтверждение правильности формационного подхода марксистско-ленинской философии.

В настоящее время появляется разнообразная научная и учебная литература, многочисленные публикации, посвященные проблемам римского права, с регулярностью выходит специализированный журнал «Древнее право», организуются многочисленные конференции, создан Центр изучения римского права РАН, МГУ им. Ломоносова, СПб. Госуниверситетом, Санкт-Петербургским институтом Генеральной прокуратуры РФ и Международным центром романистики (Италия) по проблемам римского права и его рецепции.

Эта актуальность напрямую связывается с активно развивающимися рыночными преобразованиями в Российской Федерации, ее очередной попыткой войти в международное сообщество, в связи с чем существует острая необходимость в реформировании частного права в русле теории римского права. Также высказывается мнение, что «...римское право является общепризнанной основой в системе международного права, которое, согласно международным договорам, имеет приоритет перед внутренним (национальным) правом»¹. Высоко оценивая необходимость возврата к римскому праву, современными исследователями отмечается, что до революции 1917г. Российская империя применяла многие из положений римского права. В дальнейшем, под влиянием разнообразных причин, данная правоприменительная деятельность была свернута.²

Отражение принципов римского права прослеживается в российской правовой действительности с глубокой древности. Отчасти это, возможно, объясняется таким явлением как рецепция. Важную роль при этом сыграло принятие христианства в качестве господствующей религии, а также огромное количество рабов-византийцев, длительное время находившихся на территории Древней Руси. В связи с этим, непосредственные положения античного римского права действовали в семейном, наследственном праве. Прослеживаются его положения и в вещных, а также в обязательственных правоотношениях. Нельзя в этом контексте не упомянуть пандектное право Германии, которое в силу историко-политических причин было полностью основано на прямом заимствовании римского права и которое в основной своей массе вошло в Гражданское уложение, действующее и в настоящее время. Пандектное право оказывало сильнейшее влияние на развитие частного права, как в нашей стране, так и во всем мире.

Но, определяя римское право в качестве «правового фундамента современных правовых систем» необходимо учитывать факт, что «чистого» римского права никогда в

¹ Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Саратов, 2001г. С6.

² Саллогубова Е.В. Римский гражданский процесс. М.: «Городец», 1997. С31.

истории не существовало, как и впрочем, любого другого. Примером могут служить многочисленные положения иудейского, египетского, греческого права, которые опосредовано либо непосредственно вошли в качестве своей составляющей в римское право, несомненно, во многих случаях усовершенствовав его положения.

Кроме того, по видимому, римское право как таковое, является собирательным явлением, так как ряд его положений не свойственен историческому римскому праву ни на каком из этапов его развития. Они, в том числе и правовая философия, активно используемая в настоящее время, были созданы во многом церковной властью благодаря заслугам и особой роли канонического права в средневековье. При этом нельзя не отметить схожесть различных правовых институтов, и подходов к разрешению правовых казусов во многих других исторических правовых системах.

Настоящая проблема по различным причинам не исследуется, хотя такое исследование необходимо для юриспруденции, так как должны быть выявлены общие закономерности развития частного права, в связи с чем может быть сформулирована модель частного права, характерная для всего человечества, независимо от исторического этапа его развития, формаций, идеологической нагрузки. Конечно, исторический аспект также играет важную роль в развитии современной юриспруденции, так как «исследуя современные гражданско-правовые конструкции и институты, актуально также выяснить их исходный источник, ту историко-правовую нагрузку, которая их определяет для оптимального понимания существа современного гражданского права».³

Однако такие исторические исследования должны осуществляться по принципам исторической науки, с применением юридического мышления. В настоящее время в Российской Федерации при возвышении значения римского права происходит полное игнорирование его источниковой базы, что выражается в отсутствии каких-либо новых переводов римских правовых текстов, а также отсутствие полного перевода законодательства императора Юстиниана, имеющее огромное значение для изучения римской цивилистики.

Российские исследователи, определяя римское право до настоящего времени с классовых позиций, не могут определить его конкретного значения для современного права. Это связано с ошибочностью того подхода, который традиционно использует Автор предлагает изучать римское право как цивилистическую науку, возвращаясь и основываясь на научном фундаменте дореволюционной цивилистики, получившей название «Догма римского права».

Состояние и степень разработанности настоящей темы.

Юриспруденция исследует феномен римского права с помощью двух основных способов – исторического и юридического. Исторический способ отражен наукой «Всеобщая история государства и права» и она рассматривает римское право как «правовые древности», как право рабовладельческого Рима в античный период.

Другим, важнейшим, но не используемым в полной мере способом изучения римского права, выступает юридический способ. Традиционно он основывается на догматическом изучении законодательства императора Юстиниана. С помощью такого способа анализируются правовые институты в застывшем виде, без учета особенности определенного места и времени. Однако в контексте римского права юридическая школа рассматривает римское право в качестве универсальной теории гражданского права, основывающейся исключительно на законодательстве императора Юстиниана (565 н.э.), которая постоянно развивается и модернизируется в настоящее время. По мнению автора, это тот идеал юриспруденции, который всегда существовал, но никогда не формулировался и не применялся в чистом виде ни одной правовой системой. Таким образом, догма римского права рассматривает исключительно имущественные отношения, возникающие в любом обществе вне зависимости от идеологии, религии, классовости и других факторов. Она, основываясь на определенных исторических началах, определяет

³ Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Саратов, 2001г. С6.

состояние современного частного права и помогает определить возможные изменения в частном праве различных государств, т.е. определяет цивилистическое направление.

Использование рассмотренного юридического подхода к целостному освещению этой темы в виде специальных монографических исследований применительно к российской правовой действительности отражена в работах автора «Проблемы теории римского права и современная цивилистика: преемственность идей в развитии»; «Проблемы определения содержания римского права: исторический и цивилистический подходы».

Таким образом, проблема римского права в современных условиях в России является актуальной как в силу внутренней логики развития юридической науки, определяемой степенью исследованности темы, направлениями и тенденциями ее развития, так и в прикладном аспекте, т.е. в востребованности не только предшествующего законодательного и научного опыта современной российской цивилистикой, но и в моделировании развития частного права с учетом различных факторов общественной жизни.

Объект, предмет, цель и задачи исследования.

Объектом исследования явились особые свойства римского права, его принципов, правовых институтов, философской доктрины, терминологии и их влияния на древнерусское, русское, советское, современное российское и зарубежное частное право. Также особым предметом исследования является российская правовая система на современном этапе развития общества, ее сущность, основные черты, внутрисистемные связи.

Предметом исследования являются: проблема разработки и применения положений римского права в России; историография вопроса; факторы, влиявшие на этот процесс на протяжении развития частного права; а также генетическая преемственность между римским правом, вещным, наследственным, семейным, обязательственным правом и правовыми институтами современной России.

Цель работы: определение на основе проведенного научного исследования современной роли римского права и его непосредственное или опосредованное влияние на доктрину частного права Российской Федерации.

Настоящая цель достигается через реализацию следующих задач:

1. Охарактеризовать современное содержание римского права;
2. Выявить влияние различных факторов (государство, религия) на содержание римского права;
3. Исследовать общие тенденции между историческим римским, частным правом Российской Империи, Советского Союза и современной Российской Федерации.
4. Обосновать причины и факторы современного состояния и дальнейшего развития российской цивилистики в контексте исследуемой темы.

Хронологические рамки исследования определены, прежде всего, поставленными задачами. В работе отражены проблемный, хронологический и сравнительный подходы. Проблемный подход *является ведущим*. Он представляется наиболее оптимальным, так как позволяет охватить многоаспектность правового явления, в которой создавалось современная теория римского права в определенных хронологических рамках. Хронологические рамки исследования представлены максимально широко, что позволяет проследить глубину содержания того или иного правового института. Также в исследовании используется сравнительный метод с целью выявления актуальности догмы римского права для преобразования цивилистических доктрин различных государств.

Теоретическая и методологическая основы исследования. Междисциплинарность, историко-правовой характер темы, ее дискуссионность в отечественной историографической традиции, проблемы становления и дальнейшего развития современного частного права в Российской Федерации требуют теоретико-методологического, целостного осмысления поставленного автором проблемы, комплексного подхода к ее разрешению.

Выполненная автором работа основывается на юридическом характере исследования проблемы и базируется, по объективным причинам, на крайне ограниченной историко-юридической источниковой базе. Это выражается в отсутствии полного современного перевода законодательства (Дигест, кодексов, конституций и др.) императора Юстиниана, а также трудов исследователей, принадлежащих к различным школам, развивавших положения римского права- глоссаторов, постглоссаторов, канонистов. Недостаточно представлены работы германских пандектистов 19в. Отсутствуют также труды современных исследователей, освещающих данные вопросы. Не осуществлялись и не осуществляются в полном объеме переводы и публикация источников гражданского права зарубежных государств, что ограничивает возможность сравнительно-правового анализа. Отсутствуют современные исследования относительно рецепции положений пандектного права СССР, а также влияние Советской социалистической системы частного права на лагерь социалистических стран, а также на страны капиталистической ориентации.

Такая ситуация позволяет констатировать полнейшее игнорирование основ теории римского права и сведение его содержания исключительно к исторической науке.

К основным источникам изучения проблемы относятся труды ученых-цивилистов дореволюционной России, Германии и Франции 19в. Среди них работы Хвостова, Гримма, Ефимова, Дербурга и др. Их оптимальность позволяет вычленить цельную систему римского права, опираясь, как правило, на законодательство эпохи императора Юстиниана.

Автор, при рассмотрении вопросов данной работы, использовал, прежде всего, такой метод познания государственно-правовых явлений, как сравнительно-правовой. Он основывается на выявлении общего и различного в правовых нормах, институтах, отраслях и системах права. Главным приемом его является сравнение правовых норм, действующих и действовавших в различных странах. При этом базой сравнения являются правовые системы различных исторических типов, стран, а также одной страны на разных этапах ее существования.

Более того, разработка данной проблемы приводит нас к мысли об активном применении многочисленных положений теории римского права у различных народов, слоев населения, племен, по объективным причинам незнакомых с положениями исторического римского права. Автором показано влияние теории римского права на развитие древнего русского права, дореволюционной цивилистики, а также на становление теории социалистической системы права.

Нельзя не оценить значение такого правового явления как рецепция. Она, на протяжении истории российского государства, осуществлялась непосредственно и опосредовано. Непосредственная рецепция проводилась в период принятия Русью христианства как государственной религии, в силу чего российская правовая система обогатилась положениями иудейского, исторического римского, византийского и канонического права. Опосредованная рецепция осуществлялась на уровне общественного сознания и, прежде всего, в области предпринимательского права во внешнеэкономической сфере.

Важным значением в изучении правовых явлений обладает историко-правовой метод, который основан на критическом анализе, соотношений понятий и категорий права с теми историческими явлениями общественной жизни, в ходе которых они возникали, развивались и прекращались. Диссертант широко использует сравнительный метод анализа, позволивший сравнить действие отдельных правовых институтов права в различные периоды развития человечества. В работе также использовались диалектический метод исследования как основной способ объективного и всестороннего познания действительности, исторический, конкретно-социологический, формально-логический, статистический, дедуктивный, метод правовой преемственности.

Применение этих методов в исследовании позволило системно учесть социальные, идеологические, политические факторы, уровень правовой культуры и правовых традиций, внутреннюю логику развития науки римского права, которые могут допускать или не допускать функционирование отдельных норм, институтов и концепций римского права в российской правовой системе.

В целях изучения темы автором привлекались труды отечественных и зарубежных ученых, которые исследовали проблемы методологии истории и юриспруденции (Г. Дж. Бермана, М.И. Брагинского, С. Братуся, Е.В. Васьяковского, П. Виллемса, В. Виндшейда, Е.А. Суханова, Ю.К. Толстого, В.А. Томсинова, З.М. Черниловского, Р.Давида, К. Ясперса, Ярошенко К. и др.). В работе использовались исследования отечественных и зарубежных романистов о римском праве (Д. Азаревича, Э. Аннерса, Ю.Барона, М. Бартошека, Д. Дождева, В. Ефимова, Р. Иеринга, О. Иоффе, И.Новицкого, И.Покровского, А.Подопригоры, М. Хутыза, А.И. Косарева и др.).

Настоящее исследование опирается на достижения отечественной историографии в изучении процесса развития российской и зарубежной исторической науки и правоведения (труды Е.В. Саллогубовой, П.Г. Виноградова, М.Ф. Владимирского-Буданова, Н. Дювернуа, Н.П. Загоскина, Г.Ф. Шершеневича, И.А. Исаева, Л.А. Кассо, В.О. Ключевского, А. Кранихфельда, Н. Крылова, Д.И. Мейера, С. Муромцева, В.М. Сергеевича и др.).

Достоверность и обоснованность исследования основываются на анализе различных источников, которые автором разделены на следующие группы:

1. законодательство исторического римского права, которое содержалось в законах XII таблиц, Институция Гая, Домиция Ульпиана, Юлия Павла;
2. законодательство периода императора Юстиниана- Дигесты, Институции, Кодексы.
3. Нормативный материал, обычное право и судебная практика русского, советского и современного российского государства;
4. Нормативный материал, обычное право и судебная практика зарубежных государств, положения иудейского и мусульманского права;
5. Исторические источники, раскрывающие внутреннюю и внешнюю среду развития российского правотворчества.

Научная новизна полученных результатов. Научная новизна определяется поставленным автором целью и задачами исследования и состоит, прежде всего, в том, что на основе привлечения им широкого круга источников впервые проведено специальное монографическое исследование проблемы применения положений римского права в России как целостной проблемы. Кроме того, научная новизна исследования выражается в том, что впервые в современной юридической науке выявляются факторы, воздействующие на формирование и формулирование основ римского права.

Впервые определена и систематизирована историографическая проблематика данной проблемы в российском государстве, а также выявлено содержание римского права применительно к российским условиям, процесс формирования негативных и позитивных стереотипов отношения к римскому праву в России, их устойчивость.

Автор впервые при исследовании поставленной им проблемы применил методологический принцип целостного подхода, обусловленный проблемами современной юриспруденции- идеи, положения и явления, имеющие значение для современной науки. Это позволило ему прийти к выводу об актуальности темы, формулированию сущности научной проблемы. Автор пришел к мнению о том, что теоретико- методологическая новизна исследования должна заключаться в необходимости системного исследования данной проблемы. Исходя из этого, автор комплексно рассмотрел данное историческое явление в развитии, выявив при этом его специфические особенности и обусловившие их факторы. На основе применения принципа целостности познания данная проблема впервые была исследована на мировом историко-правовом поле и выявлены взаимосвязанные элементы правового знания и причины, детерминирующие их развитие.

Данный анализ впервые был проведен автором на основе содержания римского права как исключительно правовой науки без хронологических ограничений применительно к частному праву Российского государства. В контексте исследуемой проблемы выявлены и обобщены причины и факторы развития частного права в любой правовой системе. Это позволило автору прийти к выводу о явных крайностях исторического подхода к изучению основ римского права и в создании условий для действительного превалирования в современных условиях догматического изучения римского права.

Автор впервые определил и исследовал на институциональном уровне постоянную и интенсивную степень заимствования правовых институтов из теории римского права, не отрицающую самобытность российской правовой культуры, изначально следующей в русле теории римского права, несмотря на определенную схожесть институтов русского частного права, как впрочем, и любого другого, с подобными институтами исторического римского права.

На основании проведенного автором анализа разработаны теоретические положения, позволяющие пересмотреть устоявшиеся взгляды на возможность и объем применимости к отечественному правовому развитию понятия «римское право».

Новизна работы находит непосредственное выражение в следующих положениях, сформулированных автором:

1. В ходе своей эволюции, римское право рассматривается как историческая наука либо только как учебная дисциплина. В России, в связи с событиями октября 1917г., содержание римского права при этом рассматривалось исключительно с позиций формационной теории. Это же явление прослеживается в различных работах российских ученых и в настоящее время.

Определение содержания римского права необходимо рассматривать в отрыве от формационной теории, так как оно формировалось на протяжении всей истории человечества вне зависимости от классовости общества.

Автором предлагается рассматривать римское право как цивилистическую науку, общую теорию частного права, которая характерна для любого этапа развития общества. Привязка к формационной теории, несмотря на ее известные достоинства, в данном случае только «затушевывает» истинную сущность римского права и не может объяснить его постоянную актуальность на протяжении веков.

Рассмотрение римского права как универсальной теории частного права имеет полное право на существование, так как подчеркивает особую значимость и ценность римского права для современной модели частного права в Российской Федерации. Оно соотносимо с аналогичным подходом к любой правовой системе, что было убедительно доказано автором в ранее изданном монографическом исследовании «проблемы теории римского права и современная цивилистика: преемственность идей в развитии».

Методология, использованная автором, привела его к убеждению в том, что при употреблении уже бытующего в науке определения римского права представляется необходимым особо выделить его содержание, и, соответственно, его практическое значение. Для разрешения вопроса репрезентативно ли данное определение и возможно ли его дальнейшее использование, необходимо вычленив отграничить исторический способ изучения римского права от юридического.

Историческая наука рассматривает римское право и в настоящее время с позиций классовой теории, хотя и делает активные попытки опираться на достижения исторической науки. Представителями этого направления изучения содержания римского права, оно определяется как право Древнего Рима. Типичными высказываниями являются следующие: «предметом изучения римского частного права является право античного Рима в границах частного права»⁴; «римское право – это право рабовладельческого общества»⁵.

Но такой подход не объясняет того феномена, что именно юристы изучают римское право на протяжении веков. Кроме того, этот подход не может привести к актуальности и соответственно прикладной значимости данной науки, так как современная судебная система не предназначена для внедрения в нее рабовладельческих ценностей. Представители этого направления, как правило, не придерживаются методологии исторической науки. Так, в большинстве проанализированных автором работ отсутствует вообще какая либо привязка определения содержания римского права к хронологии развития античной правовой системы. Но даже в тех малочисленных определениях, где

⁴ Хутыз М.Х. Римское частное право. 1994. С5

⁵ А.А. Подопригора. Основы римского гражданского права: Учебн. Пособие, К. Выща шк., 1990. с-9.

все таки присутствует такая привязка, идет, как правило, полное игнорирование наследия Византийской империи императора Юстиниана.

Историческая наука в настоящее время не желает пересматривать сложившиеся шаблоны, что приводит к ложным выводам, например, в отношении оценки рецепции римского права.

Автор пришел к выводу, что прямая рецепция каких-либо правовых институтов наталкивается на соспротивление общества в любой форме. Многочисленные примеры этому находим во всем мире. Например, в Германии при рецепции римского права.

Современный научный мир уже ощущает некую потребность в создании такой науки, которая бы вобрала в себя теорию цивилистических ценностей. Предлагалось даже и название: сравнительное частное право. Однако наука эта есть и существует она уже давно под названием «Догма римского права». Традиционно признается, что ее основателем является итальянский ученый 11в. Ирнерий.

Уже впоследствии, теория римского права развивалась учеными всего мира на основе правового наследия эпохи Юстиниана, с учетом происходящих в общественной жизни изменений. Необходимо отметить, что рецепция в любом государстве происходит в различных вариантах и впоследствии, заимствованные правовые институты, приспособляются к местным условиям. Характерным примером служит Германское государство, которое декларировало принятие римского права в качестве действующей правовой системы, на деле же, после неудачной попытки прямого внедрения «рабовладельческих ценностей», оно существовало только в теории и как субсидиарный источник права.

2. Начала римского права развивалось в российском обществе с момента его организации. Этому явлению также способствовала рецепция, которая была обусловлена знакомством общественности с иностранной правовой литературой, зарубежными правовыми системами. Важную роль в знакомстве с положениями римского права сыграло принятие христианства, которое усовершенствовало существовавшие ранее в русском обществе правовые институты.

Однако изначально церковные власти в России не являлись активными проводниками положений римского права в силу подавляющей безграмотности большинства священнослужителей в народной среде.

В работе также поднята проблема воздействия государства на частное право, в частности проблема изменения правовых обычаев. Выяснено, что правовые обычаи обладают определенным консерватизмом и, как правило, либо не поддаются изменениям вообще, либо изменяются очень частично, так как «когда какой-либо обычай, навык или мнение достаточно распространены, они подобны потоку, который, однажды проложив себе русло, продолжает свое течение целые века»⁶. При противоречии закона и правового обычая доктрина римского права устанавливает приоритет закона. Однако, в данном случае, необходимо прислушаться к положениям иудейского права, которое устанавливает обратное. В противном случае, государство само провоцирует население на нарушение правовых норм и устанавливает тенденцию к возникновению такого явления как правовой нигилизм.

Государство воздействует на право и с помощью идеологии. Однако такое воздействие на частное право носит исключительно декларативный характер и не затрагивает его основ. Это подтверждается историческими фактами на примере раннего социалистического права РСФСР и фашистской Германии.

На первоначальном этапе своего развития молодое советское государство ставило своей целью в праве построение коммунистического общества, в силу чего были исключены такие отрасли частного права как вещное и наследственное право, сокращены в своем объеме обязательственные правоотношения и др. Однако закономерности развития общества потребовали узаконения этих правовых ценностей, которые перешли в область обычного права.

⁶ Тайлор Э.Б. Миф и обряд в первобытной культуре./ Пер. с англ. Д.А.Коропчевского.- Смоленск: Русич, 2000. (Популярная историческая библиотека). С3.

Наследие фашистской Германии в области частного права до настоящего времени используется в современной Германии, так это не противоречит основам общественного строя. Необходимо также отметить, что фашистский режим не отвергал основ римского права и не предпринимал существенных попыток к изменению содержания гражданского уложения.

Таким образом, *автор пришел к выводу, что основы римского права мало подвержены воздействию извне и если такое воздействие было осуществлено в той или иной форме, впоследствии, существовавшее положение восстанавливается.*

3. Автор в результате анализа пришел к выводу, о том, что научная дискуссия о понятии римского права и его современном значении не была поставлена на научную основу, так как аргументы вырабатывались на основе несистемного сравнения одних только правовых источников древнего Рима, без учета множества исторических факторов, в том числе социально-экономических, идеологических, политических, культурных и внутренней логики развития самой науки. Никто из дореволюционных авторов в полном объеме и в совокупности поставленных в настоящей работе задач не ставил проблемы выявления действительного содержания римского права как цивилистической науки и его практического значения.

4. В монографии выявлена и исследована тождественность и расхождения между теорией римского права, с одной стороны, и вещным, обязательственным, наследственным, семейным, личным правом российской цивилистики, с другой. Российское право обнаруживает схожесть и преемственность в понятиях с римским частным правом и использует римско-правовую конструкцию построения этих подотраслей гражданского права. *Это привело автора к выводу о том, что в нашей стране римское право существовало изначально, не основанное на рецепции как глобальном правовом явлении.*

Научная и практическая значимость монографии. Результаты исследования кардинально меняют многие представления по этой проблеме, сложившейся как в дореволюционной, так и послеоктябрьской историко-правовой науке России, они могут восприниматься как базовые в новом научном направлении изучения истории отечественного права.

Практическая (прикладная) значимость исследования нашла выражение в том, что автор выявил действительное содержание римского права, показал причины стереотипов существующих в российской романистике, провел системное исследование содержания римского права с современным российским частным правом, показав тем самым актуальность этого направления изучения содержания римского права.

Материалы исследования могут использоваться при создании обобщающих работ по истории российского права, национальным историографиям античности, в разделах монографий по конкретным проблемам теории частного права, при создании учебных пособий, методических руководств, подготовке общих и специальных курсов для студентов юридических факультетов.

Апробация и внедрение результатов исследования. Исследование прошло обсуждение на юридическом факультете Московского Современного гуманитарного университета (Самарский филиал).

Автор апробировал результаты своего исследования в монографическом исследовании «проблемы теории римского права и современная цивилистика: преемственность идей в развитии», а также в учебном процессе, читая курс лекций по теме «основы римского права», «теория государства и права», «проблемы общей теории права», «предпринимательское право», «международное частное право» в течение последних четырех лет в Московском Современном гуманитарном университете (Самарский филиал) и в Самарском институте бизнеса и управления.

Глава 1. Определение содержания науки римского права.
Параграф 1. Римское право как историческая наука.

Римское право, уже в силу своего названия, предполагает неразрывную связь с исторической наукой, которая изучает закономерности пространственно-временного развертывания всемирно-исторического процесса⁷. Историческая наука, предназначена, для того чтобы раскрыть многообразие форм движения общества, разобраться в сложных путях, которые проходит человечество в своем развитии⁸. Исследователями отмечается, что история как наука всесторонне изучает прошлое человечества не только с целью познания закономерностей его развития, но и с целью выяснения того, как эти закономерности влияют на существующие общественные отношения и на будущее устройство общества⁹. При всем этом ее основной задачей выступает выявление конкретного хода общественного развития и раскрытие присущих ему причинных взаимосвязей и факторов¹⁰. В.Д. Зорькин в этом смысле высказался, что история представляет собой вовсе не свалку мифов, а процесс, имеющий огромное значение для развития современного теоретического знания¹¹. При описании такого процесса нет необходимости подробно останавливаться на описании общеизвестных фактов, так как «доказывать ученым образом, что муж любил жену, а мать любила детей, все равно, что доказывать, что и в старину жили также люди»¹². Но такая тенденция продолжает существовать в научной литературе, посвященной римскому праву. Так, в 19в., с этих позиций, рассматривая работу Н.Е. Чиждова, посвященной системе права у римлян, современниками критиковалось то, что автор перечислял общеизвестные факты: «первая часть представляет собой беглый очерк древнейшей римской юриспруденции. Здесь автор рассказывает о том, что у римлян «юристы отличались от простых граждан» и в подтверждение этой мысли даже ссылается на Корнелия Непота, что «первыми римскими юристами были жрецы», у которых «хранился архив для решенных вопросов по гражданскому праву и процессу», что «гнездом юридического знания и практики была collegium pontificum»; что «legis actiones было пять» (следует перечисление их); что «законы XII таблиц были вырезаны на досках и выставлены на площади» и еще несколько других столь же интересных по новизне вещей¹³. Такой подход в отношении римского права, конечно же, заслуженно критиковался. Но, несмотря на это, он продолжает существовать в трудах современных ученых.

Современная наука ощущает острую потребность в выявлении исторических закономерностей, т.е. в исторических знаниях и ставит в различных своих областях вопросы, правильное разрешение которых позволяет моделировать дальнейшее развитие

⁷ Барг М.А. Категории и методы исторической науки. М., 1984 С23.

⁸ Ковальченко И.Д.. Методы исторического исследования. М. Наука, 1987г С49.

⁹ Дьяков В.А. Методология истории в прошлом и настоящем. 1974. М. с11

¹⁰ Wittram H. Interesse an der Geschichte. Gottingen, 1963, s16.

¹¹ В.Д. Зорькин Некоторые методологические и научно-методические проблемы исследования и преподавания истории политических и правовых учений// сб. Политические и правовые учения: Проблемы исследования и преподавания. М., 1978. С56.

¹² И.Е. Забелин Домашний быт русских цариц в XVI и XVII столетиях// Костомаров Н.И., Забелин И.Е. О жизни, быте и нравах русского народа/ сост. А.И. Уткин;-М.: Просвещение.-АО «Учебная литература», 1996. С365.

¹³ А. Гусаков. Н.Е. Чиждов, материалы к системе права (энциклопедия права)// Юридический вестник. Кн.3. (март), М., 1886.С586.

общества. К.Е. Сигалов справедливо в этой связи отмечает, что исторический мир представляет собой не мир уже готовых, данных нам форм, а формирующийся, становящийся. В этом смысле историческая наука может быть названа наукой зарождения, изменения, развития, наследования. Именно поэтому та или иная эпоха формируются на основе того, что уже существует, и того, что еще только зарождается; она включает в себя современное существование различных явлений. В каждую эпоху и в каждом обществе вместе с уходящим в прошлое, которое еще не совсем исчезло тихо спит, как бы набирались сил, то, что затем сильно разовьется в последующую эпоху и в новом обществе.¹⁴

В этом ключе современными учеными ставятся различные актуальные для настоящего времени проблемы, например, проблема возможности возрождения архаики в более позднее историческое время.¹⁵

Полученные и обобщенные выводы исторической науки используются во всех областях общественной жизни. Особенно в идеологии и, как следствие, в политике. Так, А. Гитлер, заметив, что данные археологических исследований разрушают его теорию превосходства арийского человека, дал отповедь археологическому подразделению «Наследие предков» (учрежденное в 1935г. с целью научно доказывать прогрессивность арийской расы во все времена): «Зачем нам привлекать внимание всего мира к тому, что у нас нет прошлого? Неужели нам недостаточно того, что римляне возводили гигантские здания, когда наши предки еще обитали в глиняных хижинах? А теперь еще Гиммлер начинает раскапывать эти состоящие из землянок деревни и восторгаться по поводу каждого найденного там черепка и каменного топора. Этим самым мы доказываем лишь, что мы еще метали каменные топоры и сидели вокруг костров в ту пору, когда Греция и Рим уже достигли наивысшей стадии в развитии своей культуры. По поводу своего прошлого нам лучше помалкивать... Сегодняшних римлян подобные откровения немало бы рассмешили».¹⁶

В России в 1913г. Министерство народного просвещения издало циркуляр, посвященный проблеме преподавания русской истории. Его содержание помимо прочего, сводилось к тому, что «... учителя должны помнить, что школа учит и воспитывает будущих русских граждан, которые в изучении прошлых судеб России, созданной вековой совместной работой ее верховных вождей, церкви и народа, в путях, далеко не совпадающих с путями развития западных государств, должны подчеркивать необходимые знания и моральную силу для добросовестного и верного служения, в свое время, своему великому Отечеству»¹⁷.

И в современных условиях историческая наука также не потеряла своей политической актуальности. Так, известный российский политик В.В. Жириновский объявил, что историей занимается всю жизнь, так как без ее знания невозможно разобраться в вопросах современности- ведь не может же дерево расти без корней. «Знание истории- пишет он- помогает мне теперь разбираться в сложнейших ситуациях сегодняшнего дня»¹⁸. По его мнению, является исторически верным следующий вывод: «Надо раз и навсегда понять, что России действительно уготована историческая миссия быть государством, которое решает те задачи, которые не возможны для других. Не могла Дания выйти в космос или Монголия построить подводный атомный флот не потому что они глупее или хуже русских, просто так сложилась судьба каждого народа там, где он

¹⁴ Сигалов К.Е. Логические и историко-правовые основания «осевого времени»// История государства и права. №1/2002. С22. «Юрист». М. с38.

¹⁵ Стариков Е.Н. Общество-казарма от фараонов до наших дней.- Новосибирск: «Сибирский хронограф», 1996. С20.

¹⁶ Линн Николас. Похищение Европы. Судьба европейских культурных ценностей в годы нацизма/ пер. с англ. С.А. Червонной.- М.: логос, 2001.- 640с.: ил. с119.

¹⁷ Циркуляр Министерства народного просвещения от 31 июля 1913г., № 32327 «О программах по истории для мужских гимназий»// Журнал министерства народного просвещения. Новая серия. Часть XLVIII., ноябрь, С-Петербург, 1913. С21.

¹⁸ Жириновский В.В. О судьбах России. Часть 1. Уроки истории. Издательско-информационное агентство «РАЙТ», М. 1993. С3.

оказался, там, где разместились когда то его предки, сложилась какая-то экология, экономическое пространство. Каждый народ имеет свою судьбу».¹⁹

Приведенное высказывание подтверждает тезис, что история по-прежнему остается пространством не только для острых научных дискуссий, но и полем политической борьбы, где научно обоснованная критика сталкивается с политизированными точками зрения²⁰.

В различных работах, прямо или косвенно затрагивающих историю, исторические данные выдаются субъективно. Пример такого субъективизма, часто встречающийся в подобного рода литературе, находим у Александра Бушкова и Андрея Буровского. Рассматривая ужасы опричнины, они отмечают: « Многие вещи вообще невозможно оправдать никакими государственными интересами. Они просто выходят за пределы понимания психически нормального человека. Когда боярина сажают на кол и он умирает больше пятнадцати часов, а на его глазах насилуют его мать. Когда человека на глазах жены и пятнадцатилетней дочери обливают кипятком и ледяной водой попеременно, пока кожа не сходит чулком. Когда Висковатого разрубает как тушу... Впрочем, продолжать можно долго. Психически нормальному человеку трудно понять, как можно пировать под крики людей, пожираемых в яме специально прикормленным человечиною медведем-людоедом. Трудно понять садистскую игру с женами и дочерьми казненных, которых то пугали, то давали тень надежды, постепенно доводя до безумия»²¹.

Исследователями отмечается своеобразие предмета исторической науки, который настолько всеобщ, что дало повод ярчайшему представителю французской исторической школы 20-60гг ХХв. Ф. Броделю высказаться следующим образом: «Для меня история это сумма всех возможных историй, всех подходов и точек зрения- прошлых, настоящих и будущих»²². Соответственно, историческая наука по сравнению с другими конкретными общественно-гуманитарными науками выступает как наука комплексная, интегральная²³.

Однако современная тенденция развития исторической науки свидетельствует об отходе от основной ее цели- выявления исторических закономерностей в приложении к современности. В исторических исследованиях ученые изучают историю ради ее самой, не интересуясь реальной жизнью и практической реализацией своих выводов. Подобные исследователи, перефразируя слова Ю.А. Кулаковского в отношении творчества известного романиста 19в. Моммзена, шествуют царственным путем своего универсального знания, своего понимания, своего проникновения в смысл и дух политической жизни античного мира.²⁴ Поэтому уместно привести высказывание германского ученого Х. Виттрама, охарактеризовавшего своеобразие исторического подхода, что историки занимаются весьма странным делом: «мы живем в городе мертвых, мы окружены тенями, мы следим за умершими».²⁵

В литературе 19в. излишне оптимистично для современности отмечалось, что «стремление осмыслить явления прошлого, всегда присущее уму человека, вызывает и в наше время попытки, которое стремятся дать или новое объяснение, устранить то, которым довольствовались прежняя наука. История перестала быть частью теологии: она

¹⁹ Жириновский В.В. О судьбах России. Часть 3. С моей точки зрения... Издательско-информационное агентство «РАЙТ», М. 1993. С3.

²⁰ Ефремов В., Ипполитов Г., Казаков В., Малафеев А., Рыбников В. Россия: взгляд в будущее: Экспериментальное учебно-методическое пособие для студентов вузов, изучающих дисциплину "Отечественная история" по заочной форме обучения.-I иII части.- Самара: Изд-во "Самарский университет", 2001. С7.

²¹ Бушков А.А., Буровский А.М. Россия, которой не было-2. Русская Атлантида: Историческое расследование.- Красноярск: БОНУС; М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2001. С10

²² Бродель Фернан. История и общественные науки. Историческая длительность// Философия и методология истории: Сб. статей. М. 1977г. с128.

²³ И.Д. Ковальченко. Методы исторического исследования. М. Наука, 1987г С44.

²⁴ Ю.А. Кулаковский. Памяти Моммзена.// Журнал министерства народного просвещения. 1904. Январь. С54-55

²⁵ М. Липинский. Научная обработка истории права в русской литературе// Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн.2. С-Петербург. С131.

не ищет больше в явлениях прошлого *непосредственных* проявлений божественного промысла; она перестала быть и частью психологии, изучающей исключительно мотивы и побуждения деятелей прошлого; она перестала, наконец, считать себя частью логики, ищущей в явлениях прошлого категорий человеческой мысли. На место всего этого, история, в наше время, стала частью обществоведения: она стремится, на явлениях прошлого, раскрыть законы развития человеческих сообществ»²⁶.

Но в настоящее время ситуация с российской исторической наукой в области антиковедения, как впрочем и в других областях, представляет собой отнюдь не деятельность по раскрытию законов развития человеческих сообществ, а закостенелую догматику, где, как правило, не присутствуют новые подходы и где не приветствуются новые взгляды. Поэтому высказывание такого известного романиста 19в. как Иеринг применимо, к сожалению, и к современности: «История римского права до нашего времени знает только циферблат часов, не имея понятия об их механизме. Она не касается вопроса о скрытой силе, которая приводит в движение стрелку и до нельзя внешняя связь ее историко-юридического материала напоминает систематику счета прачки: сорочки, воротнички, носовые платки, - *leges, senatusconsulta, constitutiones principum etc*».²⁷

Постоянное развитие исторических знаний требует от науки учитывать в своих исследованиях все многообразие факторов общественной жизни. При этом в литературе постоянно отмечается, что право образуется под влиянием разнообразных факторов, в том числе и морального; но этот последний не составляет исключительного элемента в правообразовании. Между правом и нравственностью происходит постоянное взаимодействие. Право составляет один из элементов духовной жизни и в своем историческом развитии у того или другого народа находится в непосредственной связи с развитием человеческого общежития вообще. Для объяснения того или другого юридического понятия или отсутствия его у какого-либо народа необходимо искать причины в его действительной жизни и в свойствах его мышления²⁸. Современные ученые обращают особое внимание в ряде причин, влияющих на развитие правовой системы, на такую категорию, как «правовой менталитет». Р.С. Байниязов вполне справедливо отмечает, что существование такого менталитета предполагает наличие нерациональных механизмов жизненного понимания права²⁹.

Однако рассмотрение различных факторов, влияющих на развитие правовой системы, игнорируется большинством представителей исторической науки, что дает почву не только для обоснованных упреков, но и для установления ошибочных мнений. На это справедливо указывают отдельные представители ученого мира. Так, российский исследователь И.Я. Фроянов, основываясь на предполагаемом укладе жизни древнеславянского общества, считает, что клады в земле у славян –«клады антов»-должны рассматриваться, по видимому, в качестве жертвенного дара земле как весьма почитаемому божеству, дающему благоденствие людям.³⁰ Его вывод подтверждают археологические открытия, зафиксировавшие факт использования славянами бересты для обертывания гробов и покойников³¹. Другие мнения по данному поводу обосновано критикуются, в связи с тем, что это «есть следствие одностороннего взгляда на богатство как на явление чисто экономическое, характеризующее процессы имущественного и

²⁶ М. Липинский. Научная обработка истории права в русской литературе// Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн.2. С-Петербург. С131.

²⁷ Рудольф фон- Иеринг. О задаче и методе истории права// Журнал министерства юстиции. №2. Февраль, 1896. С146.

²⁸Н.О. Нерсесов. Понятие добровольного представительства в гражданском праве. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С112.

²⁹ Байниязов Р.С. Правосознание и российский правовой менталитет// Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2(229). С32

³⁰ Фроянов И.Я. Рабство и данничество у восточных славян.-СПб.: Издательство С.-Петербургского университета, 1996. С 66.

³¹ Антонович В.Б. Древности Юго-Западного края. Раскопки в земле древлян// материалы по археологии России. СПб., 1893. Вып.11 с9.),

социального расслоения первобытного, в частности славянского, общества. Они базируются на слишком упрощенном, прямолинейном понимании восточнославянской истории, на избыточной вере в способность открыть ее тайны одним лишь ключом материалистического познания. Однако следует отказаться от закоренелых привычек и сделать более разнообразным инструментарий проникновения в секреты прошлого, иначе - подойти к проблеме богатства не только с материальной, но и с духовной, религиозной точки зрения. И тут открывается нечто неожиданное и захватывающее»³².

Другой ученый Э. Бернгейм обращал внимание на то, что решение вопроса о причине лишения папой Григорием VII в 1080г. короля Генриха IV его достоинства, главным образом за гордыню («superbia»), находится, прежде всего, в средневековой трактовке понятия «надменность», которая является «первобытным и наследственным грехом дьявола, несомненным признаком товарища дьявола, восстающим против бога и его заповедей, «тирана», который является противоположностью христианской власти, и отвергается богом и людьми»³³.

Приведенные примеры констатируют, что историк права имеет дело не только с историей и интерпретацией законодательных памятников, но должен стремиться воссоздать и объяснить, как при помощи этих памятников, так и при помощи актов частной юридической деятельности - народное правосознание в данную эпоху³⁴. В литературе обосновано отмечается, что «право для историка есть нечто большее, чем действующие законы. Оно не сводимо к какой-либо квалифицирующей его приметной особенности, например, к своеобразному происхождению принципов и процедур действующего правопорядка».³⁵

Но восстановление всей картины происшедшего изучаемого периода с течением времени удается далеко не всегда, а в некоторых случаях - например, в античной истории - представляется по объективным причинам невозможным. Даже более, в действительности, комплексное беспристрастное исследование в исторической науке - недостижимый идеал. «Глубока, бесконечно глубока пропасть, отделяющая нас с нашим новым пониманием права от тех первых начал образования права и государства, к которым, мы теперь восходим»: говорил о юридическом мировоззрении Иеринг.³⁶

Пытаясь воссоздать ушедший дух правосознания исчезнувшей культуры необходимо держаться от различных крайностей, примеры которых нередко встречаются и в современной литературе. Так, О.Г. Колосовская в своем исследовании пришла к выводу, что римляне I в.н.э. не только не отрицали возможности лжи в суде, но даже открыто приветствовали ее, так как их представления об «общей пользе» требовали не столько выяснения истины, сколько действий в интересах определенной социальной группы³⁷.

Достижения исторической науки положены в основу исторического осмысления любой правовой системы. Эту основу составляет исследование последовательной смены правовых институтов, происходившей в течение определенного исторического периода, их возникновение, развитие и угасание, а также отдельные правовые институты в определенный исторический период. Исторический метод «должен познать целую жизнь рассматриваемого вопроса: найти начало существование его, проследить развитие и указать на окончательный вид его»³⁸. Необходимо также отметить и то, что для историка, в отличие от участника правотворческой и правоприменительной деятельности, право в его социальном измерении предстает не столько в пространственном и одномоментном акте,

³² Фроянов И.Я. Рабство и данничество у восточных славян.-СПб.: Издательство С.-Петербургского университета, 1996. С 63.

³³ Э.Бернгейм. Введение в историческую науку. СПб, 1908г. с65.

³⁴ Н.Н. Дебольский. О значении и методе истории русского права// Журнал министерства народного просвещения. Май, 1904. С85

³⁵ Графский В.Г. Традиции и обновления в праве: Ценностное измерение перемен// Проблемы ценностного подхода в праве: *Традиции и обновление*. Материалы круглого стола в Центре истории и теории государства и права ИГП РАН. М., 1996. С74.

³⁶ Р. ф. Иеринг. Дух римского права. 1873. С88.

³⁷ Древнее право. IVS ANTIQVVM. №1 (3), - М.: СПАРК, 1998. С.215

³⁸ В.В. Ефимов. Лекции истории римского права. С-Петербург, 1891. С14

сколько в своем длящемся действии- долговременном или краткосрочном постоянном (вечном) или переходящем, оно для историка гораздо больше, чем действующие законы и правопорядок, что и было справедливо отмечено В.Г. Графским.³⁹

В отношении изучения мировых правовых древностей с помощью исторической науки сформировалась Всеобщая и отечественная история государства и права. Соответственно, в рамках данной науки и происходит историческое осмысление сущности римского права, его влияния на развитие правовых систем древности и современности, а также значения для современной науки.

Параграф2. Римское право как составляющая науки «история государства и права зарубежных стран»

Получившая современные очертания наука «Всеобщая история государства и права» акцентирует внимание на возникновении правовых обычаев и законов в жизни отдельных народов и стран, обозреваемых в избранных образцах на всем протяжении истории - от древней и средневековой до современной.⁴⁰ Она решает свою задачу историческим методом, так как изучает вопрос о происхождении и развитии государства и права в каждой отдельной стране во всех стадиях этого процесса в порядке хронологической последовательности, а также на основе выявления как общеисторических закономерностей этих процессов, так и закономерностей, действующих в рамках тех исторических эпох, которые являются важнейшими ступенями в развитии конкретных обществ⁴¹.

Необходимость существования и развития истории права была обобщена в 19в. И.Д. Беляевым, считавшего, что законодательство какой-либо страны нельзя изучить ясно и вполне, не изучив сперва, как оно образовалось историческим путем и дошло до того развития, в котором находится в данное время.⁴² Кроме того, одной из задач истории права и государства является описание общественного быта и постепенных происходящих в нем изменений в течение веков. Другой ее задачей является раскрытие причин изменений, совершающихся в общественном быту, и к стремлению постигнуть законы, по которым происходят эти изменения. «Обе эти задачи лежат в пределах одной и той же науки, ибо каждый, описывающий перемены, непременно выскажется и о предполагаемых причинах этих перемен, а исследующий законы общественных изменений непременно должен будет прекрасно ознакомиться с описанием перемен».⁴³

Неопределенность предмета всеобщей истории государства и права как учебного курса и возрастающая тенденция к его усложнению подвергалось с 19в. обоснованной критике. В связи с этим, профессор Н. Суворов даже ратовал за «*полное упразднение науки Всеобщей Истории права*»⁴⁴. И в настоящее время раздается заслуженная критика содержания данной науки. Так, М.А. Дамирли пришел к выводу, что «... Всеобщая история права как полноценная научная и учебная дисциплина в советской и постсоветской историко-правовой науке не сформировалась»⁴⁵.

³⁹ Традиции и обновление в праве: проблемы ценностного подхода// Государство и право. №5. 1996. С105

⁴⁰ Историко-правовые ценности: история и современность. Под ред. В.С. Нерсисянца.-М.: Эдиториал, УРСС, 2000г. с42.

⁴¹ История государства и права зарубежных стран. Ч.1. Учебник для вузов. Под ред. проф. Кпашенинниковой Н.А. и проф. Жидкова О.А.-М.: Изд. Группы НОРМА ИНФРА. 1998. С1Х-Х

⁴² Беляев И.Д. История русского законодательства. Серия «Мир культуры, истории и философии». СПб.: Издательство «Лань», 1999. С23.

⁴³ Ф. Зигель. Преподавание истории права в Германии, Англии, Франции и Австрии// Юридический вестник. Книга3. Ноябрь. 1888г. М.С347

⁴⁴ Предложение ординарного профессора Н. Суворова в Совет Демидовского Юридического лица// Временник Демидовского юридического лица. Ярославль. 1899. С81.

⁴⁵ Дамирли М.А. Образ всеобщей истории права как наука// Известия высших учебных заведений: Правоведение. 6(239), Санкт-Петербург, с179.

Проблемы науки всеобщей истории государства и права зарубежных стран отмечались в 19в. известным русским ученым Н. Загоскиным, который констатировал, что: «Приходится сознаться, что всеобщей истории права еще почти не существует, если не принимать в соображение нескольких опытов исследований в этой области, да и то, главным образом, в пределах древнейшего, архаичного периода в жизни человечества».⁴⁶

Недостатки традиционного подхода к изучению истории государства и права были обобщены в начале 19в. Исследователями отмечалось, что «единственную цель истории права видят в наиболее полном изображении начал, на которых опирается общественный быт, а также изменение этих начал в течение веков. Но что вызвало к жизни эти начала, что на них постоянно влияет и их незаметно видоизменяет, об этом почти не думают».⁴⁷

Науке Всеобщей истории государства и права с начала ее формирования отводилось особое место. На нее, помимо прочего, возлагается вооружение юристов необходимыми знаниями, которые помогут им в практической деятельности по дальнейшему осуществлению программы глубоких экономических реформ, по демократизации политической жизни и охране прав граждан, по реализации конституционных идей правового государства в российской Федерации⁴⁸. Подчеркивается полезность вообще изучения истории права для формирования и накопления терминологического багажа разговорной речи студента-юриста: «расшифровка исторических ценностей и понятий позволяет достаточно глубоко проникнуть в сущностный смысл содержания правовой терминологии в процессе становления и эволюции последней».⁴⁹

Однако основной целью науки истории права является выявление, обобщение, анализ закономерностей, прогнозирование развития правовых институтов в определенных условиях у определенных народов в определенный период их развития. В литературе отмечается, что интегрируя пеструю во времени и в пространстве картину истории права в единое целое, универсальная история права имеет задачу выявить то общее, универсальное, всеобщее, что позволяет создать картину эволюции права во всемирно-историческом масштабе, раскрыть специфическое для каждого ее этапа содержание и проследить тенденции при переходе к следующему этапу, обнаружить объективно-необходимые, существенные, причинно-следственные исторические связи между наиболее важными событиями⁵⁰. В этой связи в отношении науки теории государства и права О.А. Пучков отметил следующее: «Неспособность науки к прогнозной деятельности- это продолжение другого ее серьезного изъяна... Неориентированность нашей науки на вызовы социальной и юридической практики не способствует повышению ее авторитета и анучного веса, что сказывается и на статусе теории государства и права как учебной дисциплины»⁵¹. Думается, что подобное замечание справедливо применимо и к науке Всеобщей истории государства и права. Игнорирование этой цели приводит к сомнениям по поводу необходимости овладения историком юридическим мышлением, так как: «трудно разграничить то, что входит в историю права и что в древности, но, наверное, историк –

⁴⁶ Загоскин Н. История права русского народа. Т1. Казань. 1899. С13.

⁴⁷ Ф. Зигель. Преподавание истории права в Германии, Англии, Франции и Австрии// Юридический вестник. Книга3. Ноябрь. 1888г. М.С330

⁴⁸ О.В. Богданова. Роль историко-правовых знаний в подготовке юристов// Негосударственное образование в России: результаты, проблемы, перспективы. Материалы межвузовской научно-практической конференции (20 марта-6 апреля 2000г.) Часть III. Издательство «Восточный университет», Уфа, 2001. С32.

⁴⁹ Н.К. Веденева. Формирование профессиональной терминологии студентов-юристов в процессе изучения курса «История отечественного государства и права» // Негосударственное образование в России: результаты, проблемы, перспективы. Материалы межвузовской научно-практической конференции (20 марта-6 апреля 2000г.) Часть III. Издательство «Восточный университет», Уфа, 2001. С35.

⁵⁰ Дамирли М.А. Образ всеобщей истории права как наука// Известия высших учебных заведений: Правоведение. 6(239), Санкт-Петербург, с188.

⁵¹ Пучков О.А. Теория государств и права: проблемы и перспективы// Известия высших учебных заведений: Правоведение. 6(239). Санкт-Петербург, с10.

юрист не внесет в историю права многого, что признает необходимым внести исследователь юридических древностей. Историк-юрист ищет в старом корни нового; старое служит для него только средством для раскрытия постепенного поступательного движения юридических понятий».⁵² Однако обладание только историческим мышлением не сможет, по-видимому, провести качественный историко-юридический сравнительный анализ. Например, Д.В. Дождев применяет в своих исследованиях не столько историческое, но в большей степени юридическое мышление. Это позволило ему сделать вывод, что в отличие от современных правовых систем, где утвердилась безусловная защита владения, в римском праве не всякое держание признавалось достойным интердиктной защиты. Такое обстоятельство повлекло различие в юридическом языке постклассического периода «detentio» (держания) от «possessio» (владения), эквивалента современного понятия юридического владения, или права владения⁵³. Кроме того, многие современные цивилисты, разрабатывая теорию частного права, основываются в своих работах и на трудах этого известного российского романиста* (Например, Р.С. Бевзенко. Добросовестное владение и его защита в гражданском праве. Самара, 2002).

К сожалению, приходится констатировать, что современное состояние российской науки Всеобщей истории государства и права не выполняет своего предназначения - выявлять и обобщать общие тенденции развития правовых институтов. Подтверждением этого может служить, как правило, отсутствие упоминания о таких закономерностях в каком-либо историко-юридическом исследовании. Кроме того, это не приводило бы к стандартным ошибкам, вытекающим из идеализации правовой ситуации. Примером служит тезис, высказываемый в литературе на заре современных преобразований российского общества, что «единственно справедливым и исторически справедливым способом разрешения назревшей необходимости преобразования социалистической собственности является ее всеобщая, полная и бесплатная индивидуализация по принципу равного права каждого гражданина на одинаковую долю от всей десоциализируемой собственности»⁵⁴. При этом, необходимо отметить, что исследователями уже давно выявлено, что бескорыстие революционеров при совершении ими революции встречается крайне редко на всем протяжении исторического развития общества. Одно такое исключение было отмечено академиком Д.С. Лихачевым: «Какое еще восстание мы можем противопоставить декабристскому, в котором вожди восстания действовали против своих имущественных, сословных и классовых интересов, но зато во имя социальной и политической справедливости».⁵⁵

Д.А. Керимов обосновано считает, что в историко-правовых исследованиях посвященных развитию российской правовой системы необходимо применять логический прием историко-правового познания, когда тотальное представление о будущей правовой системе как цели преломляется через анализ настоящего осмысления прошлого.⁵⁶

Как уже отмечалось, исследователи науки всеобщей истории права всячески пытаются отмежеваться от основной своей цели. По отношению к римскому праву это проявляется, прежде всего, в тенденции «вычленения чистого римского права».

Изучение римского права ради самого римского права всегда вызывало негодование виднейших представителей ученого мира. Так, известный романист 19в. с негодованием высказывался: «Постоянный припев юристов по отношению к римскому праву - изучение источников; самая смелая идея, до которой они додумались - оживление *чисто* римской теории. Если бы было возможно, то они выбросили бы все, что не было высказано в римском праве и возвратили бы наше научное образование на ту ступень, на

⁵² И.Г. Данилов. О значении и собирании древних русских юридических символов// Сборник археологического института. Кн.4. 1880. С-Петербург. С4.

⁵³ Д.В. Дождев. Основание защиты владения в римском праве. М. 1996. С3

⁵⁴ О неотчуждаемом праве каждого на гражданскую собственность// Государство и право. №12. 1992. М., Наука, с23

⁵⁵ Лихачев Д.С. О национальном характере русских.- Вопросы философии, 1990, №4. С4-5.

⁵⁶ Д.А. Керимов. Методологические функции философии права// Государство и право. №9, 1995г. Наука. С17.

которой стояли Ульпиан и Павел. Но время их минуло невосвратно и не возвратиться не смотря ни на какие усилия».⁵⁷

Также известны попытки германских ученых 18-19вв. при помощи историко-аналитического направления разложить Юстинианово право на его составные части: отделить интерполяции- вставки и изменения, сделанные редакторами Юстиниана-воссоздать эдикт претора, восстановить из отрывков Юстинианова Свода по возможности самые сочинения юристов, из которых они взяты, начертить даже систему римского классического права, наконец, свести правовые учения римских юристов к тем первоначальным идеям, под влиянием которых они создавались⁵⁸. Но при этом также отмечалась практическая направленность такого труда. Так как, в большинстве случаев, «если немец с неустанным рвением и трудолюбием старается откопать на каком нибудь поблекшем, полусгнившем папимпсесте не букву, а даже черточку буквы,- то это не значит, что он занимается *историей* права. Работая над реставрированием этой буквы, он занимается своим *действующим* законодательством; ибо этот памятник служит ему не пособием к уразумению его действующего права, но самым источником этого последнего. Немец занимается, таким образом, восстановлением именно своего действующего права, которое история не сохранила ему в подлинной или даже в достоверной редакции»⁵⁹.

В настоящее время научным миром отмечается объективный факт невозможности выделения «чистого римского права», как и любого другого, из массы заимствований. Так, в отношении древнегреческого права признается факт заимствования правовых институтов из древнеегипетского права, так как оно вызывало «восхищение у древних народов»⁶⁰. Тем более что, согласно исследованиям Жака Пиррена, первым примером цивилизации, в основе которой лежала индивидуальная, неприкосновенная и полностью зависимая от владельца собственность, служил вовсе не Рим, а Египет III династии⁶¹. Исследователями отмечается, что многие нововведения времен Константина и Юстиниана происходят из греческого права⁶².

Конечно, же ни в коей мере нельзя отрицать факт влияния частного права древнегреческого государства, как и любого другого, на древнеримское право, в связи с чем, по- видимому, древнеегипетские ценности заняли в нем достойное место. Попытки видеть в римском праве оригинальную правовую систему, созданную усилиями только одних римских юристов представляет собой серьезнейшую ошибку. Как правильно отмечал болгарский ученый Живко Сталев, представляется ошибочным думать, будто какие-либо крупные правовые системы имеют какую-то монополию на правовые открытия, ведь родиной оригинального правового решения может быть и малая страна.⁶³

В отношении наследия Древнего Рима существует стойкая тенденция к идеализации правовой системы, культуры, народа, что приводит к закономерным ошибкам. В силу этого можно признать неудачной спекулятивную попытку обосновать значение римского права исключительно правовым характером римского народа: «стремясь избавиться от своего разбойничьевого прошлого- простодушно предполагает Н.Н. Трухина,-римляне более других народов стали почитать честность, законность,

⁵⁷ Игеринг. О методе разработки истории права// Журнал министерства юстиции.Октябрь, №10, 1867. С82-83.

⁵⁸ В. Юшкевич. Историко-аналитическое направление в науке Римского права// Временник Демидовского юридического лица. В.78. Ярославль, 1899. С5.

⁵⁹ А. Гордон. Наше правоведение, что оно и чем оно должно быть// Журнал министерства юстиции. Т.XXXI. 1867. Санкт-Петербург, С24

⁶⁰ И.М. Лурье. Очерки древнеегипетского права. XVI-Хв. Д. н.э. Памятники и исследования. Изд. Гос. Эрмитаж, Ленинград, 1960. С124.

⁶¹ Цит. по : Хайек Ф.А. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма: пер. с англ.- М.: Изд-во «Новости», при участии изд-ва «Catallaxu», 1992. С60.

⁶² Б.Н. Фрезе. Общее и местное право в римской империи// Временник Демидовского юридического лица. Ярославль. 1902г. кн.85. с4.

⁶³ Живко Сталев. НРБ. Сравнительный метод в социалистической правовой науке// Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. Прогресс, 1978. С23.

дисциплину»⁶⁴. Кроме того, современными исследователями, так же, но в более категоричной форме, констатировались иные черты этого народа. Так, В. Найт, например, определял римлян как грубых и циничных материалистов. Г. Роуз, восхваляя греков за высокую абстрактность мышления, не может удержаться от замечания, что римляне были гораздо более «тупоголовым» (slowe-witted) народом.⁶⁵

Другим исследователем, в русле выявленной тенденции, отмечалось на примере римского народа, что «право может развиваться, тучнеть только у народа полного энергии и силы воли, потому что только у такого народа могут развиваться в надлежащей мере консервативные и прогрессивные силы, так что право может продвигаться вперед, хотя и медленно, но зато твердо и неуклонно»⁶⁶. Или, например, высказывалось суждение, что «историческая жизнь Рима создала особо благоприятные условия для целесообразного развития юридических норм и для совершенствования их путем судебной практики и научного творчества специалистов, знатоков права».⁶⁷

Таким образом, в подобных исследованиях на тему римского права постоянно наблюдается тенденция к идеализации его положений, и как следствие, наполнение его содержания современным. Но еще в 19в. исследователь Фюстель – Куланж предупреждая от подобных ошибок, отмечал, что система образования, с самого детства как бы заставляющая нас жить посреди Греков и Римлян, приучает беспрепятственно приравнять их к себе, судить об их истории по нашей и объяснять наши революции их переворотами. «Все, полученные нами от них и завещанное ими нам, даст нам повод думать, что они походили на нас; нам как-то трудно смотреть на них, как на чуждые нам народы; в них мы почти всегда видим самих себя. Отсюда немало многих заблуждений, неизбежных, если рассматривать эти древние народы сквозь призму современных положений и явлений».⁶⁸

В русле данного высказывания, выглядит простодушно следующая характеристика обычного права: «Где-то простое и наивное, необыкновенно отчетливое, даже резкое в построении юридических институтов, это право отличалось более гуманной природой, большей социальной ценностью и значимостью, а главное, большей результативностью, чем его поздний, письменный вариант. Переживавшее болезни роста, вербальное право не страдало «взрослыми недугами»: бюрократизацией и правовым нигилизмом, коррупцией, многословным конструированием схоластических абстракций, громоздким механизмом правового регулирования»⁶⁹.

Опасения относительно идеализации античной системы права разделял и П.Е. Соколовский, считавший, что «коренная ошибка, свойственная почти всем современным исследованиям римских учений о товариществе заключается, как нам кажется, в постоянном смешении понятий древнего классического правоведения со взглядами сложившимися в наше время под влиянием новейшего культурного процесса. Старались отыскать в классическом римском праве зародыши и корни чуть ли не всех учреждений и явлений нашего нынешнего экономического и правового быта, многие авторы нередко рассматривают чисто римские институты с точки зрения современных понятий, созданных только впоследствии, багодаря особым условиям жизни средних и новейших веков».⁷⁰

Видимо этой же ошибкой обусловлено высказывание авторов учебника по римскому праву, считавших Древний Рим классическим примером государства, в котором право собственности было выражено в законченной форме и где долгое время процесс его оформления оставался необратимым⁷¹. В этом же ключе находится высказывание В.

⁶⁴ Трухина Н.Н. История Древнего Рима. М., 1995г. С18

⁶⁵ Чернышев Ю.Г. Была ли у римлян утопия?// Вестник древней истории. №1. Наука. 1992. М. с53-54.

⁶⁶ Игеринг. Методы разработки истории права// Журнал министерства юстиции. №11-12, 1867.С254

⁶⁷ Дормидонтов. Г.Ф. Система римского права. Общая часть. Казань, 1910г. С2.

⁶⁸ Фюстель-Куланж. Древнее общество. Т1-2. С-Петербург, 1876. С1.

⁶⁹ Латинские юридические изречения/ Сост.Е.И. Темнов-М.: Юрист, 1966. С5

⁷⁰ П.Е. Соколовский. Договор товарищества по римскому гражданскому праву. М. 1865. С5.

⁷¹ Римское частное право: Учебник/ Под ред. И.Б.Новицкого и И.С.Перетерского.- М.:Юрипруденция, 1999.с6-7

Кожевникова, считающего что римское право прекрасно понимало идею собственности, но оно не правильно судило о временных обязательствах какого бы то ни было рода.⁷²

М.В. Власова также ошибочно считает, что только одними видными древнеримскими юристами были заложены основы современного гражданского права.⁷³

В настоящее время историческая наука разработала метод, позволяющий избежать подобных ошибок. Для этого всего лишь «надо научиться думать так, как думали в прошлом, реагировать на ситуацию так, как реагировали в прошлом»⁷⁴. Однако при этом, вся сложность понимания прошлого, реконструктивной деятельности заключается в том, что, научившись мысленно вживаться в прошлое, историк должен в то же время оставаться человеком своего собственного времени; он должен уметь думать как люди, жизнь и общество которых он исследует, и думать не так как они, наблюдать со стороны.⁷⁵

Знаменательно, что именно юристы предупреждали о наличии такой опасности. Примером может служить критическое высказывание А. Куницына, что самое понятие о правах вещных (*jus in re*) в ином законодательстве может быть обширнее, нежели у римлян, или иметь несколько другой смысл⁷⁶. А. Евецкий отмечал, что политика римского гражданского права преследовала далеко не всегда цели, тождественные с задачами современного гражданского быта европейских народов. Римская общественная жизнь, сложившаяся по особым, свойственным античной древности началам, слишком различалась от европейской гражданственности.⁷⁷ Он же считал, что цивилисты должны изменить своим обычным приемам перенесения римских юридических принципов на почву современной гражданской жизни и позаботиться о самостоятельной догме.⁷⁸

Современными учеными также признается, что приложение современных понятий и концепций к римской правовой науке в принципе не позволяет понять римское право как таковое, в его исторически обусловленной конкретике: большинство конструкций и технических решений теряют свои истинные параметры, аутентичные принципы институциональных и концептуальных изменений навсегда исчезают из виду, противоречивость и нелогичность многих суждений остается необъяснимой и заставляет слушателей усомниться в том распространенном представлении о римском праве как о последовательной, рационально строгой и потому «классической» системе, которая до сих пор остается основным аргументом изучения древнего юридического материала.⁷⁹

В своем исследовании историк права является, прежде всего и более всего, юристом и должен всегда иметь в виду юридические понятия и метод юридической конструкции.⁸⁰ Кроме того, современная наука от исследователей правовых древностей требует необходимого профессионализма, в котором знания сугубо исторической направленности должны гармонично сочетаться со знанием теории права. Поэтому справедливо признается, что важнейшей особенностью при изучении истории государства и права является овладение мышлением юриста, которое представляет собой определенный вид профессионального мышления человека, которая не ограничивается

⁷² Кожевников В. Нравственное и умственное развитие римского общества во II веке. Историческое исследование. Козлов. 1874. С269.

⁷³ Власова М.В. Право собственности и социальная справедливость в процессе развития российской государственности// История государства и права. №1. С51.

⁷⁴ Э.Н. Лоонэ. Современная философия истории. Изд. «Ээсти раамат», 1980. С93.

⁷⁵ Э.Н. Лоонэ. Современная философия истории. Изд. «Ээсти раамат», 1980. С95.

⁷⁶ А. Куницын. О силе договора найма имущества// Журнал министерства юстиции. Сентябрь, 1861. С496.

⁷⁷ А. Евецкий. Принцип права собственности по теории новейших цивилистов// Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн.6. с144.

⁷⁸ А.Евецкий. О договоре между отсутствующими// Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн.4. СПб, с110.

⁷⁹ Дождев Д.В. Введение. Практический курс римского права. Часть I: Учеб.-практ. Пособие.- М.: Дело, 2000. С8.

⁸⁰ Н.Н. Дебольский. О значении и методе истории русского права// Журнал министерства народного просвещения. Май, 1904. С93

строгими рамками и которая определяется, в первую очередь, своим предметом, т.е. правом.⁸¹

Без данного осмысления цель историко-правовой науки теряет свой смысл и, как следствие, актуальность для современности. Отличным примером использования юридического мышления в всеобщей истории государства и права продемонстрирован В.С. Ем и Е.С. Роговой при рассмотрении творчества Л.А. Кассо. Рассматривая акцессорность залога, современными исследователями отмечается, что вывод Л.А. Кассо должен стать предостережением для организаторов современного российского ипотечного рынка, ибо исчезновение признаков акцессорности в закладных означает возможность реального расхождения между стоимостью недвижимости, обеспечивающей ипотечные кредиты, и суммой закладных, в результате чего на рынке могут появиться закладные, типа пресловутых билетов МММ. Все это уже было. И где? В Германии и Дании второй половины XIX века. Но этого удалось избежать в дореволюционной России, в которой был введен жесткий контроль государства за выпуском в обращение закладных листов.⁸² Конечно же, для проведения таких параллелей необходимо помимо исторического и юридического мышление. Интересно в этом контексте высказывание виднейшего романиста 19в. Иеринга, которым отмечалось, что историю как таковую могут обрабатывать и филологи. Настоящий юрист, хотя бы его историко-юридическое снаряжение (Ausrüstung) было совершенно недостаточным, поймет в общем несравненно лучше римское право, чем историк права, у которого отсутствует das juristische Organ.⁸³

Исследователями в 19в. отмечалось, что одной из главных задач современной истории права, действительно можно признавать стремление - «создать естественную и опытную историю всех юридических фактов в мире человеческих отношений, подобно естественной истории явлений мира физического». Владея сравнительным методом, современная история права должна направляться к открытию и установлению таких научных законов, которые могли бы объяснить, кроме частных фактов и национальных особенностей, общие явления в юридическом быту у народов, различных по своей расе, по месту и времени своего жизненного и культурного поприща.⁸⁴

В исследованиях ученый мир активно использует историко-сравнительный метод, что подчеркивается и самими исследователями. Примером служит следующее высказывание авторов исследования, посвященного акционерным обществам: «Обобщая исторический опыт, подтверждая либо отрицая римские постулаты частного права, авторы описывают оригинальные концепции и обосновывают самостоятельные взгляды на институт «корпорация» («юридическое лицо»), а также достаточно детально исследуют природу акционерного общества как исторической формы, наиболее ярко отражающей суть института «корпорация» («юридическое лицо») применительно к экономике XIX в.»⁸⁵

Некритичное использование сравнительного метода приводит к закономерным ошибочным обобщениям. Исследователями отмечается, что *«по существу научные дискуссии об аналогиях и заимствованиях в русском праве, о его содержательной самобытности не были поставлены на научную основу. Это объясняется тем самостоятельностью, что аргументы вырабатывались на основе не только несистемного сравнения одних только правовых источников, но и без учета множества исторических факторов, в том числе социально-экономических, идеологических, политических, культурных и внутренней логики развития самой историко-правовой науки»*⁸⁶.

⁸¹ В.Кнапп, А. Герлох. Логика в правовом сознании. Авт. Перевод. М. Прогресс, 1987. С36-37.

⁸² Ем В.С., Рогова Е.С. Доктор права- Лев Аристилович Кассо// Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве.-М.: Статут, 1999. С19-20.

⁸³ Н.Л. Дювернуа. Чтения по гражданскому праву. Т.1.в.1. С-Петербург, 1896.с27.

⁸⁴ Стоянов А.Н. К вопросу о возникновении институтов имущественного и обязательственного права// Юридический вестник. Т.XXVI. кн.2 (октябрь), М. 1887. С259

⁸⁵ Функ Я.И. и др. Акционерное общество: история и теория (Диалектика свободы)/ Я.И. Функ, В.А. Михальченко, В.В. Хвалей- Мн.: Амалфея, 1999.с25.

⁸⁶ Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Автореферат. Саратов, 2001г. С19

Однако многие проблемы и подходы в исторической науке возникли относительно недавно и за это трудно упрекать исследователей 19в. в отсутствии в их дискуссиях "научной основы". Так, в настоящее время отмечается тенденция фактического игнорирования этнологических исследований права: «Этнологию права, или юридическую этнологию, в нашей стране как генетику или кибернетику никогда не объявляли лженаукой. Но в то же время ничего не делалось для ее развития. ... Без этнологического угла зрения не понять ни становления права- его вычленения из других поведенческих форм- ни ранних этапов его развития, ни некоторых аспектов его правотворческой деятельности»⁸⁷. Иными словами, через некоторое время современных исследователей правовых ценностей можно будет обвинять в отсутствии научной основы их дискуссий.

Основой для многочисленных ошибок, допускаемых в исследованиях, является недооценка человека прошлого, его культурных особенностей, определение характера его поведения с позиций современной культуры. При этом, один и тот же человек принужден будет войти в категорию и преступных, и не преступных лиц. Соответственно, с точки зрения осудивших Сократа греков- он был преступник, и антрополог должен искать в нем черты преступного типа. «С моей точки зрения, отмечал виднейший представитель социологического направления, Питирим Сорокин,- Сократ честнейший и святой человек, и тот же антрополог-криминалист не должен искать в нем преступных черт. Торквемада, сжегший *ad majorem gloriam Dei* 20 000 «еретиков», и кафрский царек Мосселикатси, умертвивший бесконечное число своих подданных,- с нашей точки зрения, будут преступниками, с точки зрения своего времени они были героями»⁸⁸.

Некоторые современные российские ученые также допускают в своих работах эту типичную ошибку. Так, Р.С. Мулуцаев и О.Н. Мигущенко считают, что «... с формированием личности человека и с началом выделения им представлений о добре и зле неизбежно зарождалось и понимание, как нужно поступать. В этот период право носило лично-личностный характер, и каждый сам определял для себя, что и как он может и должен сделать. Причем преимущество отдавалось «может», а, следовательно, если может, то и должен. Главенствовал тезис: «Все, что хорошо для меня, то и хорошо». Вопрос о жизни человека решался просто: «Если мне мешает сосед, его надо убить или прогнать». При этом каждый сам определял, что он должен сделать: или убить, или прогнать. Таким образом, опираясь на существующую промораль, человек создавал свое субъективное проправо. Весь мир делился на «Я» и «Они». Человек жил один во враждебном мире».⁸⁹

Критика таких ошибочных взглядов была выражена дореволюционными учеными. Так, С.М. Шпилевский отмечал, что являются вполне неосновательными мнения тех писателей, которые воображают себе первичный быт народа каким-то хаосом, царством грубой силы, господством случая вместо права.⁹⁰

Оценивая характер первобытно - общинного права исследователи, как правило, традиционно признают основной его чертой- самоуправство. «Так, первобытное русское право отличалось характером самоуправления; право висело на конце меча древнего русса. Этот- то самоуправный русс и был древнейшим субъектом прав, носителем прав и обязанностей в пределах, полагаемых ему группой, как его правовой сферой» ошибочно считал С.Д. Гальперин.⁹¹ Его подправляет Р.ф. Иеринг, который считал, что самоуправством и мезтью, этим видом дикого правосудия начинало каждое право, однако

⁸⁷ А.И. Першиц, Я.С. Смирнова. Этнология права. //Вестник российской академии наук. 1997. №9. С792.

⁸⁸ Питирим Сорокин. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. СПб.: Изд-во РХГИ, 1999.С111.

⁸⁹ Мулуцаев Р.С., Мигущенко О.Н. К вопросу о необходимости отхода от конъюнктурных оценок истории права// История государства и права. №4, М. 2001. С19.

⁹⁰ С.М. Шпилевский. Об источниках русского права в связи с развитием государства до Петра 1// Ученые записки Казанского университета. В1. Казань. 1862. С259.

⁹¹ С.Д. Гальперин. Очерки первобытного права. Исследование. Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова. С-Петербург, 1893.С55.

это начало есть ничто иное, как догосударственный хаос, в котором право и сила еще не отделились друг от друга и о праве не может быть и речи.⁹²

Однако, говоря о хаосе и самоуправстве начального развития права исследователи основываются исключительно на субъективных предположениях. Основная ошибка при этом заключается в предположении, что право развивается поступательно, постоянно при этом эволюционируя. Но этот тезис возможен только применительно к публичному праву. Частное же право сохраняет до настоящего времени свою традиционную форму, основу которой составляет право собственности, обязательственные правоотношения, наследственное и семейное право. И можно с большей долей уверенности сказать, что этот «самоуправный русс» не был так уж самоуправен, а подчинялся в гражданском праве тем же нормам, что и современное человечество, среди которого тезис о неприкосновенности частной собственности так же актуален, как и в далекие и очень далекие времена. Ссылка же некоторых ученых на современное существование племен, находящихся в первобытно-общинном уровне развития неосновательна, так как эти племена существовали на всем протяжении развития цивилизации абсолютно не эволюционируя и не чувствуя в этом какой-либо потребности. Соответственно эти племена представляют собой исключения из общего правила и к ним невозможно подходить с современными стандартами воззрения на общество. Иными словами, первобытные племена- это не современные племена, находящиеся в стадии дикости. В силу чего изучение их быта не должно быть основой для моделирования первобытно-общинного права.

Типичное видение исторического прогресса, выражающееся в объективной и субъективной «подгонке» исторической реальности под современную действительность конкретно проглядывается в следующем фрагменте: «История права наглядно нам показывает, как с течением времени медленно, но неуклонно система общественной мотивации постепенно передвигается с более низких и грубых струн на более высокие и мягкие, на столь грубую, близкую к животной психике (инстинктивно и бессознательно) рассчитано было примитивное право и как оно с течением времени, так сказать, меняло свой взгляд на объект своего воздействия к лучшему и изменяло приемы воздействия согласно прогрессу этической культуры вверенного его руководству общества... грандиозным доказательством (этого) этического прогресса является научная, психологическая история права вообще, как целого правопорядка в его основных чертах».⁹³

Постоянно подчеркивается «отставание ума» античного человека по сравнению с современным, и, как следствие,- отсутствие того или иного явления в древнем Риме «ограниченностью» мышления античного человека с позиций современного человека: «При той простоте и замкнутости, какой отличалась жизнь в древнем Риме, все владения которого состояли из одного города и окружавшей его небольшой области, такой узкий, эгоистический принцип вполне согласовался с духом и требованиями века; при совершенной неспособности к отвлеченному мышлению какой отличался первобытный человек; при той боязливой осторожности, с какой он сознавая свою слабость и опасаясь путаницы, приступал к такому важному делу, как юридические действия,- требования, чтобы каждый, желающий доставить чужую вещь другому, сперва приобрел ее себе и потом уж передал другому, вполне понятно: ум неразвитой не в состоянии был уяснить себе как может человек приобрести известную вещь, когда он ничего не сделал, что бы приобрести ее, и факт перехода собственности был для него понятнее, так сказать несомненно, когда совершался на его глазах,- в простой, отчетливой, легко запоминающейся форме».⁹⁴

Данная тенденция, по видимому, обусловлена господствующими диалектическими законами философии: от низшего к высшему. В связи с этим постоянно наблюдается тенденция противопоставления античного, средневекового и проч. человека

⁹² Р. ф. Иеринг. Дух римского права. 1873. С103.

⁹³ Петражицкий Л.И. Акции, биржевая игра и теория экономических кризисов. СПб., 1911.с16.

⁹⁴ Ю. Дубовицкий. Договоры в пользу третьих лиц// Юридический вестник. Кн. 2 и 3 (июнь-июль), М., 1885. С251.

современному. При этом не учитываются умышленно либо по другим причинам многие обстоятельства, не вписывающиеся в эту схему. Рассматривая эту тенденцию, В.Э. Грабарь, осмыслявший в 19в. развитие международного права в Римской империи, отмечал, что современные исследователи почему то «... а ргіогі убеждены, что древность не имела представления о нормах, управляющих взаимными отношениями государств, а потому их нисколько не удивляет, что такие нормы не попали в римские правовые сборники. Встречается и обратный вывод: молчание этих сборников приводится в доказательство положения, что Рим, а с тем вместе и вся древность международного права не знали»⁹⁵.

Однако исследование не может не классифицировать различные факты, акцентируя внимание исключительно на главных, и объективно игнорируя второстепенные. В литературе справедливо отмечается, что если историк права, не может удержаться и не сообщить читателям все историческо-правовые заметки, которые ему удалось разыскать, то он должен бы сделаться вместо историка простым переписчиком, так как специалистам должно быть известно, что многие новые работы по истории римского права представляют из себя полное подобие кладовой, в которой с одинаковой заботливостью хранятся предметы совершенно ничтожные рядом с драгоценными.⁹⁶

В этом контексте необходимо отметить, что история всегда имеет дело с фактами, в той или иной мере прошедшими через сознание, хотя бы через сознание составителя письменных источников⁹⁷, чем обусловлен ее субъективизм. Это дало повод знаменитому исследователю К. Беккеру справедливо отметить иллюзорность каких-либо исторических фактов, и тот факт, что вовсе не они, а только предвзятость руководит историком: «исчезнувшие реальности уступили место тусклым отражениям, неосязаемым образам или идеям о себе. И эти тусклые отражения, и неосязаемые образы, которые нельзя потрогать или взять в руки, есть все, что осталось от действительного события»⁹⁸.

Исследователь Люсьен Февр обоснованно считал, что историк, отказывающийся осмыслить тот или иной человеческий факт, историк, проповедующий слепое и безоговорочное подчинение этим фактам, словно они не были сфабрикованы им самим, не были заранее *избраны* во всех значениях этого слова (а он не может не избирать их), - такой историк может считаться разве что подмастерьем, пусть даже превосходным. Но звания историка он не заслуживает.⁹⁹

«Одно дело- *история*, другое- *писание* истории. Летописцу, который нанизывает один на другой голые факты, мы отказываем в имени историка, а даем его только тому, кто, не довольствуясь простым перечислением исторических событий, умеет показать их внутреннюю связь» рассуждали в 19в. известные романисты.¹⁰⁰ При этом попытка решения исторических проблем средствами, не принадлежащими к арсеналу исторических исследований, конечно же, только наносят вред решению этих проблем.¹⁰¹ Только этим можно объяснить критическое высказывание известного романиста Игеринга, считавшего, что историю римского права лучше писать не юристу, а историку, так как «взгляд историка направляется, прежде всего, не на отдельные юридические отвлечения и формулирования прошедших времен, но на самое содержание их правовой и нравственной жизни во всей ее

⁹⁵ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С3

⁹⁶ Игеринг. Методы разработки истории права// Журнал министерства юстиции. № 11-12. 1867. С244.

⁹⁷ Барг М.А. Структурный анализ в историческом исследовании// вопросы философии,-1964- №10 С86.

⁹⁸ Becker C.K. What are historical facts?// western political quarterly. 1955. Vol. VIII. №3. P. 330,331

⁹⁹ Люсьен Февр. Бои за историю. Изд. «Наука», 1991, м., с70.

¹⁰⁰ Рудольф фон- Иеринг. О задаче и методе истории права// Журнал министерства юстиции. №2. Февраль, 1896. С143.

¹⁰¹ Э.Н. Лооне. Современная философия истории. Изд. «Ээсти раамат», 1980, с71.

совокупности, а потому все эти отвлечения и формулы никогда не могут представиться ему отдельно в их изолированном состоянии».¹⁰²

Однако излишнее увлечение историком теории в виде явной или неявной «подтасовки» исторических фактов также приносит негативные плоды. Характерным примером служит всеобъемливающее использование в недалеком прошлом России классового анализа, который приводил историографа к необходимости рассмотрения проблем исторической науки исключительно с позиций пролетариата, так как «именно этот класс выражает общие интересы всех трудящихся, совпадающие с интересами общественного прогресса, а борьба рабочих с эксплуататорами ведет к освобождению всех трудящихся от ига капитала; партийный подход рабочего класса к истории направлен на всестороннее ее познание; этот класс имеет неискоренимый интерес к теории; в современных же условиях все новые отряды трудящихся фактически переходят на положения пролетариата, что приводит к объективному расширению границ рабочего класса».¹⁰³ Как известно, историческая философия Маркса на место народа ставит избранный класс, являющийся орудием построения бесклассового общества, которому также уготовано наследовать землю. В марксистской философии истории ее законы считаются экономическими, и здесь ставится задача интерпретировать всю историю как результат процесса классовой борьбы за экономическое превосходство.¹⁰⁴

Этот классовый подход нашел свое отражение в определении любого права, в том числе и римского, сформулированного А. Вышинским : «совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и удобных господствующему классу».¹⁰⁵

Апофеозом этого воззрения является следующее высказывание- указание: «историк – марксист должен помнить, что этот закон смены общественных форм требует от него, чтобы он подходил к историческому исследованию как революционер-большевик, а не как реформист»¹⁰⁶. В связи с этим, неудивительно в отношении римского права следующее высказывание в стиле марксистско-ленинской философии: «Римские правовые памятники со своим образным и откровенным языком, не скрывающим следов крови на священных институтах, для революционно- марксистского исследователя дадут неизмеримо богатый материал»¹⁰⁷.

Однако, в универсальности классового принципа заставляют усомниться вовсе не субъективные пристрастия и призывы, а десятилетия мучительного опыта политической практики, поистине *via crucis* государственно-правовой, историко-политической науки.¹⁰⁸ Однако и в настоящее время в литературе признается факт отсутствия в юридической науке единого понимания методологии государства и права, хотя эта категория имеет не только теоретическое, но и практическое значение¹⁰⁹. О.А. Пучков отмечает, что несмотря на тяжелый груз десятилетиями навязываемых архаичных теоретико-правовых положений,

¹⁰² Игеринг. О методе разработки истории права// Журнал министерства юстиции. Октябрь, №10, 1867. С90.

¹⁰³ А.И. Зевелев. Историографическое исследование: методологические аспекты. М. «Высшая школа», 1987. С63.

¹⁰⁴ Поппер Карл Раймунд. Открытое общество и его враги. т1: Чары Платона.-М: Феникс, Международный фонд «Культурная инициатива», 1992. С40.

¹⁰⁵ Вышинский А.// Основные задачи науки советского социалистического права.М., 1938, с37.

¹⁰⁶ А. Мишулин. Марксистско- ленинская теория исторического процесса// Вестник древней истории. 4(5). ОГИЗ СОЦЭЖГИЗ 1938. С5.

¹⁰⁷ П. Стучка. Классовое государство и гражданское право. М. 1924. С23

¹⁰⁸ Темнов Е.И.. О деидеологизации методологических подходов в историко-политических и государственно-правовых исследованиях// Государство и право. №3, 1992. С78.

¹⁰⁹ А.А.Напреенко. Методология и технология познания государства и права/ Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования/ Под ред. А.А. Напреенко. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2001. С9

наука о государстве и праве сейчас развивается. Она освобождается от тех научных конструкций, которые не позволяют объяснить сложные феномены политико-правовой действительности, ищет новые подходы.¹¹⁰

Марксизм в СССР претендовал на решение всех проблем, выявление всех исторических закономерностей, так как «Марксистско-ленинская общая теория государства и права вооружает рабочий класс и все прогрессивное человечество знанием объективных закономерностей развития государства и права, освещает им путь в классовой борьбе, дает им в руки одно из мощных средств революционного преобразования общества на началах социализма и коммунизма»¹¹¹. Такое положение объясняет существование ярко выраженного классового анализа римских правовых ценностей в трудах советских и современных российских историков государства и права, и позволяет сделать следующий вывод: в настоящее время историческая наука рассматривает римское право исключительно как право рабовладельческого Рима в античный период. Подтверждение этому - следующие высказывания, сформулированные и занимающие господствующее положение в научной и учебной литературе.

Устанавливается, что предметом изучения римского частного права является право античного Рима в границах частного права¹¹². Высказывается, что «римское право – это право рабовладельческого общества»¹¹³.

Встречается утверждение, что «термином «римское право» обозначается право античного Рима, право Римского государства рабовладельческой формации»¹¹⁴. Другой современный российский исследователь В.С. Нерсесянц рассматривает римское право в качестве консолидируемой совокупности норм римского частного права, которая регулировала отношения между частными лицами в пределах Римской державы¹¹⁵.

Д.В. Дождев определяет, что предметом курса римского частного права является правовая система, сложившаяся в древнем Риме и регулировавшая отношения между частными лицами в пределах Римской державы¹¹⁶.

А.И. Косарев считает, что право Древнего Рима – одна из ярких и значительных страниц мировой истории¹¹⁷. Соответственно история Римского права представляет нам благоприятную возможность проследить все стадии интенсивно развивавшейся эксплуататорской правовой системы, выявить ее динамическую структуру¹¹⁸. Он также отмечает, что исключительность римского права – результат интенсивного развития общества, его культуры, а также товарно-денежных отношений, приобретших в Римской империи международный характер¹¹⁹.

О.С. Иоффе считал, что «римское право в качестве учебной дисциплины имеет своим предметом право Древнего Рима».¹²⁰

В.А.Савельев оценивает значение римского права через его эксплуататорский характер: «тысячелетняя история римского права представляет уникальную историко-правовую методологическую модель. Она позволяет проследить на конкретном материале

¹¹⁰ Пучков О.А. Теория государства и права: проблемы и перспективы// Известия высших учебных заведений. «Правоведение». 6(239). С7.

¹¹¹ Общая теория государства и права. Т1. Изд. ЛГУ, 1968. С19-20

¹¹² Хутыз М.Х. Римское частное право. 1994. с5.

¹¹³ Подопригора А.А. Основы римского гражданского права: Учебн. Пособие, К. Высша шк., 1990. с-9.

¹¹⁴ Новицкий И.Б. Римское право. Изд. 5-е, стереотипное, М., 1994 С6.

¹¹⁵ Предисловие В.С. Нерсесянца. Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под ред. члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсесянца.-М.: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1996 сIX.

¹¹⁶ Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под ред. члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсесянца.-М.: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1996; С1.

¹¹⁷ Косарев А.И. Раннеримское право. Учебное пособие. Калинин. 1977г. с3

¹¹⁸ Косарев А.И. Римское право. М. Юр.лит. 1986г С7.

¹¹⁹ Косарев А.И. Римское частное право. Учебник для вузов.-М.: закон и право, ЮНИТИ, 1998., С8.

¹²⁰ Иоффе О.С., Мусин В.А.. Основы римского гражданского права. 1974г. С3.

сложные процессы становления и развития основных черт права эксплуататорского общества»¹²¹.

З.М. Черниловский подчеркивал исторический характер римского права: «Римское право, как и римская республиканская государственность, принадлежит к тем вековечным культурным, политическим и юридическим ценностям, которые явились на свет в нашем общем европейском доме около двух с половиной тысяч лет тому назад»¹²².

В современной литературе отмечается, что «Римское право - одно из величайших достижений прошлого. По внутреннему совершенству, последовательности и законченности теоретической мысли оно может быть лучшим введением в теорию права».¹²³

Данная позиция характерна и для стран советского и постсоветского лагеря, в котором происходила рецепция, как из области идеологии, так и из правовой доктрины СССР. Чешский специалист М. Бартошек рассматривает римское право с позиций классового анализа: « В мировой романистической литературе существует несколько энциклопедических трудов по римскому праву, но ни один из них не удовлетворяет требованиям социалистической науки. ... Классовые интересы заставляют буржуазных романистов сосредоточивать основное внимание на области частного права. Для марксистской же науки это неприемлемо, так как любое явление она изучает во всей его целостности; соответственно и римское право можно полностью понять только при комплексном подходе по всем его составным частям».¹²⁴

Как мы видим, повсеместно исследователи опираются исключительно на рабовладельческий, эксплуататорский, даже языческий характер римского права. В связи с выявленной тенденцией, представляется излишне оптимистично звучащее высказывание о том, что современная наука отказалась от односторонне-критического отношения к теориям прошлого и оценивать их только с точки зрения узкоклассового содержания и что с уверенностью можно заявить, что гипноз, под которым находилась юриспруденция, кончился.¹²⁵

До Великой Социалистической Октябрьской Революции подход цивилистов 19в. не был так однозначен как в СССР, и в современной Российской Федерации. Римское право предлагалось рассматривать с позиций исторического подхода *как в тесном так и в обширном виде*. При этом исследователями констатировалось необходимость сведения изучения римского права к византийской компиляции: «римское право, принимаемое в таком объеме как совокупность юридических норм, действовавших в Римском государстве с момента появления его на историческом поприще, до его падения, и будет римское право в обширном смысле. Но обыкновенно никогда римское право не излагается в таком объеме. Если иногда и читаются лекции права, действовавшего в Византийской империи, то они читаются не на кафедре Римского права, а как специальный курс под именем права греко-римского или византийского. Византийское право, как дисциплина или наука ограничивается рассмотрением права, действовавшего в Римском государстве, за меньший период времени; она игнорирует целых IX веков, в течение которых римское право претерпевало различные фазисы своего развития под влиянием восточных народов; она подвергает своему исследованию лишь право, имевшее свою силу с половины VIII ст. до Р.Хр., т.е. с момента основания города Рима, до существования Юстиниана, до половины VI века по Р.Х. (365г). Римское право, принимаемое в таком объеме будет иметь тесный смысл»¹²⁶.

¹²¹ Савельев В.А. История римского частного права (древнейший и предклассический периоды). Учебное пособие. М. 1986г. С3.

¹²² Черниловский З.М. Римское частное право: Элементарный курс.-М.: Новый юрист, 1997 С5.

¹²³ Саллогубова Е.В. Римский гражданский процесс. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С7.

¹²⁴ Бартошек М. Римское право: (понятие, термины, определения): пер. с чешск., М., Юридическая литература, 1989г. С15.

¹²⁵ Ерофеев С.И. К вопросу о происхождении государства (онтология и аксиология некоторых концепций) / Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования/ Под ред. А.А. Напренко. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2001. С19,23.

¹²⁶ Дорн. История римского права. Лекции. 1878/9г. с7.

Параграф 3. ПРОБЛЕМЫ ХРОНОЛОГИИ РИМСКОГО ПРАВА.

Возвращаясь к античному периоду развития римского права, необходимо отметить, что историческая наука основывается на измерении временем, так как «факт считается историческим, если он может быть определен не только в пространстве, но и во времени»¹²⁷. Важнейшей особенностью исторического исследования является изучение соответствующих событий в строгой хронологической последовательности.¹²⁸

Исторический способ определяет различные этапы развития римского права. Перечислим наиболее распространенные этапы:

- первый период- период древнеримского патрицианско-плебейского государства и древнего римского права-jus civile (от возникновения римского государства до установления магистратуры peregrinского претора- от 754 до 242 года до н.э.);

- второй период- период классического рабовладельческого государства и преторского или классического римского права (от установления магистратуры peregrinских преторов до эдикта императора Каракаллы- от 242 года до н.э. до 212 года н.э.);

- Третий период- период централизованно-бюрократической и абсолютной империи и единого императорского римского права, или постклассического права (от эдикта Каракаллы до падения Западной римской империи или до смерти Юстиниана- от 212 до 476 или 565 года н.э.)¹²⁹.

Покровский И.А. выделял также три этапа: Квиригское право; преторское право; постклассическое право.¹³⁰ Перетерский И.С. выделял лишь два этапа: 1) древнейший период; 2) период расцвета и упадка¹³¹.

Рассматривая существующие в российской исторической науке системы этапов развития римского права, Е.О. Харитонов весьма правильно отмечает, что ни одна из предложенных классификаций не может быть признана в полной мере учитывающей особенности и суть частного права как феномена культуры Древнего Рима.¹³² Относясь критически к общей периодизации развития римского права, исследователями с сожалением отмечается факт, что « в долгий промежуток времени от XII таблиц и до Юстиниана мы не можем указать ни одного года, даже ни одного периода в 50 или в 100 лет, который был бы нормальным пунктом для всех институтов. Для одних известный год будет выбран удовлетворительно, но для других он окажется то преждевременным, то запоздалым»¹³³. Эту точку зрения подтверждал и Я. Литауэр, считавший, что определить, где начинается это право и где оно кончается, нельзя; границы его неуловимы- и это составляет характеристическую черту этого права не только в его первоначальном, но и в позднейшем виде.¹³⁴

Однако большинство исследователей игнорируют конкретное определение исторических периодов возникновения, развития, исчезновения правовых институтов. Этот факт подтверждают вышеприведенные определения содержания римского права,

¹²⁷ Э. Биккерман. Хронология древнего мира: Ближний Восток и античность. Наука. М., 1975.

¹²⁸ А.В. А.В. Санцевич. Методика исторического исследования. 2 изд., перераб, дополн., Киев, Наукова Думка.1990 С38.

¹²⁹ Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник). Пер. с македонского д.ю.н. проф. В.А. Томсинова и Ю.В. Филиппова/ Под ред. проф. В.А. Томсинова.-М.: Издательство ЗЕРЦАЛО, 1999. с5.

¹³⁰ Покровский И.А. История римского права. Петроград, 1915., с331-379.

¹³¹ Перетерский И.С. Всеобщая история государства и права. Ч.1. Древнейший мир. В.2. Древний Рим. М. 1948. С6

¹³² Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс. Ростов-на –Дону, 1999г. С34.

¹³³ Игеринг. Методы разработки истории права// Журнал министерства юстиции. № 11-12. 1867. С251

¹³⁴ Литауэр. Я. Общепризнанное гражданское право в Древнем Риме// Юридический вестник. ТХІ. Книги 3 и 4. (июлю-август). М. 1892. С377.

игнорирующие временные, хронологические рамки. В связи с выявленной тенденцией, более объективными с позиций исторической науки являются следующие определения содержания римского права: «предметом римского права являются институты имущественного права периода первых трех веков н.э. и абсолютной монархии с конца IIIв. до середины VI н.э. включительно»;¹³⁵; «Под термином «римское право» (*jus Romanorum*, *jus romanum*) понимается правовой порядок, существовавший в римском государстве от основания Рима (753 или 754г. до н.э.) до смерти императора Юстиниана (565г.н.э.)»¹³⁶, «настоящий учебник посвящен римскому частному праву периода его наибольшего развития (начиная с 1в. н.э.). ... В силу исторических судеб римского права, сделавших его одним из факторов развития гражданского права, римское право должно быть знакомо каждому образованному юристу»¹³⁷.

Отмечается, что датировка событий древности, получаемые историками с помощью своих методов, всегда относительна. Историки должны протянуть между двумя событиями, зачастую разделенными многими веками, непрерывную цепочку промежуточных событий, в которой каждое последующее цепляется за предыдущее. Суммарная продолжительность всех звеньев этой цепочки и дает интервал времени между двумя отдельными событиями. Для плохо документированных периодов истории (ранний Вавилон, ранний Рим, раннее средневековье) нет никакой уверенности в правильности и непрерывности конструируемой цепочки события»¹³⁸.

Кроме того, обозначение определенных периодов, которые используются исторической наукой, также относительно условны. Ярким примером этому применение термина «Средние века», употреблявшегося с XVIIв. в целях изучения латинской литературы. Этим термином знаменитый французский филолог Du Cange (1671г.) определял период от времени римских императоров Антонинов (IIв. до н.э.) до возрождения наук (XVв.). В исторической литературе этот термин впервые использовался германским ученым Келлером (1634-1707). Он определял древнюю историю до времен Константина Великого, средневековую до взятия Константинополя турками (1453г.), а затем начинает новую историю. Исследователями отмечается, что по настоящий момент, скольконибудь однородно-отраженного исторического образа термин «средневековье» как термин для деления всемирной истории не представляет: в нем нет объединенного содержания. «Оно наполняется как большой, но не прибранный ящик весьма разнообразными культурными типами. Мы открываем здесь - варварские королевства и феодальные союзы германо-романского мира, византийскую империю, арабскую цивилизацию и другие разновидности ислама, славянство в племенном быту. Московское царство, татарские и турецкую военные державы. Все это- мало похоже одно на другое; все это развивается не параллельно, взаимодействует не равномерно, между всем этим нет общей связи. Перегородки средневекового периода сколачивают все это насильственно, впихивая одно в середину, у другого обрубая начало, в третьем сдавливая концы»¹³⁹.

Рассуждая о хронологии римских правовых древностей, ученые-историки впадают в определенную крайность, когда осуществляют попытки определить первичность правовых институтов. По вполне объективным причинам, такая категоричность не всегда оправдана и обусловлена невозможностью обособить римское право определенной исторической эпохи от, например, вавилонского, иудейского, персидского и т.д. права этого же периода. Как правильно отмечается исследователями: «... история –это предмет науки, а не веры. В

¹³⁵ Смирнова Н.Н. Римское право: конспект лекций.-СПб.: Изд-во Михайлова В.А., 2000.-80с С-5.

¹³⁶ Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна. Римское право (базовый учебник). Пер. с македонского д.ю.н. проф. В.А. Томсинова и Ю.В. Филиппова/ Под ред. проф. В.А. Томсинова.-М.: Издательство ЗЕРЦАЛО, 1999 с1.

¹³⁷ Римское частное право: Учебник/ под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского.-М.: Юрист, 1999. С3.

¹³⁸ Ю.Н. Ефремов, Ю.А. Завенягин. О так называемой «новой хронологии» А.Т. Фоменко// Вестник Российской Академии наук. Научный и общественно-политический журнал. Т.69., №12. 1999г. С1081

¹³⁹ Предисловие И. Гревса. Генрих Эйкен. История и система средневекового мирозерцания.С-Петербург, 1907.СV

науке любое утверждение необходимо ДОКАЗЫВАТЬ. Или, по крайней мере, обосновывать»¹⁴⁰. В этом контексте уместно замечание С.М. Соловьева при рассмотрении различных принципов периодизации русской истории: «... в истории ничто не оканчивается вдруг и ничто не начинается вдруг; новое начинается в то время, когда старое продолжается»¹⁴¹. В контексте выявленной тенденции, представляется ошибочным суждение Д.И. Степанова, считающего, что договор возмездного оказания услуг относится к тем древнейшим институтам частного права, истоки которого можно найти в преклассическом римском праве¹⁴². Эти истоки можно найти на любом этапе развития римского права. Тем более, что сам Д.И. Степанов считает, что в римском праве «отсутствовало развитое понимание сущности услуг, развернутое определение их понятия».¹⁴³

В основу периодизации развития положений римского права может быть положен любой способ, любая философская система. Но историческая наука в этом направлении строго придерживается диалектического метода, сформулированного, активно использовавшегося и используемого в настоящее время - от низшего к высшему. В связи с этим типичным является замечание А. Мишулина, сделанного им в 1938г.: «Ясен и вопрос о периодизации древней истории. В буржуазной науке на этот счет царит полная путаница... В основе нашей периодизации лежит принцип развития социально-экономических формаций. Рабовладельческие общества должны составлять основное содержание нашей серии, причем хронологические рамки будут простираться от первобытного общества и до ликвидации рабовладельческих обществ в связи с революцией рабов и Римской империи кельтскими, германскими и др. варварами».¹⁴⁴

Необходимо отметить, что сформировавшаяся и получившая в России и за ее пределами широкую известность нетрадиционная математико-историческая школа, основываясь на предположении об ошибочном хронологическом исчислении истории, в лице М.М. Постникова обоснованно считает римское право отнюдь не правом античного народа, а изобретением человечества в более поздний период. (Данная точка зрения поддерживается всеми сторонниками этого направления, напр., Г.В. Носовский, А.Т. Фоменко. Новая хронология и концепция древней истории Руси, Англии и Рима. Факты, статистика, гипотезы. Изд.2, испр. и доп.-М.: Издат. Отдел УНЦ ДО МГУ, 1996.; Валянский С.И., Калужный Д.В. Тьма горьких истин... Русь. Хронотрон. Версии мировой истории).-М.: КРАФТ+ ЛЕАН, 1998; О графе Гомере, крестоносце Батые и знаке зверя.-М.: ЛЕАН, 1998 и т.д.).

Воззрения этой новой школы встречает суровый отпор со стороны представителей академической науки. Последние клеймят ее славой Герострата, охарактеризовывая в качестве злокачественного явления¹⁴⁵, и даже призывают руководство РАН и МГУ свершить «суд чести» над А.Т. Фоменко за «пропаганду плодов систематизированного бреда».¹⁴⁶ В настоящее время выпускается сборник под характерным названием «Антифоменковская мозаика» серии «АНТИФОМНКО», который свое название получил по

¹⁴⁰ с319. Носовский Г.В., Фоменко А.Т. Библейская Русь. Русско-ордынская империя и Библия. Новая математическая хронология древности. Т2

¹⁴¹ Соловьев С.М. История России. Кн. II. т. IV. с635.

¹⁴² Степанов Д.И. Зарождение и развитие услуг в римском частном праве// Журнал российского права. №3. 2001. «Норма», М. с148.

¹⁴³ Степанов Д.И. Зарождение и развитие услуг в римском частном праве// Журнал российского права. №3. 2001. «Норма», М. с148

¹⁴⁴ А. Мишулин. За передовую науку древней истории// Вестник древней истории. №2 (3), 1938. ОГИЗ, с15.

¹⁴⁵ Вестник Российской Академии наук. Научный и общественно-политический журнал. Т.69., №12. 1999г. С1082

¹⁴⁶ Ю.Н. Ефремов. Конец «новой хронологии»// Вестник Российской Академии наук. Т70, №9, 2000. С802.

разделу, содержащему пародийные и юмористические работы с критикой «новой хронологии»¹⁴⁷.

Однако основная заслуга критикуемых ученых и их учения - это обновление, обогащение, популяризация закостеневшей российской исторической науки. Той науки, которая не интересуется жизнью общественности, а существует исключительно только для себя. При этом, современными учеными справедливо отмечается в отношении теории государства и права тенденция к многообразию суждений, что является положительным явлением. Так, О.А. Пучков отмечает, что в результате того, что каждый ученый-теоретик государства и права стремится привнести что-то свое в науку, интерпретирует объект исследования по-своему, для науки теории государства и права в настоящее время характерны намечающееся разнообразие подходов и, как следствие, фрагментарность и пестрота отраженная социальной реальности- государства и права. В целом этот факт следует оценить положительно¹⁴⁸. Следовательно, если во Всеобщей истории государства и права нет многообразия мнений, то налицо застойные явления в этой науке.

Исследователи традиционно, при рассмотрении хронологии развития римских правовых древностей, замечают, что 3 век связан с кризисом римской юриспруденции. Так, например, В.С. Нерсесянц отмечает, что «со второй половины III в. намечается упадок римской юриспруденции, в значительной мере связанный с тем, что приобретение императорами законодательной власти прекратило правотворческую деятельность юристов»¹⁴⁹. М.М. Борисевич считает, что уже «в третьем периоде истории римского частного права - постклассическом (конец IIIв.- VIв. н.э.)- были исчерпаны творческие потенции римского права»¹⁵⁰. Однако исследователями не уточняется, что под такими «потенциями» имеется в виду. Если предполагается, что право рабовладельческого периода постоянно развивалось и обогащалось новыми правовыми институтами, то это глубочайшая ошибка. Так как главнейшие правовые институты гражданского права дошли до нас в неизменном виде через горнило тысячелетий. И в этом заключается консервативность частного и живучесть римского права. По всей видимости, все эти правовые институты возникают с момента возникновения человечества. Если же речь идет о философском наполнении этих правовых институтов. То издаться нельзя согласиться с г-м Борисевичем, так как даже если философское осмысление правовых институтов не сохранилось до настоящего времени, это не означает, что его не было.

Типичные взгляды высказывались представителями ученого мира уже давно. Так, Паделетти Г. считал, что первые шесть веков города Рима составляют в его истории самое содержательное время, так как следующие за ними периоды в действительности не представляют ничего нового; они только продолжали начатое прежними поколениями дело и жили за счет оставленного им блестящего наследства.¹⁵¹

К.А. Митюков считал, что «историческим пределом собственно римского права считают царствование императора Юстиниана. В это время прекратилось вполне движение римского права вперед».¹⁵²

Стремление изучать «чистое римское право», исключительно исторический подход к изучению римского права, не понимание истинного смысла феномена римского права приводит к стойкому стремлению многих исследователей античного римского права ограничиться довизантийским периодом. Эту тенденцию в литературе отмечали еще в 19в.: «Прогрессивное развитие римского права заканчивается в половине III в. по Р.Х. В этом веке прекращается деятельность классических юристов. Вместе с тем говорят, что и римское право дальше не идет. И вот почему: в дальнейшей истории стройная система

¹⁴⁷ Антифоменковская мозаика-2. «Новая хронология» – это серьезно?! Под ред. И.А. Настенко.- М.:SPSL- «русская панорама», 2001.- 264с., илл., табл.,-(серия «Антифоменко»).

¹⁴⁸ Пучков О.А. Теория государства и права: проблемы и перспективы// Известия высших учебных заведений. «Правоведение» 2001. Санкт-Петербург, 6(239). С7.

¹⁴⁹ В.С. Нерсесянц. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. Изд. Группа НОРМА-ИНФРА*М, М., 1999. с105

¹⁵⁰ С-5. Борисевич М.М. Римское гражданское право. Учебн. Пособие. М. Изд. МНЭПУ, 1995г.

¹⁵¹ Гвидо Паделетти. Учебник истории римского права. Одесса. 1883. С5.

¹⁵² Митюков. К.А. Курс римского права. Изд.2. Киев. 1902. С1.

римского права подвергается в Византийской империи сильному влиянию элементов, чуждых римскому праву... Между тем, западная римская империя существовала еще 2 века, а восточная – более 1000 лет (1453г)¹⁵³. Соответственно, римское право стало развиваясь, наполняться новым, не свойственным ему содержанием.

Однако исследователи, ограничиваясь хронологией исключительно права Древнего Рима, сильно лукавят, «забывая» общеизвестный факт, что «римское право, в том виде, в каком оно вошло в организм западных государств, уже носило на себе печать жизни неримский, византийский»¹⁵⁴. Это римское право, кодифицированное византийцами в VIв. оставалось действующим правом во все века существования империи¹⁵⁵.

Исключением служит позиция доктора юридических наук Божидара Трифунова Митровича. Он пишет по поводу своей работы, вышедшей в 1991г. под названием «Рекламации в международной торговле», что ее выпуск обозначил возврат в бывшем СССР к классическому римско-византийскому праву как современному праву, которое представляло одну из истинных основ греко-римской и современной цивилизаций¹⁵⁶. Однако, к сожалению, помимо вышеозвученного громкого лозунга, работа не содержит какого-либо научного рассуждения о римском, либо византийском праве. В силу означенной тенденции, актуальными и для современной российской юридической науки является приводимое Н.Безобразовым выражение в отношении изучения византийской истории: « печально запущенное поприще»¹⁵⁷.

С другой стороны, некоторые российские ученые, игнорируя историческую подплеку становления науки римского права, в целях его «действительной чистоты» предлагают вообще отказаться от изучения византийской компиляции императора Юстиниана, так как «несмотря на все заслуги императора Юстиниана в этой сфере «право Юстиниана» нельзя считать этапом развития римского права уже хотя бы потому, что Рим как государство, как явление мировой истории прекратил свое существование в Vв. с падением Западной Римской империи. ... В связи с этим представляется некорректным признание существования действующего права после уничтожения государства. После падения Рима римское право сохраняется как феномен культуры и даже может совершенствоваться в этом качестве. Но как собственно «действующее право» свое существование прекращает одновременно с государством и реанимировано может быть только путем рецепции»¹⁵⁸.

Однако такое широко распространенное мнение свидетельствует о вышеупомянутом стремлении изучать античное римское право исключительно ради его самого, не принимая во внимание, что мировое значение получила именно Юстиниановская компиляция, которая, конечно же, не представляет собой точную копию древнеримского гражданского права. Исследователями отмечается, что Юстиниан и его сотрудники вовсе не имели в виду составить историю римского гражданского права: они, напротив, неоднократно обнаруживали стремление удалить из законодательных источников все остатки классического права, не имевшие практического значения и утратившие свою жизненность в круговороте продолжительного исторического процесса¹⁵⁹. Отмечается, что уже Юстинианово законодательство внесло в римское право столько чуждых ему исторических понятий, столько сделало для сглаживания исторических особенностей его развития, приспособив к новому политическим и административным порядкам, что отчасти можно согласиться с выводом о том, что оно «само есть уже

¹⁵³ В.В. Ефимов. Лекции истории римского права. С-Петербург, 1891. С24-25

¹⁵⁴ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С3.

¹⁵⁵ М.А. Поляковская, А.А. Чеканова. Византия: быт и нравы. Изд. Уральского университета, 1989г. с31.

¹⁵⁶ Божидар Трифунов МИТРОВИЧ. Рекламационное право и рекламации по нарушениям контрактов: Пер. с сербского.-Москва, Божидар Т. Митрович, 1997. СХ

¹⁵⁷ Н. Безобразов. Е.А. Черноусов. Страница из культурной истории Византии. Харьков. 1913.// Журнал министерства народного просвещения. Ноябрь, Санкт-Петербург, 1913. С207.

¹⁵⁸ Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс. Ростов-на-Дону, 1999г с6.

¹⁵⁹ П.Е. Соколовский. Договор товарищества по римскому гражданскому праву. С1.

явление греко-римского права»¹⁶⁰. В связи с этим, представляется достаточно упрощенным вывод В.С. Нерсисянца о том, что «в плане истории юриспруденции особого внимания заслуживает то обстоятельство, что именно собрание текстов римских юристов обеспечило кодификации Юстиниана то выдающееся место, которое она занимает в развитии права и правовой мысли»¹⁶¹.

При всем этом виднейшими представителями русской науки 19в. был высказан призыв к научному миру приложить все усилия в изучении греко-римского права, «так как необходимость взяться за развитие науки византийского права именно русскими учеными обуславливается не только громадным значением для истории и догмы русского права изучения истории и законодательства того народа, который дал нам христианство и сложил под его влиянием и помимо того, чисто внешним образом массу правовых воззрений, изучение которых в их источнике могло бы предохранить от навязывания культурно чуждых нам систем, выработанных на началах чисто римского права- но и в том, что русский ученый обладает сравнительно большими источниками древне-русского права, канонического права, имея в будущем развитие изучения славянских законов, уже владея несколькими трудами по армянскому, грузинскому и т.п. правами».¹⁶² Призыв этот явственно, к сожалению, был услышан только историками. Причем вплоть до Второй мировой войны в силу идеологических воззрений, древности Византии в СССР лучше было изучать в составе таких разделов истории, которые являлись менее подозрительными с идеологической точки зрения: например, как часть поздней античности; истории строительства и ремесла; памятников «эпохи переселения народов»; как раздел культуры отдельных этносов и территорий в составе СССР. Эта политическая ситуация в известной степени изменилась после 1945г., особенно со второй половины 1950-х гг. Победа в Великой Отечественной войне и образование «социалистического лагеря» оживили «имперские настроения» СССР, все более видевшего себя наследником Российской империи и продолжателем ее дела (а значит, до известной степени, и наследником Византии). Она предполагала известную потребность в изучении изначальных связей Руси с Константинополем и особенно южнославянским, балканским миром; необходимость укреплять научные контакты ученых стран «содружества», а следовательно- либерализацию в отношении к византийским древностям.¹⁶³

Параграф4. Система римского частного права.

Теория римского права, основываясь на системе римского права, классифицирует право по своему характеру на две части: публичное (*ius publicum*) и частное (*ius privatum*). Создателем описываемой градации традиционно признается римский юрист Ульпиан. В ее основу им положен условный характер интересов, регулируемых и защищаемых юридическими нормами. Так, юридические нормы, регулирующие государственные интересы, составляют публичное право. По мнению римских юристов «правом публичным будет то, которое касается интересов Римского государства». Оно определяет порядок устройства и управления государством. Публичное римское право включало в себя святыни (*sacra*), служение жрецов, положение магистратов и исключало всякое вмешательство со стороны третьих лиц. Теорией римского права сформулировано следующее правило: «*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*»- публичное право не может быть отменено соглашениями частных лиц. Д.2.XIV.38.¹⁶⁴

Характер публичного права в науке римского права в принципе является неизменным. Его содержание включает в себя конституционное право, административное право, финансовое право, уголовное право, земельное, таможенное и т.д. Однако,

¹⁶⁰ Д. Азаревич. История византийского права. Т1. Ч.1. Ярославль. 1876.СVIII

¹⁶¹ В.С. Нерсисянц. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов.-М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА*М, 1999. С106

¹⁶² Д. Азаревич. История византийского права. Т1. Ч.1. Ярославль. 1876.СIX-X.

¹⁶³ Беляев Л.А. Христианские древности: Введение в сравнительное изучение.-СПб.: Алетей, 2000. С214-215.

¹⁶⁴ Д.2.XIV.38.

несмотря на конкретную границу размежевания публичного права от частного, их содержание иногда носит смешанный характер, а иногда некоторые институты переходят из частного права в публичное и наоборот. Это закономерное явление можем проследить на следующем примере: «Причин, затрудняющих процесс разделения гражданских неправд от уголовных правонарушений, много. Они заключаются в том, что при гражданской и уголовной неправде воззрения молодого общества исходят из точки зрения личной обиды. Вор ли обкрадывает меня, или должник не платит занятых у меня денег, оба они, нарушая мое имущественное право, в то же время оскорбляют мою личность. Живучести, продолжительности этого воззрения на гражданское правонарушение, как на личную обиду, способствует, с одной стороны, то что в тогдашнее время собственность была плотью и кровью собственника и потому –то так безразлично личные преступления выкупались деньгами, а нарушения имущественных прав подвергались личным наказаниям; с другой – то, что в правонарушении главнейшим моментом, в глазах тогдашнего общества, является не нарушение частного права, а нарушение обычной, не материальный вред, причиненный обиженному, а безнравственность преступника».¹⁶⁵

В силу исторических причин публичное право не включается предмет науки римского права. Помимо публичных, в государстве постоянно существуют интересы, носителем которых признавались непосредственно частные лица. Совокупность таких юридических норм, регулирующих деятельность частных лиц в гражданских правоотношениях, составляет частное или гражданское право, так как согласно институтам Юстиниана, «...частным - будет то, которое касается интересов отдельных лиц».¹⁶⁶

Характерный пример соотношения частного и публичного права приводит Папиниан: « Между должником и кредитором было заключено соглашение о том, что на кредитора не возлагаются налоги с заложенного участка, но к должнику относится необходимость их уплаты. Я ответил, что такое соглашение не может быть признано, поскольку оно касается фиска: ибо договорами частных лиц не могут быть подрываемы постановления фискального права».¹⁶⁷

Однако в отношении этой классификации Ульпиана, исследователями отмечалось, что совпадение новой юриспруденции с римской ограничивается только общностью внешней формулы, данной ему римским юристом, тогда как практическое значение этой формулы в юриспруденции и проведение ее в юридической жизни у Римлян и у новых народов были совершенно различны. Слова Ульпиана содержат в себе не более, как неправильное обобщение римской теории права, не оказавшее никакого влияния ни на теоретическое построение институтов гражданского права, ни на применение их в жизни.¹⁶⁸

Окончательное разделение права на частное и публичное, с его дальнейшей градацией на соответствующие отрасли и непосредственно современным философским осмыслением, проявилось в эпоху Просвещения 18в. и нашло свое законодательное отражение с периода Французской революции.

В настоящее время данная классификация права стабильно теряет свое непосредственное практическое значение. « Для нас все, что относится к экономике, является предметом публичного, а не частного права»- пророчески устанавливал тенденцию развития экономики В.И.Ленин в молодой Советской республике. Она отразила характерную особенность развития права не только в Советском государстве, но и во всем мире и продолжает свое динамичное развитие в настоящее время. Это положение объясняется усложнением хозяйственной жизни общества, появлением новых факторов в

¹⁶⁵ А. Чебышев-Дмитриев. О преступном действии по русскому до-петровскому праву// Ученые записки Казанского университета. В1. Казань. 1862. С79.

¹⁶⁶ Инс. Юст. 1. 1.4.

¹⁶⁷ Д.2. XIV.42.

¹⁶⁸ Ю. Гамбаров. Общественный интерес в гражданском праве// Юридический вестник. Май. 1879.С677.

экономике. «Развитие хозяйственной функции государства, расширение его предпринимательской деятельности, разнообразные ограничения права частной собственности и свободы договора- все те явления, которые присущи западной экономике во второй половине XXв.,- безмерно усложнили и без того неразрешимую для западного правоведения проблему разграничения публичного и частного права»: справедливо отмечал известный российский исследователь М.И. Кулагин.¹⁶⁹

О возможности классификации права в советский период развития на частное и публичное высказывались и некоторые советские ученые, руководствуясь выступающими на первый план общественными и личными интересами¹⁷⁰. Однако, в принципе, сама классификация рассматривалась с позиций классовости. Так, известный советский цивилист О.С. Иоффе считал, что «подлинная причина деления буржуазного права на публичное и частное заключается в существующих при капитализме и обусловленных частнокапиталистической собственностью противоречия между индивидом и коллективом, которые проявляются в отношениях с представителями не только угнетенного, но и господствующего класса».¹⁷¹

В силу рецепции социалистической доктрины цивилистики странами социалистического лагеря, их представителями высказывались схожие мнения. Так, Любен Васильев определял, что деление капиталистической правовой системы на два противоположных раздела- частное право и публичное право- является юридическим выражением раскола между государством как политической организацией и гражданским обществом, как об этом говорит Маркс».¹⁷²

Необходимо отметить постоянную историческую тенденцию превалирования публичного права над частным. Так, даже в историческом римском праве находилось место для вмешательства права публичного в частное. Соответственно государственная власть вмешивалась в частную сферу:

- в целях защиты интересов слабой стороны в договоре, которая выступала продавцом в силу стечения тяжелых обстоятельств;
- в отношении должников, которые в ожидании конкурсного производства спешно распродавали свое имущество, для того, чтобы оно не попало в конкурсную массу;
- в отношении договоров, которые были направлены в ущерб правопорядку и общественным нравам.

Ученый мир постоянно пытается найти приемлимый компромисс между гармоничным соотношением публичного и частного права. Более того, некоторыми учеными даже подчеркивается благотворность влияния публичного права на частное, например, в области прав человека. По мнению С.С. Алексеева, начиная с 1950 – 1960гг. «есть весомые основания полагать, что именно юридически «возвысившиеся» права человека резко подняли и гражданско-правовой статус личности, дали новые юридически надежные импульсы к активности и творчеству, правовой обеспеченности его частных отношений, юридической защищенности коммерческих дел и их результатов. Иными словами, они привели к тому, что гражданские кодексы последнего времени и могут быть обозначены в качестве гражданских законов «нового поколения»- законов, где сила гражданских законов,

¹⁶⁹ М. И. Кулагин. Избранные труды. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997,- с.330.

¹⁷⁰ С-86. Братусь С. О предмете советского гражданского права. –Советское государство и право, 1940, №11.

¹⁷¹ Иоффе О.С. Советское гражданское право. Изд. Юридическая литература, М., 1967. С33.

¹⁷² Любен Васильев. Гражданское право народной республики Болгарии. Общая часть. Изд. Третье, перераб. и доп. Гос. Издат. Юридическая литература, М. 1958. С16.

основанных на частном праве, соединилась с силой прав человека, которые обрели непосредственное и приоритетное юридическое действие».¹⁷³

Но, даже если и можно найти некоторую позитивность такого влияния, частное право, как уже отмечалось, стабильно теряет свой самостоятельный характер. В связи с чем, многими российскими учеными, при оценке характера Гражданского права, вольно или невольно подчеркивается, что «несмотря на явное намерение разработчиков Гражданского кодекса минимизировать включение в него положений, учитывающих публичный интерес, их замысел не осуществился. Действующее гражданское законодательство содержит множество норм, направленных на учет и обеспечение публичных интересов, конкуренции. Таким образом, гражданское законодательство не может не включать норм, направленных на учет и обеспечение публичных интересов. Поэтому говорить только о частном характере гражданского права представляется ошибочным. ... Гражданское законодательство имеет частно - публичную направленность».¹⁷⁴

По мнению римского ученого Ульпиана, частное право, в свою очередь, подразделяется на три части, «так как оно составляется либо из естественных предписаний, либо из предписаний народов, либо из гражданских предписаний». Таким образом, историческое римское право состоит из естественного, гражданского права и права народов.

Естественное право (*ius naturale*), по воззрению теории римского права, представляет собой право общее для всего животного мира, «*quod natura omnia animalia docuit*»- право, которое природа внушила всем животным существам. Оно «... присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам; сюда относится сочетание мужчины и женщины, которые мы называем браком, сюда же рождение детей, мы видим, что животные, даже дикие, обладают знанием этого». Учеными на протяжении веков велась дискуссия о происхождении этого фрагмента. Своеобразное суждение по этому поводу, основанное на философии современного человека было высказано в 19в.: « Когда мы читаем, что Пифагор или Эмпедокл проповедовывали общение права между людьми и животными, это не должно особенно удивлять нас: греческая философия всегда стояла далеко от практической жизни и потому легко могла создать какую-нибудь фантастическую юридическую теорию. Но что бы это сделал римский юрист, который прежде всего был практик с головы до ног, чтобы это сделал притом такой юрист как Ульпиан, который был не только знатоком практического права, но и государственным человеком, имевшим полнейшую возможность познать всю тщету отвлеченных теорий, не связан с потребностями действительной жизни,- такое предположение в высшей степени невероятно. Поэтому, пока есть возможность толковать слова Ульпиана иначе, мы не должны понимать их иначе».¹⁷⁵ Конечно же, является не вполне верным вкладывание современных рассуждений в уста античного человека.

Естественное право занимало привилегированное положение по отношению ко всем остальным отраслям системы: *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest* – государственные соображения не могут опорочить естественного права. (Д.8,5,4). Соответственно, в случае коллизии с другими отраслями права, естественное право обладает высшей юридической силой в связи со своим характером. Но человечеством в ходе своего исторического развития были выработаны определенные его ограничения. Об одном таком отзывалась Императрица Екатерина II, которая считала, что «есть случаи, в которых правом гражданским можно умерить естественное право: например, отцу, который хочет убить свое дитя, гражданские законы в том препятствуют».¹⁷⁶

¹⁷³ С-17. Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху.- М.: Юрайт, 1999.-40с.

¹⁷⁴ Е. Богданов. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве.// Российская юстиция, №4, 2000г.

¹⁷⁵ Боголепов Н. Значение общенародного гражданского права (*ius gentium*) в римской классической юриспруденции. М. 1876. С50-51.

¹⁷⁶ Наказ императрицы Екатерины II, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения. Под ред. Н.Д. Чечулина, Санкт-Петербург, 1907г . С170.

Историческую позитивность естественного права охарактеризовал русский ученый Покровский, который справедливо считал, что данное учение не только способствовало развитию натуралистической методики разработки права, но и позитивно повлияло на содержание права. Кроме того, оно внедрило в умы юристов представление о том, что всякое право составляет единое целое, проникнутое известными общими принципами. В связи с этим, возникла тенденция привести все положительное право в стройную систему институтов, стоящих между собой в единой логической связи.¹⁷⁷

Рассматриваемое учение нашло свое отражение в принципе естественности права. «Естественное право- то же, что правда: оно обнимает в себе всю совокупность тех нравственных требований, в силу которых мы подчиняемся или не подчиняемся тому или другому внешнему правовому авторитету: оно заключает в себе всю совокупность тех нравственных норм, в коих всякий авторитет, всякая человеческая власть и всякое вообще позитивное право находит себе оправдание и осуждение»- отмечал Е.Н. Трубецкой.¹⁷⁸

Несмотря на столь постоянную высокую оценку естественного права, некоторыми современными авторами- цивилистами оно не только подвергается острой критике, но и откровенно высмеивается. Один из известных итальянских ученых так охарактеризовал свое мнение о «надуманности» самого содержания естественного права: « Всякому бросается в глаза неюридический характер представления (уж не говоря о его смехотворности) о правопорядке, присущем одновременно людям, животным, рыбам и птицам! А приведенные автором здесь далее в качестве примера институты, которые должны были бы образовывать содержание этого гипотетического правопорядка, ясно показывают несостоятельность этой концепции: тут делается ссылка на некоторые основные «инстинкты», общие для всех живых существ, такие, как половое общение, размножение и выращивание потомства»¹⁷⁹

Высказанная этим ученым точка зрения на естественное право в настоящее время открыто, как правило, не поддерживается, но и не отрицается российскими цивилистами. Столь осторожное отношение к критике римского права вообще, а естественного, в особенности, объясняется тем, что все, в них входящие институты, проходили через горнило веков, создавая весьма причудливые формы. Яркой иллюстрацией служит факт признания средневековой доктриной естественного права равенства прав человека и любого другого представителя животного мира. Это привело в средние века к возможности судебных процессов с участием животных. Они продолжались вплоть до 19 века. Эти животные в процессах пользовались защитой как светских, так и духовных законов и в случае установления вины в их действиях могли быть даже отлучены от церкви. Такое отлучение признавалось обществом в качестве тягчайшего наказания и применялось духовными судами в особых случаях. Ярчайшим примером отношения к животным как к равным в процессе частного права, демонстрируется даже в мелочах. Так, перед началом судебного процесса истец обязан был назидательно взывать к совести животное-ответчика подобными словами: *« Ты - создание Божье; как таковому, я обязан оказывать тебе уважение. Земля тебе дана, как и мне; я обязан дать тебе возможность жить. Но ты вредишь мне, ты присваиваешь себе мою собственность, ты портишь мой виноградник, ты пожираешь мою жатву, ты лишаешь меня плодов моих трудов. Может быть, я заслуживаю этих бедствий, ибо я несчастный грешник. Во всяком случае, право сильного - есть право несправедливое. Я докажу твою неправоту, я буду просить у Всевышнего заступничества. Я тебе укажу место, где ты можешь существовать, уйди отсюда. Если же ты будешь упорствовать, то я тебя прокляну».*

Однако М. Ковалевским отрицался тезис, что существование таких процессов над животными является показателем, свидетельствующим об определенном уровне развития общества, формирования в нем зрелой философии. Он полагал, что «существование

¹⁷⁷ Покровский. История римского права. 1918г. Рига. С-14.

¹⁷⁸ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб.: Издательство «Лань», 1998. С67.

¹⁷⁹ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник/Под ред. Д.В.Дождева-М.: Издательство БЕК,2000.-400с. С-30. ¹⁷⁹

такого суда ... есть явление весьма распространенное в среде народов, стоящих на родовой стадии общежития, так как у них злая воля преступника не принимается в расчет, и, преследованию подлежит один лишь материальный вред, причиненный членом одного рода члену другого».¹⁸⁰

Представляется ошибочной такая точка зрения даже с исторической точки зрения, хотя бы в связи с тем, что широкое применение этих процессов происходило почему-то именно в средние века, а не в античности и не в коей мере в первобытно-общинное время.

Кроме того, на протяжении всей истории человечества, ученые подтверждали тезис существования у животных подобия человеческого права и других человеческих ценностей. Например, в 19в. в исследованиях отмечалось, что в сущности не существует никакого основного различия между духовными способностями высших животных и таковыми же у человека. Высшие виды животных имеют те же органы чувств, формы созерцания и душевные движения; они также чувствуют удивление и любопытство, обладают способностью внимания и подражания и, до известной степени, могут также размышлять и обсуждать; и Гердер, который вообще старался отодвинуть людей от обезьян как можно дальше, должен был сознаться, что нет такой человеческой добродетели, которая не была бы в зачаточных и в зародошевых формах выражена у животных.¹⁸¹

Современные российские ученые с точки зрения биологии также высоко оценивают естественное право, считая, что демократия непосредственно вырастает из него, так как любому живому существу присуще желание быть свободным, обладать собственностью и т.д.¹⁸²

Сформировавшаяся в настоящее время наука этология, изучающая поведение диких животных, в качестве своей составляющей содержит социобиологию, «которая пытается толковать поведение животных и, как подразумевается, человека в биологических понятиях, тесно увязанных с теорией эволюции».¹⁸³ Исследователями в этой области делаются различные открытия, показывающие общность правовых институтов, как для диких животных, так и для человека. Так, например, по мнению Ричарда Пайпса, «важное следствие этих открытий состоит в том, что собственная территория требуется животным не только для защиты от хищников и добывания корма для себя и потомства, но и для того, чтобы совершать сами действия, необходимые для продолжения рода: «У большинства, хотя и не у всех, привязанных к территории видов... самки не откликаются на любовные призывы самцов, не имеющих своих влпдений. В общей модели поведения территориально привязанных видов соперничество между самцами отражает борьбу не за обладание самкой, как мы считали прежде, а за обладание собственностью»¹⁸⁴. Человечеству особенно импонирует идея о том, что право представляет собой вовсе не искусственное временное образование, а является совокупностью общих законов, по которым развивается вся природа, в том числе и человечество. Вплоть до конца 19в. ученые ссылались на естественное право в своих работах. Так, П.И. Люблинский считал, что «в силу естественного закона, нашедшего свое признание и в гражданском праве, обязанность доставления малолетнему необходимых средств материального благосостояния падает в первую очередь на родителей малолетнего».¹⁸⁵

¹⁸⁰ М. Ковалевский. Закон и обычай на Кавказе. Т.1. М. 1890г. С256.

¹⁸¹ Людвиг Вольман. Политическая антропология/ Издание второе исправленное и дополненное. Серия "Библиотека расовой мысли". Пер. с нем.- М.: Белые альвы, 2000.-448с. С-227.

¹⁸² Дольник В. Непослушное дитя биосферы. М.1994. С.168.

¹⁸³ Ричард Пайпс. Собственность и свобода. Пер. с англ. Д.Васильева. Московская Школа Политических Исследований. 2000 С93.

¹⁸⁴ Ричард Пайпс. Собственность и свобода. Пер. с англ. Д.Васильева. Московская Школа Политических Исследований. 2000. С96.

¹⁸⁵ Люблинский П.И. Ответственность за оставление семьи без средств// Журнал Министерства Юстиции. Апрель. №4, 1915. С25.

Церковная власть во все времена активно поддерживала и использовала теорию естественного права. «Вместе с сотворением человека Бог ввел естественное право», говорится во вступительных словах к постановлениям Венского собора 1267г. Следовательно, не государство, а Бог был источником права. «Got ist selve recht»- говорит Саксонское Зерцало. «Got ist recht und recht komt von got» (Бог есть право, а право идет от Бога)- так учит составленное между тринадцатым и четырнадцатым столетиями «Краткое имперское право».¹⁸⁶

Богословами в течение средних веков последовательно развивалось учение о естественном праве, отражавшееся и на правовых доктринах того времени. Так глоссаторами естественное право понималось в различном смысле: во-первых,- в виде природного института, одинаково присущего всему живому, следовательно, как людям, так и животным; во-вторых,- как право, природным инстинктом внушенное только людям и являющееся общим правом всего человечества (естественное право в этом смысле отжествлялось с правом народов); в третьих, как право божественное, «закрывающееся в Моисеевом законе или в Евангелии» (понятие богословское, закрепленное в Декрете Грациана), и в четвертых, как право наиболее справедливое, своего рода идеальное право (философское понятие, достигшее наивысшего развития в правоведении XVII-XVIII в.в.). Отличительным признаком естественного права, как права, установленного самим Богом («природа, т.е. сам Бог», говорит Ацо, а Глосса повторяет за ним) является неизменность его норм, которые могут быть разве только затемнены или, в крайнем случае, изменены в какой-нибудь своей части, но ни в коем случае не могут быть отменены или устранены.¹⁸⁷

Канонисты выработали правило, что все законы церковной власти должны были пройти проверку на соответствие естественному праву. Виднейший ее представитель Грациан писал: «Законодательные акты, церковные либо светские, если доказано, что они противоречат естественному праву, должны быть полностью исключены». Однако даже на этом деятельность канонистов развивавших теорию римского права, не останавливалась. В этом контексте Р. Орженицкий отмечал, что «... канонисты искали подтверждения запрещению роста в сочинениях языческих авторов: Платона, Аристотеля, Плавта, Цицерона, Сенеки и др., и нашли, что выводы этих авторов, основанные на разуме, вполне согласны с Божественным Откровением. Мало того, они не довольствовались чужими рассуждениями, но сами строили длинный ряд доказательств в пользу запрещенного роста и находили, независимо от слов Св. текста, naturalis ratio такого запрещенного. Даже больше, они пришли к убеждению, что запрещенное роста, если бы даже оно не было положительно выражено в Священном Писании и канонах Церкви, все таки должно иметь место, так как рост противен природе».¹⁸⁸

В России императрица Екатерина I, в качестве одной из первых российских самодержцев, уделяла свое внимание естественному праву соответственно принципам теории римского права, считая, что оно состоит из познания Творца, кормления, защиты самого себя и желания жить с подобными себе.¹⁸⁹

Многими законодателями и по настоящий день признается существование естественного права. Ярким примером является Основной закон Федеративной республики Германии от 23 мая 1949г. (ст.6 п.2), согласно которому следует: «Уход за детьми и воспитание их является естественным правом родителей и первой их обязанностью. Деятельность родителей осуществляется под наблюдением государства».

Следующая составляющая римского частного права – гражданское право. Гражданское право - это право, регулирующее имущественные отношения исключительно между римскими гражданами.

¹⁸⁶ Генрих Эйкен. История и система средневекового миросозерцания. С-Петербург, 1907. С489

¹⁸⁷ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С64.

¹⁸⁸ Р. Орженицкий. Учение о ценности у классиков и канонистов. Политико-экономический очерк. Одесса, 1896.С185-186

¹⁸⁹ С 168. Наказ императрицы Екатерины II, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения. Под ред. Н.Д. Чечулина, Санкт-Петербург, 1907г.

Гражданское право, по характеру юридических норм, рассматривается с позиций строгого (*ius strictum*) и справедливого (*ius aequum et bonum*) права.

Строгим правом является такое право, которое основано на беспрекословном подчинении закону, без учета характерных особенностей определенного правоотношения, а *справедливым* определяется такое право, которое принимает во внимание данные особенности юридического отношения (например, отсутствие у лица дееспособности).

Римские юристы стремились к постепенному переходу от права строгого к праву справедливому, считая это юридическим идеалом, проявлением высокой юридической культуры. Неуклонное применение строгого права осуждалось. Данную позицию подтверждают положения Д.1.3.25¹⁹⁰, согласно которым «ни в коем случае смысл закона или милость справедливости не терпит, чтобы то, что введено для пользы людей, мы обращали путем жестокого толкования в строгость, идущую вразрез с благополучием людей» (Д.1.3.25) или «бесчисленными фактами может быть доказано, что многое в гражданском праве принято для общей пользы вопреки строгому пониманию права» Д.9,2,51,2.¹⁹¹

Как правильно отмечал В.В. Ефимов, очевидно, что справедливое право сложнее строгого; не даром оно «есть достояние высшей культуры».¹⁹²

«Справедливое» право необходимо для любой системы права. Относительно римского, там «... где потребности жизни указывали необходимость большей связанности, там римское право не затруднялось отступить от общего типа института. Неотвлеченная идея юриста господствовала над жизнью, но жизнь вызывала необходимые модификации уже существующих и сложившихся на основании опыта понятий, которые оказываются неприменимыми к новым явлениям жизни».¹⁹³

Необходимо отметить, что справедливое право присутствует во всех правовых областях. Например, в тюремной субкультуре оно обозначается термином «людское». Так, определенные лица- «смотрящие», помимо понятий в своих решениях ориентируются на это «людское». Исследователями отмечается, что в таком ориентире смотрящие видят гарантию гибкости норм, которые всегда должны интерпретироваться по- человечески, по- людски.¹⁹⁴

Требования «людского права» особо подчеркиваются в постановках преступного мира. Примером может служить следующий фрагмент из документа, ставшего известным криминологом: «Воры и люди, живущие воровской жизнью, не мясники и не кровожадны, не стараются скосить людей за их малейший промах или непонимание сделанного, а наоборот, верят людям, стараются объяснить их промахи, чтобы в дальнейшем не повторяли, но и справедливы иногда до жестокости».¹⁹⁵

В связи с ярко выраженным консерватизмом и малоподвижностью гражданского права римскими юристами был выработан вспомогательный институт преторского (должностного) права (*ius honorarium*). Под ним понимается такое право, созданное специальным субъектом- претором для активного содействия и развития гражданского права и действующее на определенной территории государства. «Преторское право- это право, которое введено преторами для общественной пользы, с тем, чтобы усилить гражданское право, дополнить его или исправить» устанавливают Дигесты. Оно являлось, как правило, движущей силой развития гражданского права, эту черту подметил Марциан, говоря, что и само преторское право является живым голосом гражданского права.

¹⁹⁰ Д.1.3.25

¹⁹¹ Д.9,2,51,2.

¹⁹² В.В. Ефимов. Догма римского права. Учебный курс. С-Петербург, 1901. (с.31).

¹⁹³ М. Бобин. Индивидуализм римского права// Временник Демидовского юридического лицея. Ярославль. 1902г. кн.85. с12.

¹⁹⁴ Олейник А.Н. Тюремная субкультура в России: от повседневной жизни до государственной власти.-М.: Инфра-М, 2001. С190.

¹⁹⁵ Хабаров А.И. Тюрьма и зона.-М.: ЗАО Изд-во Центрполиграф, 2000. С С251

Императором Юстинианом отмечалось позднее по сравнению с естественным происхождением гражданского права: «естественное право является древнейшим, так как оно естественно возникло вместе с родом человеческим; гражданские же права возникли с того времени, когда стали основываться общины, учреждаться должности и писаться законы. В связи с этим, естественное право обладает наивысшей юридической силой по отношению ко всем остальным отраслям римского права».

Право народов (*ius gentium*) составляет третью часть римского частного права и регулировало имущественные отношения между иностранными и римскими гражданами на территории Рима. По мнению исследователей, его возникновение относится к концу 5го или к первой половине 6 века римского летоисчисления.¹⁹⁶ Его начало приравнивают к тому моменту, когда «всякий иностранец, все равно из самостоятельной или подчиненной страны, если только он свободный человек, считается в римском государстве правоспособным субъектом».¹⁹⁷

Оно обладало определенным революционным характером, так как практически отсутствовали рамки определенной правовой системы, в силу чего в его состав включали наиболее удачные положения других стран, их торговых обычаев и вырабатывались новые. Впоследствии, пройдя шлифовку в системе права народов, наиболее действенные элементы включались в гражданское право. Исследователи с неизменным постоянством высоко оценивают значение права народов: «...развившееся в общенародном обороте, космополитическое по самому своему происхождению, эластичное и легко приспособляющееся, благодаря преторской практике к потребностям жизни- *ius gentium* усвоило до известной степени коммерциальный характер и тем самым в достаточной степени уменьшало потребность в создании самостоятельных норм».¹⁹⁸

Институции Юстиниана так обосновывают необходимость существования и применения данной отрасли права: «Общенародное же право является общим всему человеческому роду. Под влиянием потребностей и нужд человеческих некоторые народы установили у себя известные порядки, так как начались войны, захват в плен и рабство, идущие в разрез с естественным правом, по которому с самого начала все люди рождались свободными; на основании того же общенародного права введены были почти все договоры, как, например: купля- продажа, договор между отдающим в наймы и нанимателем, договор товарищества, поклада, займа и бесчисленное множество других договоров».¹⁹⁹

Правом народов выработаны следующие позитивные черты:

1. существенное сокращение употребления гражданско-правовых формальностей;
2. определение истинной воли участников гражданских правоотношений и ее учет в судопроизводстве;
3. письменная форма договоров;
4. выработка новых упрощенных моделей судопроизводства;
5. равенство участников гражданских правоотношений.

Исследователи отмечают, что принцип добросовестности также является созданием права народов: «Понятно и то, почему принцип добросовестности - *bona fides*-считается господствующей чертой общенародного права: свое генеалогическое древо оно ведет от обычаев, которые шли по своему духу в разрез с признанным правом римского государства и поэтому имели только опору внутри нравов добросовестных людей; впоследствии, особенно в классическую эпоху, этот принцип получил более широкое

¹⁹⁶ Боголепов Н. Значение общенародного гражданского права (*ius gentium*) в римской классической юриспруденции. М. 1876. С2.

¹⁹⁷ Боголепов Н. Значение общенародного гражданского права (*ius gentium*) в римской классической юриспруденции. М. 1876. С10.

¹⁹⁸ Вс. Удинцев. Дуализм частноправовых систем/ Университетские известия. №6. Июнь. Киев, 1894.

¹⁹⁹ Институции Юстиниана. 1.2. 2.

применение и стал синонимом справедливости (aequitas)».²⁰⁰ Д.В. Дождев обратил внимание, что добрая совесть (bona fides)- стандартная установка правосознания, нацеленная на признание других участников оборота как равных и свободных.²⁰¹

Разграничение гражданского и общенародного права прослеживается в следующем фрагменте Институций: «Гражданское право и общенародное разделяется так: все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются частью своим собственным правом, частью- правом, общим всем людям, именно: право, которое установил у себя каждый народ сам, есть его собственное право и называется гражданским, как право, свойственное обществу граждан; право же, которое между всеми людьми установил естественный разум, оберегается у всех народов во все времена и называется общенародным, как право, которым пользуются все народы». Инст. 1.2.1²⁰²

Но, скорее всего право народов носило не только гражданское, но и международно-правовой характер. Об этом свидетельствует приводимый В.Э. Грабарем сохранившийся фрагмент доюстиниановой компиляции: «право народов составляют: занятие, застройка и укрепление мест, войны, плен, рабство, постлимиины, [союзы], мирные договоры, перемирия, священный долг не оскорблять послов и запрещение браков между чужеродцами; правом же народов [эти институты называются] потому что этим правом пользуются почти все народы...».²⁰³ Данное определение вошло в декрет Грациана и использовалось в дальнейшем канонистами. В.Э. Грабарь в этом случае отмечает, что право народов как понятие «... еще во времена римских юристов обнимало двоякий комплекс норм. С одной стороны, из него выводились отвлеченные начала права, или, выражаясь языком позднейшего времени, категорические императивы практического разума, как то: любовь к Богу, повиновение к родителям и родине, отражение насилия или обиды; с другой- нормы положительного права, имевшие повсеместное распространение и казавшиеся, поэтому, стоящими вне или даже выше государственной власти, устанавливающей гражданское право: сюда относились институты, как общенародного (повсеместно одинакового) права, так и права межгосударственного.»²⁰⁴

Однако не следует право народов рассматривать как международное право в его современном понимании, оно не содержало норм, касающихся семейных и наследственных отношений, а регулировало только вопросы торгового оборота.²⁰⁵

Данные отрасли права в своей совокупности составляют единую правовую систему. Гражданское право - отмечает Ульпиан - не отделяется всецело от естественного права или от права народов и не во всем придерживается его; если мы что-либо прибавляем к общему праву или что-либо из него исключаем, то мы создаем собственное, т.е. гражданское право.

По мнению автора, современное частное право в русле науки римского права также можно классифицировать на три составляющие части: 1) естественное право; 2) гражданское право; 3) международное частное право.

Система римского права опирается на специфические правовые источники.

Параграф 5. Источники исторического подхода к изучению римского права.

²⁰⁰ Я. Литтауэр. Общенародное гражданское право в Древнем Риме// Юридический вестник. ТХІ. Книги 3 и 4. (июль-август). М. 1892.с377.

²⁰¹ Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода// Государство и право, 1998, №8. С118.

²⁰² Инст. 1.2.1

²⁰³ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С15.

²⁰⁴ . В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С64.

²⁰⁵ Ермолаев В.Г., Сиваков О.В. Международное частное право. Курс лекций. «Былина», М., 1998. С33.

Как уже отмечалось, исторический подход основан на исторической науке, которая разработала в свою очередь основывается на науке об источниках – источниковедении. Источникам придается огромное значение. Так, пользуются широкой известностью следующие высказывания представителей французской позитивистской историографической школы: «история пишется по источникам», «Там, где молчат источники, нема и история», «Тексты, только тексты, ничего кроме текстов». Однако в историческом исследовании необходимо учитывать, что любой исторический источник, на котором всегда есть отпечаток взглядов и вкусов его составителя, не полностью, не адекватно отражает историческую действительность, события и явления прошлого. Искусство историка состоит в том, чтобы очистить изображаемую в источнике действительность от неточностей, вымысла и классовых искажений, выяснить, какие объективные процессы нашли отражение в субъективном восприятии автора документа».²⁰⁶

История государства и права в связи с этим также должна основываться на детальном изучении в первую очередь источников. Это необходимо для выявления основных тенденций развития правовых институтов в частности и правовой системы в целом: «Так как постепенное развитие права отражается прежде всего в законодательных памятниках страны, предназначенных служить в свое время для охраны, то, очевидно, знакомство с этими законодательными памятниками представляет более или менее верный путь ждя раскрытия истинной природы того или иного института».²⁰⁷

Исследователями отмечалось в 19в., что «едва ли нужно долго доказывать необходимость непосредственного знакомства с источниками для всякого изучающего римское право. Достаточно указать, что только при этом условии возможно основательное усвоение метода римских юристов и приемов их толкования и применения правовых норм, что составляет главную задачу при изучении науки римского права в настоящее время, когда наука эта стремится путем более глубокого и основательного анализа источников в связи с результатами общих исследований по истории Рима, освободится от некоторых прежних взглядов и теорий и дать многим институтам римского права новое освещение более соответствующее действительности».²⁰⁸

Игнорирование этих положений приводит к явлению, описанным в 19в. Л.Л. Гервагеном в отношении юридического лица: «Что касается взгляда римского права на учение о юридическом лице, то почти все ученые, которые в текущем столетии трудились над ним, выставляют свою теорию как взгляд римского права, который они будто бы нашли в римских источниках. Эти ученые, желая при этом соединить римское и современное право, примешивают к римскому праву много субъективных элементов, причем они изъясняют наличность недостатков римской теории о юридическом лице недостаточным пониманием римских источников».²⁰⁹

Историческая наука считает, что для того, чтобы строить какие-нибудь выводы на основании исторического документа, необходимо установить его подлинность, его значение, а прежде всего его правильно прочесть. Историк вообще изучает законы, по которым развивается общество, а историк права изучает и объясняет законы, развивающиеся в обществе.²¹⁰ При этом, ученые обращают внимание на то, что в древних текстах их порча выражается обыкновенно в недописках, повторениях, ошибочных приписках, перестановках отдельных букв и целых выражений, или даже страниц. Иногда

²⁰⁶ Л.А. Дербов. Введение в изучение истории. М. «Высшая школа», 1981. С76.

²⁰⁷ Н.В. Товстолес. Ответственность наследника перед кредиторами вообще и перед легатарием в частности// Журнал министерства юстиции. Ноябрь, №7. 1915. С50.

²⁰⁸ Научно-литературная характеристика //Юридическая летопись. Ежемесячный журнал. Т2. 1890.с140.

²⁰⁹ Л.Л. Герваген. Развитие учения о юридическом лице. Санкт-Петербург, 1888г. С8.

²¹⁰ Н.Н. Дебольский. О значении и методе истории русского права// Журнал министерства народного просвещения. Май, 1904. С87

эти неисправности легко исправляются в виду их явности; но нередко цель может достигаться лишь при помощи более или менее сложных и тонких выражений.²¹¹

Исследователи предостерегают от совершения стандартных ошибок при изучении источников: « К авторам исторических источников применяется судебная процедура, классифицирующая свидетелей на правоспособных и неспособных; раз допустив свидетелей, считают себя обязанными соглашаться со всеми их показаниями... Инстинктивно берут сторону автора (вернее- исторического источника), которого считают достойным доверия, и в конце концов, как в судах, заявляют что «обязанность представлять улику» лежит на том, что отвергает «законного свидетеля»; иначе сказать- «подлинность» документа вызывает к нему уважение и понуждает принимать без рассуждений его содержание, - «подлинность» инстинктивно принимается за источник достоверности. А между тем, выражение «подлинный» относится только к происхождению, а не к содержанию документа; назвать документ «подлинным» значит только сказать, что происхождение его не подлежит сомнению- но отсюда еще не следует что и содержание его заслуживает доверия.²¹²

Кроме того, исследователи призывают соблюдать осторожность при изучении исторических документов, так как «к сожалению, стремление к изучению реальности прошлых веков по идеологизированным источникам или интерпретация фактов прошлого государственно-правовой жизни исходя из уже сложившихся идеологических штампов превалирует в интересующей нас области над подлинно научным исследованием, которое строится на фактической истории».²¹³

Всегда во всем мире стояла проблема технически правильного перевода источников. Однако это никогда не было так актуально для российской романистики как в настоящее время. Касаясь римских правовых текстов необходимо отметить, что римское право в России изучается по крайне скудной источниковой базе, которая не пересматривалась уже много времени. Так, выпущенные в 1998г. издательством «Зерцало» Институции Юстиниана основываются на переводе Расснера, опубликованном в 1888-1890гг, причем признается, что все же «над русским переводом проведена некоторая редакторская правка».²¹⁴ Однако она заключалась в следующем: дореволюционная система написания через «ять» заменена современной, и убраны лишние с точки зрения современного синтаксиса запятые, некоторые устаревшие слова, обороты и построения фраз заменены современными, а также многие термины, имеющие точное юридическое значение, исправлены в соответствии с принятыми в отечественной романистике русскими эквивалентами.²¹⁵

Другим характерным примером является обращение издательства «Зерцало» к читателям сборника «Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана». Сообщается, что предлагаемое издание римских правовых текстов осуществлено на основе книг, давно ставших библиографической редкостью. В частности, текст «Законов XII таблиц», приводится по «Хрестоматии по истории древнего Рима», изданной под редакцией известного исследователя древнеримского общества С.Л. Утченко в 1962г., а «Институции Гая» воспроизводятся по изданию Ф. Дыдынского «Институции Гая, текст и перевод с введением и примечаниями», вышедшему в свет в Варшаве более ста лет назад- в 1862г. Наконец, «Дигесты Юстиниана» даются нами по текстам,

²¹¹ Д. Мейчик. Русско-византийские договоры// Журнал Министерства Юстиции. 1915. Июнь, Петроград. С350.

²¹² Н.Н. Дебольский. О значении и методе истории русского права// Журнал министерства народного просвещения. Май, 1904. С73

²¹³ Историческое и логическое в познании государства и права/ Королев А.И., Луковская Д.И., Явич Л.С. и др./ под ред. А.И. Королева.-Л: Изд. Ленинградского университета, 1988г. с43.

²¹⁴ С7. Введение Л.Л. Кофанова. Институции Юстиниана. Пер. с латинского Д. Расснера. Серия «Памятники римского права».-М.: Зерцало, 1998.

²¹⁵ Там же.

переведенным И.С. Перетерским и изданным в издательстве «Наука» в 1984г. (тиражем всего в 6900 экземпляров)».²¹⁶

В связи с таким отношением к источникам римского права приходится констатировать полное пренебрежение к действительному изучению науки римского права, как теории, так и истории, в отличие от декларируемого, так как «всякое историческое исследование покоится на источниках, изданных по всем правилам филологической науки»²¹⁷.

Помимо прочего, перевод юридических текстов необходимо соизмерять с современной ментальностью общества, в котором эти тексты были выработаны. Известны различные примеры, подтверждающие проблемность какого-либо перевода, особенно древнего юридического текста. Так, известный российский ученый проф. В.С. Нерсисянц в работе "философия права" пишет: "«... справедливость- категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т.д.)... Более того, только право и справедливо».²¹⁸ Это положение оспаривается О.С. Мартышиным, который считает, что именитый ученый высказался под влиянием неточного перевода. Им дословно отмечается, что «возможно, на многократно повторяемую формулировку этой проблемы, которая была вынесена проф. В.С. Нерсисянцем в заголовке книги «Право и закон», повлиял перевод «Политики» Аристотеля, осуществленный С.А. Жебелевым, в издании 1911г. Там говорится: «Некоторые, наконец, опираясь, как они думают, на своего рода правовой принцип (ведь всякий закон предполагает своего рода право), полагают, что рабство как результат войны покоится на основании права». Однако в издании «Политики» 1983г., где перевод С.А. Жебелева был заново выверен, этот фрагмент дается в иной редакции: «Некоторые, наконец, опираясь, как они думают, на некий принцип справедливости (ведь закон есть нечто справедливое) полагают, что рабство как результат войны справедливо».²¹⁹

Другим примером может служить суждение С.П. Бортникова об ошибочности перевода, совершенного В.П. Камышанским, что привело к неправильной трактовке содержания вещного права: «В.П. Камышанский ошибочно ссылается на Свод Юстиниана, чтобы обосновать собственность как полное вещное право, так как «plena in re potestas» имеет другой перевод: полное господство над вещью».²²⁰

Параграф 5. Значение римского права как исторической науки.

В связи с тем, что выявлен продолжающийся доминирующий в современной российской науке римского права классовый подход к изучению римского права и определен состав античной системы римского права, возникает закономерный вопрос: так в чем заключается смысл его изучения современными юристами?

Но этот вопрос не ставит в тупик исследователей- сторонников исторического подхода. Они отмечают, что римское право как введение в современную систему частного права и в дидактическое правовое мышление чрезвычайно полезно для изучения образа мышления римской юриспруденции и что каждый юрист должен иметь представление об уровне знаний римских юристов и о том инструментарии, который они использовали.²²¹

²¹⁶ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана.-М.: Зерцало, 1997. С3

²¹⁷ Акад. С.А. Жебелев. Русское византиноведение// Вестник древней истории. 4(5). ОГИЗ СОЦЭКГИЗ 1938. С21.

²¹⁸ Нерсисянц В.С. Философия права. М., 1998. С28

²¹⁹ О.В. Мартышин. Справедливость и право// государство и право на рубеже веков (материалы всероссийской конференции). Проблемы теории и истории. М.2001

²²⁰ С.П. Бортников. Проблемы доктрины модели вещных прав.// Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования/ Под ред. А.А. Напреенко. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2001. С224

²²¹ Г. Хаусмангер. О современном значении римского права// Советское государство и право. М. Наука, 1991, №5. С101

Кроме того, приверженцы этого направления видят даже практическую значимость рабовладельческого права. Так, российский ученый В.А. Летаев, между прочим, отмечает, что ему удалось внедрить нормы рабовладельческого права в практику местного суда.²²²

Другой его немецкий коллега- профессор правовых и государственных наук Венского университета Г. Хаусманигер, в обосновании своего мнения, ссылается на германского романиста Р. Кнютеля, «выявившего», что нередко германские судьи бессознательно возвращаются к тем римским решениям, которые были отвергнуты или проигнорированы законодателем при создании Германского гражданского уложения 1869г. Помимо этого, Г. Хаусманигер приводит даже пример несознательного заимствования римско-правового регулирования, которое не было включено в Германское гражданское уложение, поскольку считалось слишком детальным. По его мнению, подобные примеры можно было бы без труда продолжить, так как «они свидетельствуют, что при более основательном знании римского права такого рода казусы можно было бы разумнее истолковать. Между тем интерпретаторы не в достаточной степени владеют римским правом, а главное - не видят необходимости в его изучении, полагая, что историческая интерпретация мало содействует приближению к цели».²²³ В приведенном отрывке звучит нескрываемая горечь исследователя о том, что правоприменительная практика бессознательно или сознательно применяя положения античного права, не знает об этом. Однако, как уже отмечено ранее, эти авторы сами, следуя в русле романистической традиции, бессознательно подгоняют положения рабовладельческого права под современные условия. Они заслуживают такого же упрека, каким награждают современные историки представителей школы глоссаторов, которые подгоняли средневековую действительность под античное римское право.

Однако попытки определить практическую значимость рабовладельческого права робко делались еще в 19в. Так, П.А. Матвеев считал, что в отличие от науки права, практическая юриспруденция занята вопросами юридической техники, развитием и изощрением юридического мышления и потому для нее громадное значение имеет римское право, это образцовая гимнастика юридической логики.²²⁴

Представителями исторического направления в настоящее время предпринимаются безуспешные попытки, основываясь на историческом способе изучения римского права, определить его актуальность в современных условиях, например, в отношении международного права. В учебнике по международному праву отмечается высокая роль римского права в развитии международно правовой доктрины: «Римское право оказало большое влияние на последующее развитие правовой науки, в том числе и международного права. В частности, под влиянием греческих стоиков римские юристы развили идею естественного права, под которым понималось право, вытекающее из природы. В связи с этим естественное право распространяет свое действие на все лица, на все народы. Впоследствии эта идея нашла свое отражение и в международно-правовой науке».²²⁵

Но дальше идет в своих рассуждениях В.А. Летаев, который считает, что римское право действует и в настоящее время в Российской Федерации в виде международного права: «...римское право является общепризнанной основой в системе международного права, которое, согласно международным договорам, имеет приоритет перед внутренним (национальным) правом».²²⁶ Остановимся на этом высказывании подробнее. С исторической точки зрения оценка значения римского права для современного

²²² Летаев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Автореферат. Саратов, 2001г

²²³ Г. Хаусманигер. О современном значении римского права. //Советское государство и право. М. Наука. №5. 1991. С99-100

²²⁴ П.А. Матвеев. Критика и библиография. Русская литература. Обычное право, выпуск первый.- Е. Якушкина // Сборник государственных знаний. Т3. С-Петербург, 1877. С50.

²²⁵ Международное право: Учебник. Отв. Ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова.-М.: Междунар. Отношения, 2000. С22.

²²⁶ Летаев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Саратов, 2001г. С6.

международного права спорна, так как термин римское право является слишком размытым, не опирающимся на точной хронологии развития правовых ценностей. В отношении же воздействия римского права как цивилистической науки на развитие международного права исследователями установлено, что « Без преувеличения можно сказать, что редкий институт римского права не принял того или иного участия в развитии этих (т.е. международно-правовых) учений. Правда, участие было иногда лишь косвенное: влияние оказывала общая теория права, всецело строившаяся на римских правовых источниках. Однако, некоторые институты международного права влияли непосредственно и отложили свой отпечаток весьма резко; таковы, в особенности, институт права собственности, примененный к государственной территории, и учение о договорах, перенесенное прямо из области частного права на соглашения между государствами».²²⁷ При этом необходимо иметь в виду, что то римское право, которое участвовало в создании теории международного права не являлось античным гражданским правом, а являлось средневековым изобретением, основывающимся на греко-римской компиляции. Так, определяя практическое значение римского рабовладельческого права, исследователи традиционно заявляют, что «законодательство стран континентальной Европы о вещных правах имеет один исторический источник- римское частное право»²²⁸. Авторами учебника «гражданское и торговое право капиталистических государств» отмечается, что гражданское право Франции, унаследовав богатейшие традиции римского частного права, преумножило их, приспособив к условиям капиталистического общества и торгового оборота, свойственного этому этапу развития цивилизации. Римское право оказало существенное влияние и на развитие другой правовой системы- германского права. В этом проявляется элемент исторической общности двух правовых систем.²²⁹

Современный исследователь А.И. Косарев считает, что Римское право определило характерность континентальной и российской правовой формы: «Российское право есть целое со своим прошлым и мировым процессом поступательного движения права, оно сохранило в себе ряд черт правовой традиции, общих принципов, структуры и институтов римского права».²³⁰ Он рассматривает право Рима как существенный фактор развития и составная часть античной культуры, той культуры, которая лежит в основании нашей цивилизации.²³¹ Авторы учебника «Гражданское право» в отношении римского права, отмечают, что степень его влияния на правовую жизнь столь велика, что оно на деле сохранило свой авторитет. Все основные понятия континентального гражданского права являются римскими, а многие институты регламентируются так же, как и две тысячи лет назад в Риме.²³² С.С. Алексеев считает, что юридическая система Древнего Римско-классического, не превзойденное по утонченной разработке первое всемирное право общества товаропроизводителей.²³³

Оценивая, таким образом, практическую значимость римского права, исследователи отмечают важность использования при этом исторического анализа, который играет важную роль в развитии современной юриспруденции: «Исследуя современные гражданско-правовые конструкции и институты, актуально также выяснить их исходный источник, ту историко-правовую нагрузку, которая их определяет для

²²⁷ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С8.

²²⁸ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование.-М.:Издательство НОРМА, 1999. С210.

²²⁹ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник.-3-е изд., перераб. и доп.- М.: Междунар. Отношения, 1993.С25.

²³⁰ Косарев А.И. Римское частное право. Учебник для вузов.-М.: закон и право, ЮНИТИ, 1998. С9.

²³¹ Косарев А.И. Римское частное право. Учебник для вузов.-М.: закон и право, ЮНИТИ, 1998., С8.

²³² Гражданское право. Часть I. Учебник/ Под ред. Ю.К. Тостого, А.П. Сергеева.-М.: Издательство ТЕИС, 1996. С59-60

²³³ Алексеев С.С. Право: азбука-теория- философия: Опыт комплексного исследования._м.: «Статут», 1999. С207.

оптимального понимания существа современного гражданского права».²³⁴ О необходимости использования такого сравнительного способа говорили еще дореволюционные цивилисты: «*Римское право при изучении действующего русского гражданского имеет значение руководящей теоретической канвы и орудия юридической конструкции.*.. При компилятивном характере нашего кодекса и при современном состоянии нашей науки прием изучения отечественного законодательства с помощью римского права совершенно неизвестен, да он и пользуется уже у нас общим признанием... Попытки построить систему современного русского гражданского права из самого себя неискренни или мертворожденны...»²³⁵

Однако этот сравнительный метод в действительности законодателем не используется. Неиспользование его и идеализация рабовладельческого права привела современного законодателя к мысли о внедрении отдельных его элементов в общественную жизнь. Античным римским правом создано правило, активно используемое в настоящее время российским законодателем: *in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam*- размер присужденных процентов от неисполнения договора не должен превышать двойной стоимости предмета обязательства. Оно обосновано критиковалось большинством цивилистов. Так, известнейший паднектист Виндшейд отмечает, что «по позднейшим узаконениям Юстиниана рост процентов должен был прекращаться тогда, когда уплаченные проценты достигали размера капитала; но места эти, к счастью, не глоссированы. Впрочем, современное применение названного в тексте правила не бесспорно ни на практике, ни в теории, и даже там, где оно признается, обыкновенно прибавляют ограничение, что веритель не имел надлежащей заботливости во взыскании процентов».²³⁶ Его поддерживает и российский ученый 19века Покровский. Им отмечалось, что «постановление это само по себе имеет характер совершенно произвольного ограничения, не основанного ни на каких принципиальных соображениях; сверх того, оно и редактировано столь неудачно, что в позднейшей германской практике вызвало массу недоразумений и споров».²³⁷ Российский законодатель следует ошибочным воззрениям римского права, включает соответствующее положение в действующее гражданское право. Однако это положение в условиях неустойчивой российской экономики и растущей инфляции противоречит принципу справедливости гражданского права.

Таким образом, налицо постоянно наблюдающаяся тенденция идеализации, определенного рода сакрализация значения римского права. Это прослеживалось и прослеживается на разнообразных примерах, встречающихся в литературе. Н.О. Нерсесов задавался следующим вопросом: «Ввиду того, что римское право достигло как по форме, так и по содержанию такой степени развития, что большинство новых юристов смотрят на него как на идеал гражданского права, возникает довольно естественный вопрос: чем объясняется отсутствие института прямого представительства в таком совершенном праве?»²³⁸

Особенно ярко эта тенденция к сакрализации содержания римского права прослеживается в трудах виднейшего русского ученого Н. Суворова. Приведем этот малоизвестный фрагмент целиком: «Русь приняла христианство из Византии, оттуда же заимствовала церковное право, оттуда же должна была получить и науку церковного права. Но византийцы не могли дать нам того, чего сами не имели и к чему даже были не способны- юридической науки. И сам Бог, при всемогуществе Своем, не творит чудеса напрасно, когда людям дана уже возможность собственными силами воспользоваться тем,

²³⁴ Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Саратов, автореферат, 2001г. С6.

²³⁵ Юшкевич В.А. Руководящие начала к преподаванию русского гражданского права// Временник Демидовского юридического лицея. Книга 79. Ярославль, 1900. С8а.

²³⁶ В. Виндшейд Об обязательствах по римскому праву. Пер. с нем. А.Б. Думашевского, С.Петербург, 1875г. С-35.

²³⁷ Покровский. История римского права. 1918г. Рига. С-415

²³⁸ Нерсесов Н.О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве// Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С112.

что открыто и дано... А в экономии божественного мироправления открыт и дан людям один из вечных элементов всемирной культуры: римское право и юриспруденция, неразрывно связанные с латинским языком. Полагать, что может развиваться право в смысле более или менее совершенной системы, без связи с римским правом, и что может возникнуть наука права без знакомства с римским правом и с латинским языком,- это значило бы допускать, что Бог должен совершить излишнее в экономии божественного мироправления чудо».²³⁹

Возвеличивание, идеализация основ рабовладельческого права приводила и приводит некоторых ученых к экзальтации, подобной религиозной. Типичным примером служит следующее высказывание: «Материальная сторона римского законодательства, полного неисчерпаемым богатством явлений юридической жизни, анализируемых с неподражаемым искусством и возведенным, наконец, при содействии юрисконсультов в степень всеобщих начал, дает ему полное право на титул писанного разума (*ratio scripta*). И действительно, в юридических памятниках римской письменности видим один чистый разум, отрешенный от всех местных особенностей, забываем римлян, а их идеи сознаем как идеи всего человечества».²⁴⁰ «Римское право есть право римского государства; оно представляет совершеннейшее духовное произведение быта римского народа, и нет права, равного ему по степени своей внутренней законченности».²⁴¹

Дореволюционными исследователями римское право даже сравнивалось с руиной древнего мира, оставшейся на его могиле, что, по мнению исследователя Кр. Малышева, «естественно (?) привлекает к себе внимание новых народов», и как следствие приводит к тому, что «римское право не имеет для нас внешней обязательной силы; русская наука не может брать готовые положения римских источников и применять их к нашему гражданскому быту».²⁴²

Идеализация как явление приводит к шаблонному юридическому мышлению. Например, отмечается со ссылкой на римское право в отношении классификации, что *юристы европейского континента робко и неохотно приступают к разъяснению этого вопроса, под очевидным давлением векового предания, из под авторитета которого они не могут высвободиться. Римское право и римская теория, всосавшаяся в плоть и кровь юристов европейского континента застилает им глаза...*²⁴³ Следуя в русле означенной тенденции, цивилист 19в. Л.А. Кассо в отношении развития залогового права отмечал, что современным юристам еще не удалось окончательно охарактеризовать нынешнее залоговое право, потому что они не успели освободиться от римских воззрений и от связанных с ними и далеко еще не прекратившихся споров романистов.²⁴⁴ «Догматическое изучение римского права, воспринявшее в самое последнее время новую силу у нас и доживающее свои последние дни на родине своей, в Германии, ведет к тому, что мы усваиваем столь очевидно ошибочные обобщения римских юристов, ошибочные для самого римского права и противоречащие тому, что мы видим в современном гражданском праве».²⁴⁵

Идеализация основ римского права приводила (приводит) к тому, что в литературе отмечалась следующая тенденция: «*практический интерес* не имеет для нас такого широкого значения, как западе Европы. Наши законодательные сборники имеют мало общего с римским правом; наше юридическое мышление долго не искало совершенства в римской юридической технике. За то сравнительно с западно-европейскими кодексами наш

²³⁹ Н. Суворов. Церковное право как юридическая наука// Юридический вестник. Кн.4. август. М., 1888г. С523

²⁴⁰ Крылов Н.И. Об историческом значении римского права в области наук юридических. М.1838. С-63.

²⁴¹ Чиларж. Институции С1.

²⁴² Кр. Малышев. Курс общего гражданского права России. Т.1. Санкт-Петербург, 1878г. С25.

²⁴³ К. Кавелин. Какое место занимает гражданское право в системе права вообще// Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн.1. СПб. С104-105

²⁴⁴ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве.-М: Статут, 1999. С22.

²⁴⁵ М. Брун. Хроника гражданского суда. Статья 9// Юридический вестник. 1888. Кн.1. январь. М. С101.

действующий свод гражданских законов страдает такими существенными недостатками, что давно уже ощущается потребность в лучшем кодексе права» В.В. Ефимов. Лекции истории римского права. С-Петербург, 1891. С13²⁴⁶.

В связи с вышеизложенным, существует опасная тенденция видеть практически во всех институтах современного права влияние римского античного права. Например, определяя характер русского духовного завещания 19в., Н. Сбитнев пришел к выводу, что основанием ему служит римское право, «сохранившее до последнего времени своей жизни на римской почве старинное слово *mancipatium*».²⁴⁷

П.А. Кассо отмечал в своей диссертации, что римский принцип неограниченной ответственности так ясно выражен в действующем законодательстве (ст.1259, Хт., ч.1 Св.Зак.), что у нас наследник обязан уплатить наследственные долги из собственного имущества.²⁴⁸

Другой исследователь А.Г. Гассман приходит к следующему выводу: «Основным принципом гражданского процесса является равноправность сторон, в силу коей, между прочим, суд обязан предварительно решения дела, предоставить ответчику возможность высказаться по поводу предъявленного иска. Принцип этот, установившийся в римском праве и воплощенный в древнегерманских пословицах получил выражение в ст.4 нашего Устава гражданского судопроизводства, по которой, судебные установления могут приступать к производству гражданских дел не иначе, как вследствие просьбы о том лиц, до коих те дела касаются, и разрешать их не иначе, как по выслушании объяснений противной стороны или по истечении назначенного для предъявления оногo срока».²⁴⁹

Косвенная идеализация основ римского права в современной литературе проявляется в следующих, ни к чему не обязывающих ярлыках, подчеркивающих его позитивность: «значение римского права определяется его огромным влиянием не только на последующее развитие права, но и на развитие культуры в целом»; ²⁵⁰«велико научное значение римского права».²⁵¹ «В силу исторических судеб римского права, сделавших его одним из факторов развития гражданского права, римское право должно быть знакомо каждому образованному юристу»²⁵². А.А. Малиновский рассматривая в своей монографии вопросы злоупотребления правом, отмечает, что с проблемой злоупотребления правом сталкивались еще римские юристы.²⁵³ Это же утверждение встречается и дальше в тексте данной работы.²⁵⁴

Теоретическое значение римского права исследователи видят в его культурологическом значении: «Римское право способствует преодолению узости национального правопорядка и юридического провинциализма, учит критически мыслить, соизмерить уровень собственной правовой системы с иными системами, пробуждает дух творчества, без чего невозможно истинное правопонимание и правоприменение».²⁵⁵ С.Н. Бондов отмечает, что обращение к правовому феномену, возникшему два с половиной тысячелетия назад, продиктовано не только историческим

²⁴⁶ В.В. Ефимов. Лекции истории римского права. С-Петербург, 1891. С13.

²⁴⁷ Н.Сбитнев. О духовных завещателях по русскому праву// Журнал министерства юстиции. Май. 1861. С181

²⁴⁸ Н.В. Товстолес. Ответственность наследника перед кредиторами вообще и перед легатарием в частности// Журнал министерства юстиции. Ноябрь, №7. 1915. С49-50.

²⁴⁹ Гасман А.Г. Борьба закона за и против безвестно-отсутствующего ответчика// Журнал Министерства Юстиции. №5. Май. Петроград. С75.

²⁵⁰ И.Б. Новицкий. Римское право. Изд. 5-е, стереотипное, М., 1994.С11.

²⁵¹ Косарев А.И. Римское частное право. Учебник для вузов.-М.: закон и право, ЮНИТИ, 1998 С11.

²⁵² Римское частное право: Учебник/ под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского.-М.: Юрист, 1999 С3.;

²⁵³ Малиновский А.А. Злоупотребление правом.-М.: МЗ-Пресс, 2002. С7

²⁵⁴ Малиновский А.А. Злоупотребление правом.-М.: МЗ-Пресс, 2002. С80.

²⁵⁵ С.11. Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс. Ростов-на –Дону, 1999г.

интересом, но и необходимостью самопознания и потребностями сегодняшней радикально меняющейся жизни.²⁵⁶

Непонимание истинной сути римского права, произошедшее вследствие рассмотрения его содержания исключительно с позиции классовости, отражается и в современных трудах теоретиков государства и права. Так, например, было высказано следующее суждение: «римское право, достигшее своего наибольшего развития в период процветания рабовладельческой частной собственности, торговли и ростовщичества, оказало в последующем значительное влияние на процесс формирования и развития буржуазного гражданского права»²⁵⁷. Трудно обвинять именитых составителей курса лекций по теории государства и права, тем более что они сами же и призывают к необходимости «корректировки» укоренившегося в сознании юристов, политологов, философов, социологов и специалистов в области других общественных наук представления о государстве, праве, политике и демократии лишь как о «чисто» классовых явлениях, институтах и учреждениях, тогда как они сочетают в себе наряду с классовыми также национальные, групповые, клановые, этнические, личные и многие другие цели и интересы.²⁵⁸

Исторический подход к изучению римского права особенно ярко подчеркивает свои недостатки для юридической науки при определении его действительного значения. И здесь, как в недалеком прошлом, видны все те же идеологические установки. Ярким примером может служить такое высказывание пропагандиста римских юридических ценностей: «Характеризуя право Древнего Рима, нельзя забывать и о теневых сторонах прогресса. В римском праве мы обнаруживаем не только богатство опыта и закона. В исторических условиях далекого прошлого оно закрепляло, освящало эксплуатацию рабов и свободной бедноты, оправдывало произвол и деспотизм императорской власти и долгое время заглушало самостоятельное развитие правовых систем народов Средиземноморья, насильственно включенных в состав римской империи».²⁵⁹ Нельзя обойти еще одно своеобразное высказывание по отношению к римскому праву, которое, по видимому, навеяно либо исключительно историческим подходом к изучению римского права, либо незнанием его действительного содержания. Так, доктор юридических наук, профессор Саратовского юридического института МВД России г-н В.Н. Синюков призывает законодателя и общественность к тому, что «нельзя все дальше деградировать до уровня римского права- системы красивой, но языческой, убогой духовно, глубоко устаревшей и неадекватной в трактовке человека и правовых отношений человека после рождения Христа».²⁶⁰

Такой тенденциозный подход отражается в обширной правовой литературе, посвященной различным вопросам повседневности. Рабовладельческий характер римского права подчеркивается и в исследованиях, лишь косвенно затрагивающих правовую сферу. Так, в Курсе сравнительного правоведения указывается, что исторические корни континентальной правовой системы формировались в правовых воззрениях и в праве Римской империи, ссылаясь на труд Омельченко О.А. – Основы Римского права.²⁶¹ В работе, посвященной проблемам глобализации упоминается о «рецепции созданного рабовладельческим государством римского права частным правом буржуазных государств»²⁶² и т.д.

Эта идеализация правовой системы характерна и для публичного права. «Одной из первых организованных налоговых систем, многие стороны которой находят отражение и в

²⁵⁶ Бондов С.Н. Брачный договор: Учебное пособие для вузов.-М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000.с12.

²⁵⁷ Теория государства и права. Курс лекций/ Под ред. М.Н. Марченко.-М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. С56

²⁵⁸ Теория государства и права. Курс лекций/ Под ред. М.Н. Марченко.-М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. С4.

²⁵⁹ С10-11. Косарев А.И. Римское частное право. Учебник для вузов.- М.: закон и право, ЮНИТИ, 1998.

²⁶⁰ В.Н. Синюков. О правовом развитии России в XXI столетии// Государство и право на рубеже веков. (материалы всероссийской конференции).С142

²⁶¹ с113. Ю.А. Тихомиров. Курс сравнительного правоведения. М. 1996

²⁶² С39. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век.-М.: Спарк, 2000.

современном налогообложении, является налоговая система Древнего Рима. ... Последующие налоговые системы в основном повторяли в измененном виде налоговые системы древности».²⁶³

Автором констатируется наличие наметившейся тенденции ухода от «рабовладельческого характера» римского права. В литературе подчеркивается, что римское право, несмотря на классовый характер, это уже «не просто право давно отжившего народа, а общая теория гражданского права и процесса, совершенная юридическая форма, которую сменяющие друг друга народы наполнили новым содержанием»²⁶⁴, но при этом не забывается упомянуть, что «римское право- одно из величайших достижений прошлого».²⁶⁵

Такая безуспешность попыток обусловлена внутренним конфликтом между традиционным воззрением на римское право как на давно отжившую правовую систему и юридическим, практическим и поэтому целесообразным, изучением общей теории гражданского права, получившей наименование «наука римского права».

Универсальный характер римского права отмечался и классиками марксизма. Так, Ф.Энгельсом считал, что «римское право есть законченное право простого товарного производства, следовательно- докапиталистического; это право, однако, заключает в себе большую часть правовых отношений капиталистического периода. Стало быть, это именно то, в чем нуждались наши горожане в период возникновения городов и чего они не находили в местном обычном праве».²⁶⁶ К. Марксом также подчеркивался тезис жизненности, универсальности римского права. Он признавал, что «не подлежит сомнению ... и то, что римское право, в более или менее измененном виде, было воспринято современным обществом потому, что правовое представление, которое субъект в обществе, основанном на свободной конкуренции, имеет о самом себе, соответствует представлению о лице в римском праве...».²⁶⁷ Конечно же, эти оценки во многом повлияли на формирование содержания российской науки римского права.

Партийность советской науки при этом приводила к тому, что положительная оценка римского права классиками марксизма сама по себе оправдывает сохранение римского права в учебных планах советских вузов, хотя никто не сомневается в том, что догмы римского права в практике советских юристов имеют мало применения.²⁶⁸

В отличие от стереотипной в большинстве своем современной науки римского права, В.А. Летаев, обобщил различные точки зрения в дореволюционной отечественной историографии по участию римского права в становлении российского права и правоведения. Были выделены следующие обобщенные направления:

- *только теоретическое влияние.* Римское право было материалом для построения общей части гражданского права для любой страны, в том числе и России (Н.Л. Дювернуа, А.В. Гуляев).
- *Опосредованное через византийское (греко-римское) влияние.* В XIX веке некоторые нормы греко-римского права, рецепированные русским правом еще через знаменитую Кормчую Книгу и другие источники, стали восприниматься как исконно русские (Д.И. Азаревич, М.Ф. Владимирский-Буданов).
- *Влияние науки римского права на правосознание русских юристов* через юридическое образование, развитие русской цивилистики, судебную практику. Это позволило создать Проект Гражданского уложения из отечественных источников, но по «теоретическим научным образцам» (А.В. Гуляев).

²⁶³ Налоги и налоговое право. Учебное пособие/ Под ред. А.В. Брызгалина.-М: «Аналитика-Пресс», 1998. С18-19.

²⁶⁴ Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс.-М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С-5

²⁶⁵ Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс.-М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С-7.

²⁶⁶ К. Маркс и Ф. Энгельс, Соч. т.36, стр.145

²⁶⁷ К. Маркс и Ф.Энгельс, соч.т.30. Стр.504.

²⁶⁸ Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. Изд. 2е, доп, и испр. М., «Высшая школа», 1978. С124.

- *Международное значение римского права.* С его помощью в территориально единое пространство (Свод законов) были объединены этнически разнородные части Российской империи (А.В. Гуляев).
- *Для юридического образования и науки.* Римское право способствовало разрешению теоретических проблем действующего права (А.В. Гуляев)
- *В связи с работой над Проектом гражданского уложения* русская цивилистика обсуждала вопрос о том, что из римского права может быть востребованным новейшим законодательством (Е. Васильковский).
- *В римском праве уже были открыты законы общие, а национальное право новых народов заимствовало это, облекая в национальные одежды. Поэтому другие национальные науки- прикладные к чистой. Следовательно, изучение римского права способствует не водворению чужих начал, а разработке своего гражданского права с его национальными особенностями (Л. Казанский).*²⁶⁹

Нас не должно удивлять, что выше приведенный отрывок из работы г-на Лятева посвящен исключительно дореволюционной отечественной историографии. Ситуация с российской современной историографией просто плачевна, несмотря на разрекламированную акцию по изучению римского права. Особенно если ее сравнивать с дореволюционной, в которой также имеются определенные перегибы, видимые под современным углом зрения. Ярлык, приклеенный к науке римского права как «культурное значение», «историческая наука» приводит к уничтожению действительного содержания юридической науки.

В чем же проявляются наиболее яркие недостатки исторического способа изучения римского права? По мнению автора, прежде всего, в изучении давно отринутых человечеством, ошибочных, принятых под воздействием нестабильных внутренних и внешних факторов общественной жизни, правовых ценностей, и ценность которых в настоящее время равна нулю. Кроме того, с течением времени не сохраняется самое главное- ментальность общества, которая могла бы поведать о характере народа, о причинах возникновения, бурного использования, либо игнорирования того или иного правового института.

Данный подход критиковался всегда. Человечество требовало от ученых-правоведов не самолюбования в различных историко-правовых теориях, не имеющих практической ценности, а каких либо конкретных результатов. Ярким примером является обсуждение в печати диспута русского ученого 19в. Дорна представившего свою диссертацию по римскому праву. С сожалением современниками отмечалось, что «... при самом изложении римского права, интересы русского права, да и вообще какие-нибудь интересы, кроме чисто казуистических, мало видно занимали магистранта».²⁷⁰

Кроме того, несмотря на то, что автором констатируется явная тенденция тяготения большинства представителей ученого мира, изучающего и пропагандирующего римские правовые ценности к исторической школе изучения римского права, фундаментальные исторические основы, на которых представители этого направления римского права строят свое учение, в настоящее время подвергаются обоснованной критике. Такое положение обусловлено, прежде всего, с тем, что «никакой одной самой достоверной и самой истинной истории не только России, но и любого другого народа быть не может. Объективные, действующие независимо от нашей воли и желаний, законы времени... не позволяют дать непротиворечивое описание локализованного на сравнительно небольшом отрезке времени исторического события, так как всегда будут возникать взаимоисключающие друг друга варианты, версии и трактовки событий».²⁷¹ Исследователями справедливо отмечается, что нельзя вернуть историческое прошлое,

²⁶⁹ Лятев В.А. Рецепция римского права в России XIX- начала XXв. (историко-правовой аспект). Автореферат. Саратов, 2001г. С21.

²⁷⁰ Т. Андреев. Отчет о диспуте г. Дорна на степень магистра гр. права.// Журнал гр. и торгового права, изд. А. Кнаримом и Н. Туром. 1871г. кн.3. сентябрь. С726.

²⁷¹ Гуц А.К. Многовариантная история России.-М.:ООО «Фирма «Издательство АСТ»; СПб,2000 С-35

потому что новые состояния и события столь разнообразны и процесс столь неодолим, что надеяться на точное повторение ситуации, имевшей место в прошлом бессмысленно.²⁷² «Даже обыкновенный, заурядный историк, который, может быть, думает, что он пассивно воспринимает и доверяется данному и тот не является пассивным в своем мышлении, а привносит свои категории и рассматривает при их посредстве данное» справедливо отмечал Гегель.²⁷³

Но, несмотря на указанные недостатки применения исторического метода, в современных условиях в отношении римских правовых ценностей, нельзя отрицать, что он все же «... дает твердую почву для законодателя. История раскрывает ему психологические черты его народа, восприимчивость последнего к чуждым нормам или упорный консерватизм, медленный или быстрый ход развития институтов, стремление к правовому объединению или разъединению».²⁷⁴ Кроме того, действительное историческое влияние римского права в средневековье настолько сильно ощущалось, что современный «знаток римского права, читая какие-либо из этих законодательств, может даже с достоверностью указать какой степени знания римского права обладали составители его, какие исследования в области римского права им не были еще известны, какого мнения они держались в том или ином спорном вопросе».²⁷⁵

Это для дореволюционных российских исследователей было очевидно, так как «нигде в новом мире догма гражданского права не развивалась так самостоятельно, полно и независимо от воздействия римских учений, чтобы возможно было дать сколько-нибудь законченную картину современного быта страны, не намечая точек сходства и различия с римским правом».²⁷⁶

Тем более, что практическое значение в изучении римского права с помощью исторического способа действительно есть и его выразил русский ученый А. Энгельман относительно ученой обработки греко-римского права: «Что бы ни говорило предубеждение против римского права, а нам не обойтись без него ни в теории, ни в практике. Оно неразрывно связано с ново-европейской юридической жизнью. Мы, в своей истории, также встречаемся с ним на каждом шагу. Оно перешло к нам из Византии; но это не значит, чтобы у нас под именем византийским следовало разуметь что-то *существенно* различное от организующего римского элемента на западе».²⁷⁷

Параграф 6. Римское право как учебная дисциплина.

Традиционно научным миром основателями современного восприятия юриспруденции признаются римские юристы. Они считали, что термин “право” (Ius), произошел от термина “ правосудие” (Iustitia), так как «право есть наука о добром и справедливом». Наука же права рассматривалась как знание божеского и человеческого, умение отличать справедливое от несправедливого. «*iuris prudentia est diunarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*».

Наука частного права, изучающая его как общечеловеческое явление, сформировалась с момента возникновения частного права (а не его формирования) и по настоящий момент является его неотъемлемой составной частью. «Правовая наука- одна из старейших, если не самая старая общественная наука»- отмечают исследователи.²⁷⁸ К

²⁷² А.В. Санцевич. Методика исторического исследования. 2 изд., перераб, дополн., Киев, Наукова Думка.1990. С35.

²⁷³ Гегель. Соч. тVIII, с12.

²⁷⁴ Г. Шершеневич. Общая теория права. В.4. 1912. М. С791.

²⁷⁵ А. Думашевский. Наше правоведение, что оно и чем оно должно быть// Журнал министерства юстиции. Ноябрь-декабрь, №11-12, 1867г. с232.

²⁷⁶ Н.Л. Дювернуа. Чтения по гражданскому праву. Т.1.в.1. С-Петербург, 1896.сб.

²⁷⁷ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы». Санктпетербург, 1857г. сV.

²⁷⁸ Р. Лукич. Методология права. М. «Прогресс», 1981.

нашему времени наука римского права превратилась в хорошо отлаженное, обстоятельно разработанное учение, которое продолжает свое поступательное развитие и в настоящее время.

Преподавание юриспруденции как науки существовало, по видимому, всегда, но в своем классическом виде в Европе оно сложилось только ко второй половине XVIIIв., в России же юриспруденция стала активно преподаваться в учебных заведениях с 18в. Среди них виднейшее место занимали Юнкерская школа при Сенате, учрежденная Петром 1 в 1720г., Академия наук – в 1763г., Сухопутный кадетский корпус – в 1731г. Но до 1763г. практическое обучение молодых людей законоискусству в присутственных местах все еще занимало главное место в преподавании права.²⁷⁹

В Российской империи преподавание русского права было введено около 1767г. в систему преподаваемых юридических дисциплин. С этого момента, систему университетского преподавания составили следующие правовые науки:

- Естественное право или философия законов, излагавшая теоретические понятия о происхождении, развитии, значении и цели государства и права;
- Энциклопедия правоведения, в значении вводной науки к познанию системы действующих законов, заключающая в себе краткий очерк истории главнейших политико-юридических понятий и учреждений, в связи с изложением правил юридической герменевтики (толкования законов) и методологии;
- Церковное право, содержащее в себе изложение действующих законов Церкви;
- Римское право, преподававшееся либо в расширенном варианте по Дигестам либо в сокращенном по Институциям Юстиниана, с обязательным сравнительным анализом с действующим законодательством. При изложении положений догмы римского права уделялось также внимание и краткому историческому развитию институтов римского права;
- Национальное право. Оно содержало в себе обзор действующих государственных, уголовных, гражданских и процессуальных законов германского происхождения (немецкий, французский и т.п.). Исторические сведения о происхождении и развитии системы действующих национальных законов были сообщаемы при изложении тех институтов, к которым они относились;
- Народное право. В нем излагались действующие законы, определявшие международные отношения между европейскими государствами;
- Практические занятия. С их помощью учащиеся воплощали теорию права в практическую плоскость: учились составлять договоры, исковые заявления, и т.д.²⁸⁰

Преподавание римского права в Европе проходило длительную эволюцию. Традиционную модель обучения римскому праву встречаем в следующем описании образовательного процесса в средневековой Германии, где оно преподавалось в университетах на итальянский лад (*mos italicus*), и так, как его установили комментаторы; точнее сказать,- преподавалось не самое римское право, а доктрина комментаторов. «В общем устройстве преподавания не было ни плана, ни последовательности; каждый из преподавателей читал, что хотел и как хотел, останавливаясь особенно на том, что по каким-либо основаниям интересовало его лично. Случалось, что курс институций читался четыре- пять лет, или одно место из Дигест комментировалось в продолжение нескольких месяцев; новичек- слушатель рисковал всегда попасть сразу же на середину институционного курса или на подробности комментария. Прохождение полного курса требовало от студента многих лет и средств; через три года он мог оставить университет магистром (диалектика, риторика, вообще *artes liberales*) и не ранее чем через пять лет доктором права. Немногие достигали такого конца; большинство, нахватавшись отрывочных знаний, покидало университеты и расходилось по стране. Полуобразованные

²⁷⁹ Лаппо-Данилевский. Собрание и свод законов Российской империи, составленные в царствование ЕкатериныIII/ Журнал министерства народного просвещения. Январь. С-Петербург, 1897. С2.

²⁸⁰ Д. Самоквасов. История русского права. Кн.1. Варшава, 1888г. С.19

юристы этой категории не могли примкнуть к высшим судам, но их принимали охотно в низших судах и они поступали туда в качестве адвокатов, секретарей и писцов.²⁸¹

Дурная репутация адвокатов в средние века является общеизвестным фактом. Даже папа Иннокентий III, заслужив звание знаменитого юриста «*iurista maximus*», сколько возможно противодействовал их обычаю навязываться истцам и обирать их а также другим подобным обычаям адвокатской практики.²⁸² Соответственно, тезис «Юристы-плохие христиане» был выработан в средневековой Европе. Исследователи связывают его появление, прежде всего, с низким по сравнению с современным уровнем образования. «Постепенно «полуобразованные» юристы приобрели в судах преобладающее значение» (с30)... «При крайне неравномерном распределении образования в юридическом сословии и при относительно низком уровне этого образования вообще, юридические познания в распоряжении многих послужили лишь для различных злоупотреблений. Среди адвокатов нашлось не мало кляузников; среди разумных советов, раздаваемых изустно и письменно, и печатно, не мало каверз самого низкого свойства. Стороне, желающей отделаться от неприятного свидетеля на суде, советовали дать этому свидетелю предварительно пощечину и потом утверждать что он свидетельствует по вражде. Кто желает приобрести вещь, которую хозяин не продает, тому советовали выпросить ее себе в ссуду и потом как бы затерять: хозяину придется удовольствоваться денежным удовлетворением по оценке. Если муж намерен завещать своей жене узупфрукт на имение, нотариус же, благоприятствуя жене, желает обеспечить за ней собственность, то ему рекомендовали к обозначению узупфрукта прибавить, как бы в пояснение: «что бы она не могла закладывать»; потом эта оговорка дает сторонникам жены основание приписывать ей не узупфрукт, но (ограниченное) право собственности. Кто намерен показать ложно под присягой, тот должен присягнуть в праздник, когда самая присяга не действительна. Кого принуждают жениться на девушке, им обольщенной, тому советовали внести в брачный договор условие: брак разрушается, если жена изменит мужу; присутствующим такая оговорка покажется вполне основательной, а между тем самый брак, как условный, будет недействительным».²⁸³

Конечно, это не в коей мере не подходило под идеализированный образ юриста, сформировавшегося в древности. Исследователи считают, что «... когда право уже секуляризовалось, для того, чтобы быть юрисконсультom, требовалось не одно только теоретическое знакомство с правом. Юрисконсульт должен был занимать высокое общественное положение, которое приобреталось предшествовавшей многолетней государственной деятельностью, а часто кроме того и знатностью происхождения. Прежде, чем претендовать на положение юрисконсульта, римский гражданин должен был пройти ряд магистратских должностей, просужить квестором, трибуном, эдилом, претором, консулом. В этой многолетней и многосторонней деятельности он знакомился с правом не только по формулам, но в самой его жизненной функции, знакомился лично с потребностями общественной и частной жизни, усваивал себе техническую сторону права и вместе с тем получал полную возможность обнаружить перед народом и свои дарования и опытность и свое нравственное достоинство. Он должен был показать себя народу не только тонким дельцом, но и человеком высокого гражданского мужества, неподкупной честности, способным устремлять свой взор на существо дела не уклоняясь в сторону под влиянием посторонних интересов. Такой гражданин, уже убеленный сединами и окруженный ореолом своего славного прошлого, мог спокойно думать о приближении старости, не опасаясь зачахнуть от бездеятельности среди всеобщего забвения: народ ежедневно будет толпиться у его дверей, чтобы спросить его совета; для магистратов и

²⁸¹ С. Муромцев. Римское право на Западной Европе. Очерк четвертый и последний. Период полной рецепции в Германии. // Юридический вестник. Кн.1. (май), М. 1885. С30.

²⁸² В. Герье. Расцвет западной теократии. Т2. Ч.2. М., 1916. С342.

²⁸³ С. Муромцев. Римское право на Западной Европе. Очерк четвертый и последний. Период полной рецепции в Германии. // Юридический вестник. Кн.1. (май), М. 1885. С32.

судей его слово будет с силою. Только такой гражданин мог претендовать на положение юрисконсульта».²⁸⁴

Система образования, которая была введена Петром I, существенно отличалась от европейского образования стремлению к практичности, целесообразности. «Основные начала европейской науки, вырванные из тех жизненных условий, благодаря которым они не теряли своего конкретного смысла на Западе, и перенесенные в виде чистой догмы на восток, оказались слишком отвлеченным для русского общества, мало подготовленного к их восприятию; за то приложения их получали в его глазах несомненное значение. Не будучи в состоянии установить тесную связь между теорией и техникой, русские люди сосредоточили свое внимание на этой последней, что придавало образованию исключительно утилитарный характер».²⁸⁵ В силу этого, представляется справедливым предположение Л.А. Кассо, что «вероятнее всего, малоуспешность распространения римского права у нас объясняется теми-же причинами, которые помешали укорениться на русских равнинах древним языкам, столь давно уже проникших в европейскую культуру и перешедшим вместе с ней в Америку и даже в Австралию».²⁸⁶

Однако, несмотря на это, в отношении римского права как учебной дисциплины была официально выражена позиция министерства народного просвещения в 1885г.: «Римское право есть столько же факт, сколько теория, столько же данная для познающей науки реальность, сколько выработанная до высшей степени полноты и определенности система юридических понятий, имеющая в основе своей жизнь народа по преимуществу государственного, создавшего государство не в абстракции, но в действительности всеобщее, которое, по кончине римского народа, перешло к новым народам в двух великих видах востока и запада, определяемых его двояким отношением к христианской церкви, положившей начало новому, ныне продолжающему свое развитие, историческому миру. Римское право, действовавшее как всемирный закон, остается как всеобщая теория права и служит школой высшего образования для посвящающих себя не только судебному поприщу, но и вообще служению государству в правительственном деле. В таких соображениях римское право, как в своей истории, так и в своей системе, должно быть основным требованием юридического испытания и занимать обширное место в факультетском преподавании».²⁸⁷

Т.А. Алексеева, анализируя систему преподавания римского права в дореволюционной России на примере Санкт-Петербургского университета, пришла к следующим выводам:

- преподавание осуществлялось профессурой особой кафедры римского права;
- в учебном плане имелось два самостоятельных курса истории и догмы римского права;
- в первом курсе изучали историю источников и институтов публичного и частного права;
- второй курс имел и иное название, отражающее его содержание- система римского права;
- предметом курса догмы римского права является законодательство Юстиниана или римское (пандектное) право, действовавшее в Германии еще в конце XIXв.;
- в курсе догмы римского права выделялись две части- общая и особенная;
- традиционно преподаватели римского права стажировались в Германии , где изучали современное им римское (пандектное) право;
- поскольку римское право является теорией цивилистики, преподаватели проявляли научный интерес к гражданскому праву, а также к теории (энциклопедии права);

²⁸⁴ Боголепов Н. Значение общенародного гражданского права (ius gentium) в римской классической юриспруденции. М. 1876. С196.

²⁸⁵ Лаппо-Данилевский. Собрание и свод законов Российской империи, составленные в царствование ЕкатериныII/ Журнал министерства народного просвещения. Январь. С-Петербург, 1897. С3.

²⁸⁶ Кассо Л.А. Византийское право в Бессарабии. М.1907. с68.

²⁸⁷ Л. Куперник. Новые экзаменационные требования по юридическому факультету// Юридический вестник. Т.XX. кн.3. ноябрь.М. 1885. С455

- в учебном плане была представлена не только лекционная форма обучения римскому праву, но и практические занятия.²⁸⁸

В российской литературе отмечалось универсальность знаний юриста: «задачи образованного русского юриста чрезвычайно широки. Кроме непосредственного предмета изучения действующего русского законодательства, русского права и его истории, он должен считаться еще с теорией римского права и иностранными законодательствами».²⁸⁹ Усложнение уровня российского образования приводило к тому, что ранее, в начале 19в., «не предвиделось такой возможности, чтобы энциклопедист ссылался на то, что он не специалист по Римскому праву, романист - что он –не специалист по Энциклопедии, историк Всеобщего права- что он не специалист по Истории Римского права, а историк Римского права- что он не специалист по Истории Всеобщего права».²⁹⁰

В.А. Юшкевич отмечал, что в обучении русских юристов особая роль отводилась сравнительному способу: «... метод сравнительной обработки русского гражданского права с правом римским является целесообразным и с точки зрения дидактической: так как наши молодые юристы в университетах получают теоретические основания гражданской науки на лекциях римского права, то этим методом сохраняется связь между отдельными дисциплинами и достигается единство при их изучении».²⁹¹ И в настоящее время в мире римскому праву как учебной дисциплине отведена особая роль. Так, европейское образование, на примере австрийского, придерживается следующей модели изучения римского права, согласно которой в течение зимнего семестра венский студент каждую неделю посещает двухчасовую лекцию по римскому вещному праву и двухчасовой семинар по той же тематике. Кроме того, читаются одночасовые лекции об источниках и методах римского частного права, о личном и семейном праве. Во втором семестре основное внимание сосредотачивается на римском обязательственном праве, а именно: еженедельно 5 час. отводится лекциям и 2 час. семинарским занятиям с разбором судебных дел. Прослушивается и одночасовая лекция, посвященная римскому наследственному праву.²⁹²

В России же, в ряде событий, последовавших за октябрём 1917г., исторический уклон в изучении римских правовых ценностей был направлен только на подтверждение формационной теории марксизма. Для этого не было необходимости изучать действительную теорию римского права, основывающейся на законодательстве императора Юстиниана. Негативные последствия этого отражаются и сегодня. Основной приоритет изучения римского права отдается только истории римского права, которая изучается и в курсе учебной дисциплины всеобщей истории государства и права, а также в курсе учебной дисциплины основ римского права. Эти подходы слились воедино, вернее сказать, исторический подход «поглотил» юридический, что приводит к застойным явлениям в изучении действительной теории римского права. Так, в Российской Федерации римское право преподаётся в виде определенных штампов (в том числе и носящих безнадежно устаревший идеологический характер), необходимых для заучивания студентом, что объясняется той идеологической направленностью, где право могло классифицироваться по своему характеру только на рабовладельческое, феодальное, буржуазное и социалистическое. По этим же причинам представлялось невозможным пропагандировать в социалистических условиях именно догму римского права, содержащей рабовладельческие, феодальные и капиталистические, т.е.

²⁸⁸ Алексеева Т.А. Из истории преподавания римского права в Императорском Санкт-Петербургском университете // Известия высших учебных заведений. «Правоведение». 6(239), Санкт-Петербург, с208.

²⁸⁹ Юшкевич А.А. Руководящие начала к преподаванию русского гражданского права. Ярославль. 1900. С8а.

²⁹⁰ Предложение ординарного профессора Н. Суворова в Совет Демидовского Юридического лица // Временник Демидовского юридического лица. Ярославль. 1899. С81.

²⁹¹ В.А. Юшкевич. Руководящие начала к преподаванию русского гражданского права // Временник Демидовского юридического лица. Книга 79. Ярославль, 1900. С8а.

²⁹² Г. Хаусмангер. О современном значении римского права. // Советское государство и право. М. Наука. №5. 1991. С100.

общечеловеческие правовые ценности. Приходится констатировать, что историческое воззрение на римское право побеждало и побеждает, так как и в настоящее время римское право как учебную дисциплину преподают, в основном, лица, не владеющие юридическим мышлением (в частности- лица исключительно с историческим образованием). В связи с этим наука римского права обедняется шаблонным изучением отслужившего правового материала исчезнувшего в ходе истории государства, в котором старое не служит средством для раскрытия постепенного поступательного движения юридических понятий. Раздаются робкие голоса критики в отношении методов изучения не только римского права (это в настоящее время в литературе вовсе не критикуется- так как римское право не признается юридической наукой по своему содержанию), но и других юридических дисциплин, например, науки теории государства и права. А.П. Глебов вполне обосновано считает построение системы теории государства и права по историческим типам неправильным. Это, вкупе с другими, «обрекает ее на догматизм, превращая в схоластическую науку, оторванную от государственной и правовой жизни общества, от практики».²⁹³

При этом, необходимо отметить, что исследователи- сторонники исторической ценности римского права с радостью констатируют, что в настоящее время «обновленный подход» (т.е. старый исторический) к изучению римского права в России получает активную поддержку государства: государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования Государственного комитета по высшему образованию 1994г. предусматривает на римское право 100 часов, что в 3-4 раза превышает существовавшие ранее нормы.²⁹⁴ Это нашло одобрение со стороны участников VIII Коллоквиума романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии. Они приняли резолюцию, в которой, помимо прочего, отмечается следующее: «руководствуясь положениями государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования, утвержденного 27 марта 2000г., а также учитывая важное значение римского права для подготовки современного юриста, рекомендовать вузам России, обучающим по специальности «юриспруденция», отводить на изучение и преподавание римского права максимальное количество аудиторных часов (в пределах 100 часов)».²⁹⁵ Но, как уже отмечалось, увеличение часов приходится исключительно на изучение тех правовых ценностей, которые более или менее обладают культурным, но не теоретическим и тем более не практическим значением. Как следствие, упоминание даже исторических принципов и механизмов римского права исчезает из юридических статей, монографий, учебных пособий. Примером служит позиции журнала «Российская юстиция», «Государство и право» и т.д.

При этом выпускаемая огромными тиражами литература по римскому праву «грешит» теми же недостатками, какие ставились в вину современниками еще Д. Азаревичу: «В глазах автора такое свойство книги (как учебника) должно служить полному отсутствию в ней самостоятельной мысли: учебник, думает он, должен предполагать господствующее в учебной литературе воззрения».²⁹⁶ Однако ученые, рассматривающие римское право как историческую ценность, высказываются с некоторым сожалением, о недостатке уровня работ по исследованию римских правовых ценностей. Но какого уровня? На этот вопрос отвечает Е.О. Харитонов: «И все же при всем относительном обилии литературы читательский голод остается неутоленным. Особенно это касается сравнительно небольших по объему учебных изданий, дающих сжатые, достаточно четкие представления об основополагающих началах римского частного права с учетом современных подходов и знаний...».²⁹⁷ Иными словами, для современной науки не требуется каких-либо научных изысканий в этой сфере, где все вроде бы в России

²⁹³ А.П. Глебов. Новое поколение учебников по теории государства и права// Государство и право. 1997, №6. С67.

²⁹⁴ Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс. Ростов-на-Дону, 1999г С5.

²⁹⁵ VIII Коллоквиум романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии.// Известия высших учебных заведений. «Правоведение». 2(235). Санкт-Петербург, с221

²⁹⁶ Дмитрий Азаревич. Система римского права. Университетский курс. Т1. Спб. 1887. С504.

²⁹⁷ Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс. Ростов-на-Дону, 1999г с6.

устоялось. Вследствие этого нет нужды хотя бы переиздавать те работы древолюционных цивилистов, грманских пандектистов, и др. зарубежных романистов, которые разрабатывали забытую для российской современности науку. Ученый мир призывает даже не к детальному изучению римского правового наследия, проблем рецепции и т.д., а наводнение рынка сравнительно небольших по объему учебных изданий, по видимому, считая романистику действительно мертвой наукой. Иного объяснения найти, по видимому, невозможно.

Помимо одинаковых по стилю изложения и однообразности материала, особо выделилось учебно-практическое пособие Д.В. Дождева, который в нем изложил историческо-практический курс римского права. Он отмечает, что обучающий эффект, ожидаемый от разрешения правовых задач по римским источникам, выражается в том, что помимо изучения самого римского права изучение текстов закладывает основы комментирования как специального профессионального навыка работы юриста. Аналитическая же работа с текстами римской юриспруденции формирует методы и стиль юридического подхода к материалу. Наконец, погружение в проблемы, которые стояли перед римской юриспруденцией, стимулирует интерес к праву и укрепляет вкус к юридической профессии.²⁹⁸ Представляется, что Д.В. Дождев излишне оптимистично рассматривает практическую значимость исторического направления изучения римского права, не учитывая те постоянные требования, предъявляемые обществом к содержанию данной науки. Ведь на протяжении веков, юристы с неослабевающим вниманием трепетно следят за ее развитием. Естественно, что они и первыми выпячивают ее недостатки. Основные недостатки были сформулированы в 19 веке, и остаются особо актуальными и по настоящий момент: «То, что у нас обыкновенно предлагается на курсах догмы римского права чересчур скудно, элементарно и сухо для того, чтобы использовать действительно все то, что римское право может и должно дать ищущему образования юристу. Произвольно взятая догматика Юстинианова права, с ее архаичными институтами рабства, колоната et set., представляется чем-то безжизненным, изолированным в кругу прочих предметов юридического преподавания – всех, имеющих большее или меньшее отношение к живой действительности. Видя, что преподавание римского права, наряду с элементарными гражданскими понятиями (которые частью повторяются в других дисциплинах), сводится к изображению мертвого Юстинианова права и его истории, наши слушатели, увы, чересчур часто переносят на римское право взгляд, который у них образовался в средней школе на изучение латинской грамматики и латинского языка».²⁹⁹

Такие недостатки приводили к тому, что, как метко выразился ученый 19в. Тибо, несколько лекций о китайском или индийском праве в состоянии гораздо более развить слушателей, чем самое серьезное знакомство их с правом римским и с его бесчисленными контрверсами.³⁰⁰ На недостатки в преподавании римского права обращали внимание и именитые царские сановники, такие как законодатель М.М. Сперанский. Он, в 1828г., основываясь исключительно историческим подходом, признавал неудовлетворительным обучение римскому праву, считая, что применение системы Юстиниана создавало бы «одно неудобство: молодые наши законники вместо одной должны учиться двум разным системам: российской и римской; но сие неудобство со временем прекратиться. Не выше сил человеческих слить обе системы в одну, т.е. составить изложение римских законов по системе российского Уложения, и тогда обучение их будет столь же просто и удобно, сколь ныне оно трудно и редко бывает основательно».³⁰¹

²⁹⁸ Дождев Д.В. Введение. Практический курс римского права. Часть I: Учеб.-практ. Пособие.- М.: Дело, 2000. С12-14.

²⁹⁹ «Ответы Совета Демидовского Юридического Лицея на предложенные г. Министром Народного Просвещения вопросы о желательных изменениях в организации управления и преподавания в Лицее». Приложения к объяснительной записке. Временник Демид. Юрид. Лицея L XXXVII, С-64. Цитировано по: Чиларж. К.Ф. Учебник институций римского права. 2е изд. М., 1906. С-7.

³⁰⁰ А. Думашевский. Наше правоведение: что оно и чем оно должно быть// Журнал министерства юстиции. Ноябрь- декабрь, №11-12, 1867. С218.

³⁰¹ Гуляев А.М. Об отношении русского гражданского права к римскому. Киев. 1894. С-10-11.

Крайне низкий уровень интереса к римскому праву невольно обобщили вышеупомянутые участники VIII Коллоквиума романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии. В принятой ими резолюции, помимо прочего, констатируется отсутствие какого-либо полного перевода Дигест во многих странах мира. Так, отмечается, что необходимо «считать крайне полезным, прежде всего с точки зрения дидактики, переводы 1-й книги *Дигест* Юстиниана, опубликованные на сербском и китайском языках. Одобрить проводимую в настоящее время работу коллег по переводу 1-й книги *Дигест* Юстиниана на русский, грузинский и румынский языки. Инициирована работа по переводу 1 книги Дигест Юстиниана на другие национальные языки».³⁰².

Обучение римскому праву тесно связывается с качественным юридическим образованием, не всегда отвечающего принципу целесообразности. В России эта проблема приводит к тому, что общество с подозрением смотрит на ученых – теоретиков и восхваляет юристов-«практиков». Типичным для нашего общества примером является следующее высказывание: «Глубоко сомневаюсь в том (и многие со мной согласятся), что известный ученый, доктор юридических наук, профессор, академик, всю свою жизнь занимавшийся наукой, к примеру, в области истории государства и права, может без сдачи квалификационного экзамена, а тем более без прохождения стажировки успешно работать адвокатом».³⁰³. По видимому, исчезает из общественного сознания положение, что юрист это прежде всего образованнейший человек в различных областях гуманитарной науки, а вовсе не тот практический работник, который знает только как «вручить» взятку судье или лично знаком с прокурором.

В советской литературе встречается упоминание и о практической значимости для советского юриста изучения римского права как учебной дисциплины: «При современном расширении международных экономических связей многим юристам приходится сталкиваться с иностранным правом, иностранными договорами и судебными делами в иностранных инстанциях. Терминология римского права и сформулированные римскими юристами принципы до сих пор находят там широкое применение. Таким советским юристам необходимо знать не только римское право, но и латынь...».³⁰⁴.

Необходимость изучения римского права как учебной дисциплины отмечалось известным цивилистом 19в. Н.Л. Дювернуа, считавшего, что даже плохое знакомство с наукой римского права уже дает положительные результаты. Если бы можно было представить состязание между двумя школами – отмечал он - из которых в одной не преподается ничего, кроме римского права, а в другой все, за исключением этого предмета, несомненно торжество осталось бы за первой, ибо никакая школа до сих пор не нашла себе лучшего учителя, чем этот Doctor Magnus (Великий Учитель), как называл римское право Лейбниц.³⁰⁵. Но при этом необходимо правильно расставлять акценты в этой специфической учебной дисциплине. В связи с тем, что исторически сложилось изучение только римского частного права, то необходимо его рассматривать как цивилистическую науку, соответственно, данная учебная дисциплина должна преподаваться на кафедре гражданского права.

³⁰² VIII Коллоквиума романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии// Известия высших учебных заведений. «Правоведение». 2(235). Санкт-Петербург, с221

³⁰³ А.Воронов. Может ли академик быть адвокатом?// Российская юстиция. №12, Декабрь, Юридическая литература, 2001, с15.

³⁰⁴ Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. Изд. 2е, доп, и испр. М., «Высшая школа», 1978. С125

³⁰⁵ Дювернуа Н.Л. Значение римского права для русских юристов. Ярославль.1872г. С-23.

Глава 2. Римское право как юридическая наука: теория гражданского права.

Параграф 1. Догма римского права.

В ходе исторического развития частного права, человечеством был сформирован и другой, важнейший, но игнорируемый в современности подавляющим большинством российских ученых способ изучения римского права, - догматический, и представляющий собой юридическую науку. Первоначально он представлял собой только догматический способ изучения римских правовых древностей. Основания разграничения между историческим и догматическим способами таковы, что при историческом изучении исследуется последовательная смена правовых институтов во времени в зависимости от изменяющихся условий жизни данной общественной среды, а при догматическом - анализируются эти же правовые институты в том виде, в каком они представляются при данных условиях места и времени.³⁰⁶

Что же собой представляет наука «Догма римского права»? Современная теория права под догмой права традиционно имеет в виду общепринятые в юриспруденции исходные основные положения о позитивном праве, его установлении и действии. Вообще же, «догма или догмат значит учение несомненное, истинное. Есть, например, богословская догматика, содержащая несомненные истины вероучения, от которых не должны уклоняться верующие. В том-же смысле и юридическая догматика ведет речь о твердо сложившихся правоучениях, которых должна держаться юридическая практика» - считал русский ученый³⁰⁷.

Учение о догме права в юриспруденции принято именовать доктриной права. «Доктрина права» - это собирательное понятие для обозначения всей совокупности юридико-научных трактовок и суждений о позитивном праве, составляющих основы догмы права.³⁰⁸ С помощью такого способа анализируются те же правовые институты в застывшем виде, без учета особенности определенного места и времени. Догматический метод как метод толкования права применяется для познания содержания права как нормативного явления, для познания содержания права как нормы.³⁰⁹ В настоящее время в российской юриспруденции это один из главнейших способов изучения различных отраслей права.

Исследователи отмечают, что догма права выступает в трех плоскостях:
- во-первых, в виде атомистического строения права - юридических норм, субъективных прав, обязанностей, других категорий и элементов правоотношения;
- во-вторых, в виде внешних форм права - законов, иных нормативных юридических актов, других источников юридических норм, принципов;
- в-третьих, в виде реальных фактов, выражающих действие права, - актов реализации, применение права, его толкования.³¹⁰

Советская наука категорически выступала против догматического способа в принципе, как явного порождения буржуазной юриспруденции. Критические замечания, отрицательные ярлыки встречаются в различных статьях и работах Советского периода. Так, в литературе, посвященной колхозному праву, содержится замечание, что «... это догматическое исследование вряд ли заслуживало бы специальной критики после той борьбы с буржуазной юриспруденцией, которую провела коммунистическая академия».³¹¹ В отношении к докладу Гурвича, Е. Паушканис высказывался, что это прямая вылазка против ленинизма, это желание подменить ленинскую теорию буржуазно-юридической

³⁰⁶ Д.Д. Гримм. Лекции по догме римского права. Пособие для слушателей. Изд. Третье, исправленное и дополненное, С-Петербург, 1910 Сб.

³⁰⁷ В.В. Ефимов. Догма римского права. Учебный курс. С-Петербург, 1901. С4

³⁰⁸ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов М.: Издательская группа Норма- Инфра -М, 1999.-552с. С- 382

³⁰⁹ Р. Лукич. Методология права. М., «прогресс», 1981г. С142.

³¹⁰ Алексеев С.С. Право: азбука-теория- философия: Опыт комплексного исследования. М.: «Статут», 1999. С276.

³¹¹ С. Демченко. Против озерецковщины// Совесткое государство. №5. 1933. С102.

догматикой, так как Гурвич пишет, что мы должны провести «юридико-догматическое» познание Конституции и этим дает чисто меньшевистско-зиновьевскую формулировку о том, что у нас существует «диктатура через партию».³¹² В 1933г. И. Загвязинский задавался вопросом о том, может ли быть преподавателем обыватель в политике: «Может ли быть преподавателем сухой догматик, который видит жизнь только через окошко той или иной сухой догмы, тогда как мы требуем от преподавания его увязки с марксистско-ленинской методологией? Ясно, что такого рода преподавателям не место в наших вузах. Преподаватель Советского хозяйственного права должен быть проводником генеральной линии партии должен быть носителем идей марксизма-ленинизма и уметь применять творческие принципы марксизма к своей специально-правовой области».³¹³

Но современное российское общество пришло к отсутствию сомнений в пользе и целесообразности догматического изучения права. При этом необходимо учитывать, что такая разработка, если она не связана с философией и историей права, будет иметь только непосредственное практическое значение. В этом случае будет обоснованным замечание Н. Дебольского, который в 19в. высказывался, что догматическая разработка не может «двинуть вперед науку права, больше того, я сомневаюсь, чтобы она могла внести что либо новое и в общетеоретическое объяснение существующих институтов, так как искусственно замыкается в ограниченном круге действующих юридических норм и судебных решений».³¹⁴ Охарактеризовывая недостатки догматического способа, исследователи отмечали, что догматическая метода юриста ограничивается изложением юридических норм, проходя мимо жизненной действительности, иными словами- остается на вершинах отвлеченности. Эту методу современное правоведение заимствовало у римских юристов, которые совсем не упоминают о том виде, какой принимал тот или иной институт в условиях римского быта.³¹⁵

Учитывая все недостатки рассматриваемого метода изучения римского права, дореволюционная цивилистика пришла к осознанию, что догматический способ изучения римского права имеет свои особенности, главной из которых является практическая цель- совершенствование современной теории частного права, традиционно опираясь при этом на правовой фундамент, обобщенный в период правления императора Юстиниана. Однако этот вывод прямо не был выражен в научной литературе. В принципе же, догматический способ мало совместим с историческим способом изучения римского права и других исторических правовых ценностей, хотя представителями этого направления делаются определенные попытки модернизации этой области. Так, участники VIII Коллковиума романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии в своей резолюции поддержали выводы проф. С.С. Кипиани о необходимости использования Институций Юстиниана при преподавании римского права в различных странах со ссылками на национальные законодательства.³¹⁶

Традиционно основателем науки догмы римского права, которая является основой теории частного права, признается итальянский ученый- филолог Ирнерий, который в конце 11 века стал публично преподавать римское право. Его активно поддерживала графиня Матильда, которая, будучи надежной опорой Григория VII, захотела создать в противовес раввенской школе, стоявшей на стороне императора, центр изучения римского права, который бы действовал в интересах папы.³¹⁷

³¹² Е. Пашуканис. Письмо тов. Сталина и задачи теоретического фронта государства и права// Советское государство. №1. 1932. С45.

³¹³ И.Загвязинский. Совецание кафедрхозправа московских вузов// Советское государство. 1933. №1-2.

³¹⁴ Н.Н. Дебольский. О значении и методе истории русского права// Журнал министерства народного просвещения. Май, 1904. С83

³¹⁵ Рудольф фон- Иеринг. О задаче и методе истории права// Журнал министерства юстиции. №2. Февраль, 1896. С147

³¹⁶ VIII Коллковиум романистов стран Центральной и Восточной Европы и Италии// Известия высших учебных заведений: «Правоведение». 2(235). Санкт-Петербург, с221.

³¹⁷ П.Г. Виноградов. Римское право в средневековой Европе. М. 1910. С32.

О возникновении науки «Догма римского права» повествует следующая легенда, в справедливость которой верили вплоть до XIX в. Некий профессор теологии обратился за помощью к «грамматик» Ирнерию в Болонии в разъяснении встретившегося в Евангелии от Матфея (Матф., X, 29) термина «асс». Ирнерий же вследствие этого настолько увлекся изучением римских юридических памятников, «дотоле будто бы неизвестных», что сделал их предметом своего преподавания.³¹⁸ В литературе, однако, встречаются единичные обоснованные сомнения о заслугах Ирнерия как первооткрывателя науки догмы римского права, так как «быстрый рост авторитета римского права от Ирнерия до Ацо, в связи с высоким научным достоинством ирнериевых работ заставляют предполагать, что научное изучение римского права началось задолго до того времени, когда Ирнерий привлек к себе всеобщее внимание как родоначальник новой школы юристов, известных под именем болонских глоссаторов».³¹⁹

При этом исследователями обосновано признается, что наука римского права Ирнерия, сформированная как антитеза местному германско - саллическому праву, имело своим основным источником вовсе не античное право Рима, а исключительно Византийское право.

Некоторые российские исследователи делают обоснованное предположение, что, по-видимому, Ирнерий искренне полагал, что сумел из массы ромейских и папских юридических актов восстановить «древнее право» римских императоров, как оно было кодифицировано Юстинианом. « На самом же деле он, конечно, заново творил право, приспособлявая византийскую юриспруденцию, к современной ему действительности. С полным правом мы можем сказать, что так называемое «римское право» есть лишь апокрифированное для авторитетности в древность Болонское право».³²⁰

Данное положение подтверждается и документами, относящимся к началу XIII в., и позволяющему судить о действительной деятельности ученого Ирнерия: «Также в те времена господин Ирнерий, по просьбе графини Матильды, восстановил книги законов, которые долгое время находились в полном пренебрежении и не изучались. В соответствии с той манерой, в которой они были составлены божественной памяти императором Юстинианом, он привел их в порядок и разделил на части, даже вставив кое-где немногие собственные слова».³²¹

Ученый мир до настоящего времени пытается безуспешно объяснить феномен глоссаторского направления изучения римского права, которое рассматривало право Римской империи в качестве действующего. Делались и делаются попытки определить глоссатора как наивного человека оторванного от реального времени, в котором он существовал, некоего «варвара»: «Совершенно искренне глоссатор признал идеалом своего времени право, которое было написано шесть веков до него и другого народа и при других условиях; столь же искренне он верил в полную внутреннюю гармонию этого права, не подозревая возможности противоречия в нем, и каждое видимое противоречие старался устранить путем толкования»: справедливо считал С. Муромцев. В подтверждение им приводятся следующие примеры из деятельности глоссаторов: под римским претором (praetor) глоссаторы понимали судью своего времени, под всадником (eques) - современного рыцаря. На рыцарей распространялись также положения о milites; положения слуг приравнивали к положению либертинов и т.д.³²²

О деятельности представителей этой первой школы исследователей римских правовых ценностей красочно отозвался В.Э. Грабарь, по мнению которого, «они желали облечь современные им общественные отношения в римскую правовую одежду, не справляясь с

³¹⁸ С. Муромцев. Римское право в Италии XI-XV столетиях. Очерк 2. // Юридический вестник. Кн.3 (март). М. 1885.С458.

³¹⁹ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С23

³²⁰ Постников Михаил Михайлович. Критическое исследование хронологии древнего мира. Восток и средневековье. Том 3.-М.: Крафт+, Леан, 2000.-400с.: ил. С-311.

³²¹ Документы по истории университетов Европы XII-XV вв. Воронеж, 1973. С25.

³²² С. Муромцев. Римское право в Италии XI-XV столетиях. Очерк 2. // Юридический вестник. Кн.3 (март). М. 1885.С460

тем, придется ли она по телу. Такого вопроса они себе не задавали. Для них казалось совершенно ясным, что в случае разногласия между действительностью и правом (римским) уступить должна действительность, а не право. На деле случилось иначе. Под римским покровом скрывалась правовая фигура германского варвара. Ее контуры были замены с самого начала. По мере того, как покров приходил в ветхость, скрытая им фигура выделялась резче. Одежда оказалась в одном месте мешковата, в другом тесна; некоторые части тела остались непокрытыми. Волей-неволей пришлось перекраивать и перешивать, местами латать, вставляя новые куски. В результате получилась новая одежда, некрасивая, правда, но более удобная и лучше отвечавшая своему назначению».³²³

Попытки восстановить утраченное прошлое, с помощью которого у ученого мира появилась бы реальная возможность объяснить феномен внезапно возникшего интереса к римскому праву в средние века, прослеживается в противопоставлении угрюмой действительности средневековья и чистого глотка, способного утолить жажду знаний: «Война и схоластические мечтания поглощали деятельность большинства в средневековом обществе. Грубая сила и выпренные, мертворожденные умствования были господствующими явлениями. А между тем ум человеческий нуждался в здоровой пище, в положительном знании. Где было искать их?... Вообще можно положительно и беспристрастно сказать, что римское право было самым практическим и здоровым продуктом человеческой мысли в ту пору, когда европейские народы стали ощущать в себе жажду знаний...».³²⁴

Проблемная ситуация, связанная с невозможностью определения вдруг возникшего интереса к римскому праву в средние века приводит к шаблонному объяснению, направленного на абстрактное восхваление античного права: «Созданная усилиями римских юристов юриспруденция стала фундаментом всего последующего развития юридической науки. Это обусловлено как высокой юридической культурой римской юриспруденции, так и историческими судьбами римского права, на основе которого сформировалась римская юриспруденция».³²⁵

Однако при этом исследователями отмечается, что характер первоначального освоения и обработки римских текстов был до такой степени зависимым и механическим, что он способен скорее поражать обилием труда, чем качеством результатов. Это было собственно набожное заучивание текстов открытых в ту пору частей Юстиниановского права, приведение их в такой порядок, который наиболее соответствовал этой цели, объяснение темных мест сопоставлением параллельных текстов, примирение противоречий. Весь ученый аппарат рассчитан был главным образом на облегчение и запоминание цитат³²⁶. Это выражалось в особом способе изучения римских правовых источников – глоссировании, по которому и получила название школа, активно применявшая его. Глоссирование представляет собой метод, основывающийся на даче объяснений на полях и между строк Дигест, содержащихся в примечаниях (глоссах) к тексту. Глоссы различались нескольких видов. «Некоторые из них (*notabilia*) давали краткое содержание глоссируемых отрывков. Другие (*brocardica*) были изложением широких правовых норм (максим), основанных на глоссируемой части текста. Кроме того, преподаватели аннотировали текст с помощью классификаций, которые назывались *distinctiones*. Они начинали с широкого термина или общего понятия и делили его на различные подчиненные виды, а те, в свою очередь делились и подразделялись дальше, причем автор «следовал этим разветвлениям смысла и терминологии в самых мельчайших деталях. Наконец, в дополнении к «различениям» учитель ставил *quaestiones*, проверяя

³²³ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С29

³²⁴ Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862. С250-251.

³²⁵ В.С. Нерсесянц. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. Изд. Группа НОРМА-ИНФРА*М, М., 1999. с105

³²⁶ Н.Л. Дювернуа. Чтения по гражданскому праву. Т.1.в.1. С-Петербург, 1896.С107

какую-либо широкую доктрину путем ее приложения к конкретным проблемам или вопросам».³²⁷

Описываемый метод в средневековом обществе обладал огромным правовым значением. Это подтверждается существовавшим и широко применявшимся правилом: не могут иметь обязательной силы для суда те римские источники, которые не снабжены глоссами- *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. Глоссаторы рассматривали законодательство Юстиниана как общее достояние всего человечества, в котором собраны универсальные законы всех времен и народов. Они рассуждали так, как будто император Юстиниан еще владел Италией и процессы разбирались в его судах.³²⁸ Исследователи отмечают, что работа глоссирования тянется непрерывно с классических времен через все средние века: глоссы заменяли средневековой эпохе переводы и комментарии.³²⁹

Заслуги глоссаторов можно выразить словами профессора Пухты: «... освоение с рассеяным по всему *Corpus iuris* материалом и разъяснение его разума из его же внутреннего содержания – есть главнейшая теоретическая заслуга школы глоссаторов, этих отцов новой юриспруденции, заслуги, оказанных последующему времени и давшая возможность продолжать это дело на прочном основании».³³⁰ Продолжает эту мысль А. Стоянов, который обосновано считал, что глоссаторы напали на те живые стороны, которые должны быть в методе юриспруденции как науки в истинном смысле этого слова. Изучение положительного права не может обойтись без экзегезы, без догматической и систематической обработки. Здесь выражаются основные, неизменные приемы человеческого ума, которые называют анализом и синтезом.³³¹

Римское право почиталось за писанный разум и освобождало средневековых схоластиков от поисков философского критерия справедливости.³³²

Известнейшими представителями рассматриваемой школы являются Ирнерий, Одофредус, Бассианус, Ацо и другие, преподавательская деятельность которых привлекала в Болонский университет огромное множество студентов. Исследователями приводится цифра до 10000 человек.³³³ Впоследствии, Болонский университет стал пользоваться таким влиянием, что папа Григорий IX отправил ему, имевшему монопольное право пропаганды канонического права, собранные декреты, а император Фридрих II - свои законы в целях «всемирного распространения и придания им научного авторитета».³³⁴ Также известен исторический факт, что в 1158г. император Фридрих I Барбаросса, провозгласивший римское право «всемирным правом», пригласил виднейших ученых в области римского права из Болонского университета для разработки законодательства, детально определявшего полномочия императора в отношении городов северной Италии. Составленный ими закон не был римским правом Юстиниана, он целиком опирался на правовые принципы и доктрины романистов, которые излагались ими в комментариях к Дигестам и в их университетских курсах.³³⁵

При таких университетах создавалась своя уникальная культура, которая характеризовалась термином «научная республика». Она выражалась не только в

³²⁷ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования/ Пер. с англ. - 2-е изд.-М.: Изд. МГУ: Изд. Группа ИНФРА М-НОРМА, 1998. С-133

³²⁸ П.Г. Виноградов. Римское право в средневековой Европе. М. 1910. С35.

³²⁹ П.Г. Виноградов. Римское право в средневековой Европе. М. 1910. С21.

³³⁰ Курс Римского гражданского права. Профессор Пухта, Т.1., изд. Плевако Ф.Н., М.1874г. С-4

³³¹ Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862. С4-5.

³³² Ф.В. Гарновский. Учение о естественном праве// Журнал министерства юстиции. Март. №3, 1916. С7.

³³³ Фердинанд Грегоровиус. История города Рима в средние века. (от V до XVI столетия). Т.V. С-Петербург, 1912. С490

³³⁴ Фердинанд Грегоровиус. История города Рима в средние века. (от V до XVI столетия). Т.V. С-Петербург, 1912. С490

³³⁵ Г.Дж. Берман, Ч. Дж. Рейд. Римское право и Общее право Европы// Государство и право. №12. 1994г. с105

постоянной приверженности к тому или иному университету, но и к осознанию ощущения себя гражданином единой республики- науки.³³⁶ Это, по видимому, объясняется проявлением схоластического метода, бытовавшего в науке рассматриваемого периода. Схоластический метод нашел свое выражение, прежде всего, в учениях о так называемых универсалиях. Универсалии рассматривались в двух видах: как самосущие и как самодовлеющие ипостаси, имеющие свое бытие ante res и даже независимо от тех или иных явлений конкретного мира. Типичным примером такой социальной универсалии может служить вселенская священная римская империя, которую целый ряд средневековых докторов, в том числе и глоссаторы, считали единственной политической реальностью, единственно существующим государством.³³⁷ Этим, по видимому, и можно объяснить такое невероятное «невежество» с позиций современной науки, что «Ирнерий, Плацентин, Ацо, Аккурсий рассуждали так, как будто император Юстиниан еще владел Италией и процессы разбирались в его судах».³³⁸

Впоследствии глоссаторы в их научной деятельности по разработке теории частного права сменили постглоссаторы, обобщив достижения предыдущей школы. Практическим результатом явилось создание комментария к Дигестам начиная с конца XIIIв. «Прилагая все усилия к тому, чтобы превратить римское право в закон, имеющий полное и исключительное действие, постглоссаторы не только преобразуют его нормы применительно к условиям своего времени, но и увязывают последние с нормами канонического и обычного права, а также с нормами местного законодательства».³³⁹ Однако, труды постглоссаторов, несмотря на все положительные черты, не могли устроить ученый мир, так как они оторвались от непосредственного изучения источников, а занимались исключительно толкованием глосс – «glossant glossas». Наука римского права «... подготовлена для совершенно нового дальнейшего развития (торговое право, международное право) и в то же время систематизировано и приведено в состоянии резко контрастирующее с хаосом дигест и с казуистическим и эмпирическим духом юрисконсультов Рима. Отныне юристы стремились практически использовать его решения к новым условиям».³⁴⁰

Положительной чертой данной школы является выдвигание идей естественного права на передний план. Известнейшим представителем данной школы является Раймунд Луллий (1234-1315). Он предлагал для юриста обязанность исследовать, справедлив или ложен закон писанный. Если он найдет его справедливым, то должен выести из него верные заключения. Если же найдет его ложным, то не должен только им пользоваться, не порицая его и не разглашая о нем, чтобы не навлечь позора на старших (законодателей).³⁴¹

В дальнейшем догма римского права в период XV- XVIв, получивший название «элегантного» основывается на историческом и филологическом изучении и объяснении Дигест. Этот этап, получивший название за красивый язык изложения, характеризуется отрицательным отношением к трудам глоссаторов и постглоссаторов, которые исказили первоначальный смысл римских источников. Основание французской школы совпало с возникновением к концу 15в. интереса к изучению римской истории. В это же время были открыты или опубликованы новые источники римского права, такие, как, например, Вестготский Гай, отрывки из Василик и т.д. Этот этап сменяет пандектный, который

³³⁶ Думашевский А. Наше правоведение. Что оно и чем должно быть// Журнал министерства юстиции. Ноябрь- декабрь, №11-12. 1867г. с231

³³⁷ Спекторский Е.В. Происхождение идеи общего или универсального права// Журнал министерства народного просвещения. Ноябрь, 1916, Петроград. С34.

³³⁸ Виноградов П.Г. Римское право в средневековой Европе. М. 1910. С32.

³³⁹ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли.- М.: «Статут», 2000. (Серия «Классика российской цивилистики»). С-46.

³⁴⁰ Давид Р., Жоффре-Спиноза К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. В.А. Туманова.- М.: Межд. Отношения, 1996,-400. С-36.

³⁴¹ Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862. С11.

является вехой в новом понимании и осмыслении теории римского права. Он характеризуется превращением модернизированного римского права в действующую правовую систему на территории Германии в XVIIIв. Модернизация включала в правовую систему наряду с источниками римского права, так же обычное и каноническое право. В нем уже наблюдаются зачатки исторической школы, которая, придя на смену школе естественного права, явилась первой и, пожалуй, наиболее сильной для своего времени формой реакции немецкой юриспруденции на французскую революцию и учения ее идеологов в области философии права.³⁴² Советские цивилисты дали довольно точное определение этому явлению, где феодалы « под видом рецепции римского права создали право, твердо отстаивающее *частную собственность как способ эксплуатации*, и как бы незаметным способом ввели господство нового класса».³⁴³ Подробнее о пандектном периоде будет изложено в параграфе, посвященном вопросам рецепции.

Пандектный этап сменяет натуралистический (рационалистический, естественный). Он характеризовался созданием учения о правовом порядке, который базируется на принципах человеческого разума. «Вопреки своему надуманному названию школа естественного права видела в праве не какое- то естественное явление (как продиктованная богом природа вещей у постглюссаторов), а творение человеческого разума, признанного отныне единственно направляемой право силой».³⁴⁴

Существование обновленной исторической школы обусловило существование следующего этапа развития римского права. Этап характеризуется суждением, что правовой порядок не является отражением абстрактной человеческой природы, но проистекает из национальной природы и национальных качеств каждого народа. Это направление удачно отразил «Журнал исторического законоведения» под руководством Савиньи: «Историческая школа основывается на следующих положениях: «никто и ничто не существует совершенно уединено и отдельно; напротив, что кажется единичным является в сущности звеном высшего целого. Каждый единичный человек есть член семейства, народа, государства; каждый член народа является продолжением и развитием всех прошедших веков. Каждый век производит свой мир в неразрывном общении с целым прошедшим. Каждый век должен признавать нечто данное, которое в одно и то же время и необходимо и свободно: необходимо потому, что оно не зависит от какого - нибудь чуждого произвола; произведенное высшим духом народа, как целого, непрерывно образующегося и развивающегося. Настоящий век есть только член этого высшего целого, живущий в нем и вместе с ним, так как все, данное целым, свободно производится и его членом. Отсюда история является единственным средством к истинному познанию нашего настоящего. Историческая школа признает, что содержание законов дано всей совокупностью прошедшего времени народа, однако не произвольно, так что оно могло быть то, или другое,- напротив, оно истекло от внутреннего существа самой нации и ее истории; а особенная деятельность каждого века должна быть направлена к тому, чтобы изучить, понимать, обновлять и охранять это по внутренней необходимости данное содержание... Каждый народ во всех своих состояниях, а следовательно и в гражданском праве, имеет не случайную, но существенную и необходимую, основанную на всем его прошедшем, индивидуальность; отсюда, изобретение общего права для всех народов также невозможно, как невозможно изобретение всеобщего языка, который бы заменил действительные живые языки».³⁴⁵

³⁴² Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. - М.: «Статут», 2000. (Серия «Классика российской цивилистики»). С-51.

³⁴³ П. Стучка. Революционная роль права и государства. Общее учение о праве. Третье, пересмотр. И доп. Издание. Изд. Комм. Академии. М. 1924. С77

³⁴⁴ Давид Р., Жоффре-Спиноза К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Межд. Отношения, 1996,-400. С38.

³⁴⁵ Самоквасов Д.Я. Древнее русское право. М. 1903. С24.

Этого направления придерживались виднейшие представители русской юриспруденции. Так, Н.П.Загоскин считал, что «...право не должно и не может рассматриваться ни как исключительный императив разума, ни как исключительный продукт природы, ни как результат непосредственной творческой деятельности человека... право каждого отдельного народа – есть продукт всей предшествовавшей исторической жизни его и ...единственным источником права является правовое сознание народа, представляющее органическую часть всего его мировоззрения».³⁴⁶

Очередным этапом развития теории римского права является сравнительно-исторический. Этот этап характеризуется изучением исторического развития институтов права у всех времен и народов с целью предугадать и объяснить современные тенденции развития права. Однако свое непосредственно прямое практическое значение в гражданском праве римское право получает только в буржуазный период, который совпал с сравнительно – историческим этапом изучения римского права. «Когда впоследствии буржуазия так усилилась, что государи стали защищать ее интересы, чтобы с ее помощью сокрушить феодальную знать, тогда во всех странах – во Франции в XV веке – началось настоящее развитие права, происходившее повсюду, за исключением Англии на основе римского кодекса. Но и в Англии для дальнейшего развития частного права (в особенности в той его части, которая относится к движимому имуществу) пришлось обратиться к принципам римского права».³⁴⁷

Советский период и современное состояние науки римского права в Российской Федерации позволяет сделать вывод о ярко выраженном классово- историческом этапе изучения римского права. Он характеризуется определением сущности римского права с негативным окрасом как продукта классовой борьбы, как рабовладельческого права и т.д. Как следствие- рассмотрение его содержания в теории как культурной ценности, не имеющей практического значения. Однако в действительной жизни в СССР произошло прямое заимствование положений теории римского права, в частности переработанного и модернизированного пандектным правом.

Однако в настоящее время наступили предпосылки для наступления нового этапа – цивилистического, который должен рассматривать римское право исключительно как универсальную теорию гражданского права, содержащую в себе общечеловеческие ценности и выверенную во времени различными народами. Он позволил бы опереться на законодательный опыт по внедрению теории римского права в повседневность, так как СССР по своему обогатил науку римского права, развивая и насыщая его не свойственной философией пренебрежения и осуждения частной собственности, смену приоритетов с крайнего индивидуализма на коллективизм и т.д.

Таким образом, в настоящее время римское право, созданное Ирнерием, давно выросло из представления об изучении правовых древностей, применявшихся римским народом в рабовладельческий период развития. Это обновленное право, пропущенное через призму субъективного восприятия сначала глоссаторов, затем постглоссаторов и т.д., т.е. современного человека. Оно, в силу исторических причин, опираясь на законодательство императора Юстиниана, на нем не останавливалось, а вольно или невольно модифицировалось и подгонялось под современные условия, обогащаясь современной правовой философией.

Таким образом, по мнению автора, цивилистический подход к изучению римского права, рассматривает римское право в качестве универсальной теории частного права, отталкиваясь от законодательства императора Юстиниана (529 н.э.), постоянно развивающейся и дополняющейся в настоящее время. Это тот идеал юриспруденции, который всегда существовал, но никогда не применялся в чистом виде ни одной правовой системой.

Соответственно, наука римского права, в силу традиции основываясь на исторических началах (законодательство Юстиниана), определяет стандарты

³⁴⁶ Загоскин Н.П. История права русского народа. Казань. 1899. С-9.

³⁴⁷ Маркс К, Энгельс Ф. Соч. т.20. С.63-64.

современного частного права. Оно содержит в себе правовые институты, которые были характерны не только Римскому, иудейскому, восточному народам, периоду средневековья, новому времени, но и, по видимому, будущему человечеству. Таким образом, предметом науки римского права являются имущественные отношения, возникающие в любом обществе вне зависимости от идеологии, религии, классовости и других факторов. В связи с этим, многие российские исследователи из поколения в поколение отмечают необычайную консервативность и «живучесть» этой науки. Так, признавалось, что гражданское право СССР, несмотря на определенную идеологическую нагрузку, являлось упрощенной и несколько деформированной моделью римского права, что дало возможность западным исследователям обосновать теорию «буржуазного перерождения советского права».³⁴⁸ Непонимание этого факта приводит к ошибочным суждениям, как, например, «она (догма), в частности, как показала теория и практика советского обществоведения, оказалась если не совместимой, то, во всяком случае, сосуществующей с ленинско-сталинской коммунистической идеологией».³⁴⁹ Здесь же необходимо отметить, что В.И. Ленин при разработке проекта Гражданского кодекса обращал особое внимание на необходимость использования ценного опыта западных государств. Он также предупреждал, что ряд правовых ограничений «в духе наших законов» не должен вести к стеснению хозяйственной и торговой работы.³⁵⁰ Иными словами, руководитель молодого Советского государства не только не препятствовал внедрению в социалистическую правовую систему положений науки римского права, но и активно требовал этого.

Для современного состояния юридической науки не представляется особо важным, основывался ли Ирнерий при создании своей науки непосредственно на историческом римском праве, либо же только на Византийском, либо на таком, которое действовало исключительно в его время. Но то, что основано им под названием «римское право», включившее в себя все известные правовые ценности, характерные человечеству на всем этапе его существования, сделали науку римского права огромным интеллектуальным достоянием человечества, теоретическим базисом частного права. Его основной заслугой является конкретное обозначение контуров частного права, которые остаются неизменными и по настоящий день и популяризация своего учения. Весь остальной мир, вольно либо невольно развивает положения науки римского права, наполняя ее содержание определенной философией, характерной для этого состояния общества тем самым, приспособлявая правовые институты к современным условиям. Как правильно отмечал Игеринг, «путем римского права, но свыше его, вне его- вот изречение, в котором для меня заключается значение римского права для нового мира».³⁵¹

Учеными в настоящее время особенно подчеркивается, что «совершенно неверно говорить о римском праве так, будто оно представляет собой единственную правовую систему, существовавшую в определенное время. Наоборот, римское право следует рассматривать, прежде всего, как развивающуюся составную эволюции правовой традиции».³⁵²

Но такой цивилистический подход к римскому праву не только не применяется в настоящее время в Российской Федерации, но и высказываются сомнения в необходимости существования такого направления. Так, крупнейший представитель исторического направления изучения римского права, Д.В. Дождев считает, что при

³⁴⁸ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть 1) // Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». -М.: «Статут», 2000. (Серия «Классика российской цивилистики») С-202.

³⁴⁹ Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования.-М.: «статут», 1999, С-292.

³⁵⁰ Ленин В.И. Полн. Собр. Соч. т44. С412.

³⁵¹ Игеринг. Характер и содержание римского права// Журнал министерства юстиции. №9, сентябрь, 1867. С377

³⁵² Г.Дж. Берман, Ч. Дж. Рейд. Римское право и Общее право Европы// Государство и право. №12. 1994г. с104

большой историчности и юридичности такое изучение римского права принимает во внимание из всей сокровищности римского правового опыта только то, что было воспринято и получило развитие в Новое время. Отсутствующие звенья нередко априорно постулируются и восполняются путем произвольных реконструкций. Однако даже не отказ от восприятия римского правового наследия в целом, не столько выраженная утилитарность, сколько узость теоретических оснований вызывает сомнения в плодотворности этого направления.³⁵³ Однако, при всем уважении к маститому российскому романисту, его замечание вызывает ряд возражений- одно из которых – необходимость в разработке и внедрению в практическую жизнь теории римского права, пересмотр приоритетов и тех идеалов, которые существовали в античности и которые отвергнуты современным ходом истории. По видимому, одно только историческое осмысление римского права мало что даст пытливному уму современного юриста. Необходимо и юридическое изучение римского права, и применение сравнительно-исторического способа такого изучения. А это повлечет за собой переиздание известных трудов дореволюционных российских романистов, зарубежных авторов, которые будут создавать ориентиры или точку опоры для российской романистики и цивилистики. Кроме того, все доставшееся нам наследие римских правовых древностей - это не более как современное восприятие той правовой действительности. Об этом всегда приходится помнить. Отрицать цивилистическое направление в изучении римского права, значит, отрицать накопленные знания различных школ от глоссаторов до современных. Думается, что такой подход не совсем верен.

Приходится констатировать, что теория римского права как таковая исчезает из учебной литературы, научных изданий, мировоззрения передовых российских юристов. Так, например, в работе, посвященной языку права, Н.А. Власенко с возмущением пишет: «В последнее время, чаще на уровне федерального законодательства, появилась тенденция привнесения в отечественную правовую систему древнеримской правовой словесности. Сам по себе факт использования классических римских правовых формул сомнению не подлежит, однако многие предлагаемые для оперирования отечественной юридической практикой слова и словосочетания древнеримского права не привычны для слуха, трудны для произношения и самое главное- имеют синонимы в русской лексикологии».³⁵⁴ А. Величенков оценивая один из проектов закона о доверительной собственности (траст), подверг суровой критике использование терминологии из теории римского права. Он сурово замечает, что «с таким же успехом в законе можно и китайский иероглиф написать».³⁵⁵

Однако, при всем этом, жизненность римского права, как и любой правовой системы можно выразить пророческим словами Кронида Малышева, считавшего, что вообще «организм права есть нечто вечное; в том или другом виде он будет существовать до тех пор, пока живут люди и существует общественный быт».³⁵⁶ При этом, представителями философской науки с тревогой отмечается усиление хода прогресса, что несомненно приведет к изменению философии права. Приводится следующее рассуждение: если последние 50 000 лет существования человека разделить на отрезки времени приблизительно в 62 года каждый, то окажется около 800 таких отрезков жизни. Из этих 800 полных 650 прошли в пещерах. И только за последние 70 таких отрезков жизни стало возможным эффективно передавать информацию от одного поколения к другому благодаря письменности. Только в последние шесть отрезков жизни массы людей увидели печатное слово. Только за последние четыре стало возможным измерить время с любой степенью точности. Только в последние два года кто-то где-то использовал электрический двигатель. И подавляющее большинство всех материальных благ, которыми мы пользуемся в повседневной жизни в настоящее время, были придуманы в

³⁵³ Дождев Д.В. Введение. Практический курс римского права. Часть I: Учеб.-практ. Пособие.- М.: Дело, 2000. С8.

³⁵⁴ Власенко Н.А. Язык права: Монография. – Иркутск: Восточно-сибирское книжное издательство АО «Норма-Плюс». С93.

³⁵⁵ Величенков А. Какой же траст без сервитута// Российская газета. 1994. 3 декабря.

³⁵⁶ Кр. Малышев. Курс общего гражданского права России. Т.1. Санкт-Петербург, 1878г. С17.

течение настоящего, 800-го отрезка жизни.³⁵⁷ Но при этом видна незыбленность, крайняя консервативность институтов частного права. Так, история права показывает, что и в античном, как и в любом другом, праве существовали вещные права, обязательственные правоотношения, наследственное и семейное право и т.д. Однако это не означает, что с течением времени в этой сфере произошел застой. Нет, постоянно меняется внутреннее содержание этих институтов, правовая философия при неизменности формы правового института. Например, в настоящее время отмечается изменение философии права собственности в сторону одноразовой культуры. Философы приводят следующее наблюдение в отношении детей и их игрушек: «Ничто не впечатляет так, как различие между новым поколением девочек, радостно отдающих своих Барби ради новой усовершенствованной модели, и теми, кто, подобно их матерям и бабушкам, долго играл одной и той же куклой и был нежно к ней привязан, пока она не разваливалась от старости. В столь разном подходе выражается главное различие между прошлым и будущим, между обществом, базирующемся на постоянстве, и новым, быстро формирующимся обществом, базирующимся на недолговечности».³⁵⁸

Аналогичную ситуацию исследователи отмечают и в сфере науки уголовного права. В литературе справедливо отмечается следующее: «Уголовное право по природе своей очень консервативно. Испокон веку все проблемы в уголовном праве крутятся вокруг преступления, круга преступных деяний и наказания, его видов, размеров. Безусловно, эти вопросы останутся в поле зрения ученых и впредь. Однако в связи с тем, что уже накоплен огромный теоретический и фактологический материал наступает эра углубленного проникновения в самую суть уголовно-правовой материи: что такое преступление? Что такое наказание? Нас уже не могут удовлетворить формально догматические или наукообразные ответы».³⁵⁹

Теория римского права сформировала определенные системы изложения римского частного права. Получили широкую известность и активно используются две основные системы - римская (институционная) и германская (пандектная).

Институционная система получила свое наименование в связи с тем, что она основывалась на римских учебниках права – институциях и состоит из трех частей: 1) учения о субъекте права; 2) учения об объекте права; 3) учения о судебной защите.

Основываясь на этой системе, римские юристы соответственно располагали свой материал. Характерным примером служат Институции Гая, в которых он отмечает, что все право, которым мы пользуемся, относится или к лицам, или к вещам (объектам), или к искам.

Несмотря на то, что данная система «сделалась точкой отправления для теории правовой классификации»³⁶⁰ к настоящему времени ее значение практически утрачено. Историческое исключение составляет Французский гражданский кодекс (кодекс Наполеона). Он, как уже отмечалось, построен по институционной системе и включает три книги, а также предварительный раздел, содержащий общие положения о публикации, действии и применении законов. Исследователями отмечается, что кодекс Наполеона, помимо институционной системы изложения, воспринял и повторил ряд черт римского права, его формы.³⁶¹ Помимо прочего, это связано с тем, что сам Наполеон постоянно подчеркивал свое знакомство с законодательством императора Юстиниана, которое произошло на гауптвахте, где он отбывал наказание в чине младшего офицера. Соответственно, исследователями в литературе выявлено сходство различных институтов

³⁵⁷ Тоффлер Э. Шок будущего: Пер. с англ./ Э. Тоффлер.-М.: ООО «издательство АСТ», 2001. С26

³⁵⁸ Тоффлер Э. Шок будущего: Пер. с англ./ Э. Тоффлер.-М.: ООО «издательство АСТ», 2001. С62.

³⁵⁹ Голик Ю., Елисеев С. Понятие и происхождение названия «Уголовное право»// Уголовное право. №2/2002 (апрель-июнь).М. с14.

³⁶⁰ Генри Сомнэр Мэн. О системе древнейших кодексов// Юридический вестник. Февраль. М.1882. с258.

³⁶¹ Косарев А.И. Англосаксонская и романо-германская формы буржуазного права. Учебное пособие. Калинин. 1977. С22

кодекса Наполеона с римским правом. О.А. Жидков в отношении кодекса Наполеона считает, что «в трактовке права собственности по кодексу виден возврат от феодальных представлений о собственности к римскому понятию *dominium*. Ст. 544 гласит: «собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом, с тем, чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами». В этом определении виден именно римский подход к праву собственности: законодатель подчеркивает некий универсальный абстрактно-индивидуалистический характер собственности и правомочий собственника».³⁶²

В дореволюционной литературе встречается мнение об использовании российским законодателем институционной системы. Так, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что построение Свода законов гражданских Российской империи представляет собой «близкое воспроизведение институционной системы».³⁶³ Этому же мнению придерживался и другой дореволюционный цивилист В.И.Синайский.³⁶⁴

В российской литературе встречаются отдельные попытки эксгумации институционной системы права, так как «такая схема изложения материала позволяет читателям более четко представить его характер и особенности, как бы увидеть «изнутри»».³⁶⁵ Подобный взгляд «изнутри» обосновано критиковался еще дореволюционными цивилистами. Они считали, что «в институционной системе систематического в строгом смысле, т.е. проникнутого одной общей идеей, изложения мы не находим. Мы имеем здесь только схему, т.е. разделение всего надлежащего материала только по рубрикам, и притом это разделение неудобно еще в том отношении, что оно не дает возможности при изложении известного института права, указать его место в ряду других и выяснить взаимную зависимость различных институтов».³⁶⁶

Другая система изложения догмы римского права – германская (пандектная). Такое название получила в связи с тем, что по такой системе излагался курс пандектного права преимущественно в немецких университетах. Основоположником является германский юрист Густав Гуго. Система Гуго была воспроизведена ученым Гейзе в сочинении *Grandriss eines Sist. Des.gem. civ. Rechts*.

Ее характерной особенностью является искусственное деление отрасли на Общую и Особенную части. Современный мир в настоящее время применяет исключительно пандектную систему. Это объясняется также и тем, что «система германская имеет несомненные преимущества перед римской, так как ею устанавливается совершенно правильная классификация правоотношений по их возрастающей сложности от вещных прав, как самых простых, затем обязательственных, семейных и наследственных, как самых сложных».³⁶⁷ Приведенной точке зрения придерживаются современные романисты, которые утверждают, что с точки зрения систематичности и технико – правового выражения, пандектная система имеет больше преимуществ по сравнению с так называемой институционной системой.³⁶⁸

В соответствии с рассматриваемой системой изложения, римское гражданское право представляет собой единство и разграничение взаимосвязанных, основанных на общих принципах правовых институтов.

Общую часть составляют такие универсальные нормы, которые реализуются во всех частях Особенной части. Примером служат нормы, определяющие круг регулируемых

³⁶² Жидков О.А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма). Учебное пособие. М. 1971г. С67.

³⁶³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.1. изд.11, М. 1914. С54

³⁶⁴ Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып.1. изд.2-е. Киев, 1917. С25

³⁶⁵ Е.О. Харитонов. Основы римского частного права. Изд. Феникс, Р-н-Д, 1999г. С.6.

³⁶⁶ Г.Ф. Дормидонтов. Система римского права. Общая часть. Казань, 1910г. С11.

³⁶⁷ Проф. Шершеневич. О системе гражданского права// Юридический листок, кн.8-9. 1892. С-88.

³⁶⁸ Е.В. Салогубова. Римский гражданский процесс.-М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С33.

отношений, основания возникновения гражданских прав и обязанностей, общие условия осуществления прав и исполнения обязанностей, способы защиты прав и т. д.

Особенную часть формируют: 1) Нормы права собственности и иных вещных прав; 2) Нормы обязательственного права. 3) Нормы наследственного права; 4) Нормы семейного права.

Пандектная система стала характерной именно для германского частного права и построенных по его модели кодификаций, включая и российские гражданские кодексы. По данному образцу были созданы гражданские кодексы многих стран мира, включая Японию, Китай, Грецию и т.д.

В литературе высказывается обоснованное мнение, что уже в институционной системе были заложены основы пандектной системы: «основные элементы пандектной системы уже содержатся в скрытом, «зародышевом» состоянии в системе римских институций. Так, 1-я часть институционной системы («*personae*») содержит зародыш *общей* части пандектной системы (учение о субъектах прав) и *семейное* право. А в обильных содержанием недрах 2-й части институций следуют, один за другим, дальнейшие элементы *общей* части (учение об объектах прав), отдельные институты *вещного* права, *наследственное* и *обязательственное* право. Остается только объединить разделенные элементы общей части, выделить в особые разделы семейное и наследственное право и, что самое главное, широко развернуть вещное право и резко противопоставить его обязательственному праву, чтобы получилась пандектная система».³⁶⁹

Обобщая вышеизложенное, по мнению автора, современные отрицательные тенденции в изучении науки римского права можно обобщить в следующих чертах:

1. в смешении частного права и публичного. Так, во многих учебниках и учебных пособиях римского права излагаются основы права как публичного, так и частного;
2. в изложении исключительно исторической позиции развития римского права, а не юридической, что приводит к изучению отвергнутых ходом истории человечества бесполезных для настоящего времени элементов правовых институтов;
3. в отсутствии переведенных на русский язык подавляющего количества источников исторического римского права, а также трудов его многочисленных разработчиков. Так, например, не переводились никогда в полном объеме Дигесты Юстиниана, вообще не переводилось каноническое право, труды глоссаторов и постглоссаторов и т.д.
4. в чрезвычайно сложном, казуистическом и псевдо - юридическом языке изложения основ римского права;
5. во всяческом публичном превознесении основ римского права, с абсолютным его действительным игнорированием.

Как уже выше отмечалось, в правовом мире существует стойкая тенденция в сведении науки римского права к чисто исторической науке и подмене его действительного содержания сравнительным правом. Известные германские исследователи сравнительного права, «осмысливая» ход истории в Германии 20 века сделали поразительный «вывод», основываясь в том числе, и на сокращении преподавания исторического римского права, что «духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с националистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму».³⁷⁰ Таким образом, эти ученые, по видимому, искренне считают, что качественное или некачественное изучение как исторического римского, так и национального права, может способствовать установлению фашизма и, по видимому, предостерегают от этого. При этом забывается преднамеренно или случайно, что сословие

³⁶⁹ Райхер В.К. Гражданско-правовые системы антагонистических формаций// Проблемы гражданского и криминального права. ЛГУ. 1962. С287.

³⁷⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2тт.-Т1. Основы: пер. с нем.-М.: Междунар. Отношения, 1998. С-38-39³⁷⁰.

юристов, если оно не хочет утратить своей профессиональной принадлежности, вынуждено быть всегда заодно с властью имущими, так как это заложено в самой его природе.³⁷¹

Что же представляет собой сравнительное право? По мнению ученых, «...сравнительное правоведение является теорией или научной дисциплиной в ряду отраслей юридической науки. Ее цель - изучать и сопоставлять различные правовые массивы и системы между собой и с нормами международного права, выявлять сходство и различия, определять тенденции общемирового развития».³⁷² Сами основатели теории сравнительного права - Эдуард Ламбер и Раймон Салей - в 19в. задумали создать не более и не менее универсальную теорию «вселенского гражданского права», что в свете глобализационных процессов нового тысячелетия, отмечается российскими учеными, предложения Ламбера выглядит не столь уж утопично.³⁷³

Однако, отдавая дань гениальности замысла, необходимо отметить, что сравнительное правоведение в области частного права должно основываться на некоем стандарте для осуществления своего сравнительного анализа норм. Что же выбирается в качестве стандарта? На какой правовой системе основываться? К сожалению, ответа на поставленный вопрос в многочисленных публикациях нет, этот вопрос просто игнорируется. На взгляд автора, таким стандартом выступала и выступает догма римского права. Следовательно, те причины, по которым отклоняется частное право той или иной страны от этого стандарта и является предметом изучения сравнительного права. Но, в конечном итоге, все стремится к единому стандарту - к унификации частного права и этот стандарт давно существует, он разрабатывался и активно применялся на протяжении веков.

Применяемый сравнительный метод неотделим от сравнительно- исторического. Это сочетание в виде единого метода к науке теории римского права предоставляет следующие преимущества:

1. Развитие знаний в области частного права;
2. Осознание своеобразия национального частного права, возникшего под влиянием многочисленных факторов;
3. Совершенствование национального частного права;
4. Развитие и наполнение новым содержанием теории римского права.
5. Понимание факта, что право является общечеловеческим явлением, которое развивается по общим законам для всего мира.

Кроме того, существенной чертой, обуславливающей широкую сферу применимости сравнительного метода в историческом познании является и то, что он нацелен на исследование конкретных форм проявления закономерностей общественного развития.³⁷⁴

Применение такого сравнительного способа приносит свои положительные плоды. Однако этот способ практически не используется в современной российской науке. С трудом он внедрялся и в науку 19в. Так, М. Ковалевский с искренним удивлением восклицал: « Удивительно, что русские юристы до сих пор мало обращали внимания на земельное устройство, изображаемое в трактатах мусульманской юриспруденции. Без сомнения, они могли бы отыскать в них объяснение не малого числа темных мест, которые еще представляет история землевладения Империи; они дошли бы до понимания того,

³⁷¹ А.И. Экимов. Политические интересы и юридическая наука// Государство и право. №12. 1996. М. Наука. С7.

³⁷² Ю. А. Тихомиров. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С30

³⁷³ А. Кабалкин, С. Санникова// Глобализация правового пространства и новеллы российского гражданского законодательства// Российская юстиция. №12, Декабрь, Юридическая литература, 2001, с17.

³⁷⁴ В.В. Иванов. Методология исторической науки. М. «Высшая школа», 1985. С102.

каким образом юридическая теория, требовавшая, чтобы князь был единственным собственником земли, не помешала ни личному, ни коллективному овладению земли Московского государства семьями и общинами, точно так же как она не помешала этому и в Большой Орде и другим государствам, руководившимся мусульманской юриспруденцией»³⁷⁵. П. Исиченко также поддерживает важность этого способа осмысления правовой системы: «ценность архивной массы законодательного материала заключается именно в том, что только при ее помощи нам становятся понятным тончайшие извилины законодательной мысли, приходившей в сложном процессе творческого созидания к тому или иному принципиальному решению. В частности весьма ценным для выяснения истины, интересующей законодателя, представляется анализ противоположных мнений, из борьбы которых выходило определенное положение, принимавшее позже форму законодательного акта».³⁷⁶

Однако пользоваться этим методом необходимо осторожно. Исследователями отмечается, что ученый, при интерпретации иностранного права бывает вынужденным рассматривать право иностранного государства с точки зрения собственных национальных юридических традиций, «которое является одним из препятствий на пути познания иностранного права и может привести к его искаженному пониманию».³⁷⁷ Но такая опасность объективна и преодолеть ее довольно трудно (или невозможно в ряде исторических или других причин). Скорее всего, благодаря такому процессу и возникло та теория римского права, ценности которого пропагандируются рядом исследователей. На это явление справедливо указывает российский исследователь В.А. Томсинов, который считает, что процесс распространения римского права в Западной Европе, его использования на практике не может быть назван безоговорочно «рецепцией римского права» хотя бы в силу того, что в данном случае средневековое общество воспринимало не право Древнего Рима, не право чужого общества, а свое собственное право- тот набор юридических форм, который был выделан глоссаторами и комментаторами на основе текстов римского права.³⁷⁸

Теория римского права основывается в силу исторических начал на законодательстве императора Юстиниана.

³⁷⁵ М. Ковалевский. Труд как источник права собственности на землю в Малороссии и на Украине// Юридический вестник. Май и июнь. ТХI. М.1892. с15.

³⁷⁶ П. Исиченко. Законодательная разработка вопроса о ростовщичестве// Журнал министерства юстиции. Май. №5. 1916. Петроград. С252.

³⁷⁷ А.Г. Давтян. Гражданское процессуальное право Германии.-М.: Городец-издат, 2000. С9.

³⁷⁸ Томсинов В.А. Рецепция римского права на западе/ древнее право. IVS ANTIQVVM. №1(3). 1998.-М.: Спарк,1998. С174.

Параграф 2. Законодательство Юстиниана как основной источник цивилистического изучения римского права - *Corpus iuris civilis*.

В силу исторической традиции, основным источником догматического изучения римского права является изданный императором Юстинианом сборник - *Corpus iuris civilis*. Его значение особо подчеркивается многочисленными историками. «Тщеславные титулы Юстиниана, напоминавшие о его завоеваниях, исчезли без всякого следа, но название законодателя надписано на славном и долговечном памятнике»: почтительно отзывался о *Corpus iuris civilis* известный историк Эдуард Гиббон.³⁷⁹ Исследователями отмечалось, что таким трудом Юстиниан создал себе бессмертное имя.³⁸⁰ Ш.Диль считал, что «несмотря на некоторые недостатки, несмотря на спешку в работе, вызвавшую повторения и противоречия, несмотря на жалкий вид помещенных в кодекс отрывков из прекраснейших памятников римского права,- это было поистине великое творение, одно из наиболее плодотворных для прогресса человечества».³⁸¹

Цель создания этого правового акта выражена от имени императора в Институциях: «Императорскому величеству подобает быть украшенным не только победными трофеями, но также вооруженным законами, дабы во всякое время - в военное и мирное - могло надлежащим образом управляться и дабы римский император был победителем не только в сражениях с неприятелем, но также и гонителем, посредством законных путей, неправды недобросовестных людей; и явился бы, таким образом, и благочестивейшим блюстителем законов, и победителем над разбитыми врагами». Современник Юстиниана, Прокопий Кессарийский охарактеризовывал законотворческую деятельность этого императора следующим образом: «...поняв что законы не должны быть неясными вследствие ненужной их многочисленности и, явно один другому противореча, друг друга уничтожают, император, очистив их от массы ненужной и вредной болтовни, с великой твердостью преодолел их взаимные распоряжения, сохранил правильные законы».³⁸² По своей юридической силе он занимает положение «первого среди равных» - *primus inter pares*. Теория римского права определяет, что этим источником надлежит пользоваться как «первым источником всякого знания законов».

Сборник Юстиниана состоит из четырех частей: *Institutiones*, *Pandectae* (*Digesta*), *Codex*, *Novellae*.

Institutiones- это краткое изложение непосредственно гражданского права. Он представляет собой правительственный учебник, служащий, кроме того, сводом гражданских законов. Система изложения построена в соответствии с учением Гая: все рассматриваемые права подразделены на вещные, личные и иски. Материал, содержащийся в Институциях, изложен простым языком. Это сделано с целью упростить обучение учащихся юриспруденции, так как «если мы с самого начала обременим неразвитый и еще неокрепший ум учащегося обилием разнообразных материалов, то мы достигнем одного из двух: или заставим учащегося бросить занятия, или с большим трудом, часто даже с недоверием, которое по большей части отвращает юношей от науки, слишком поздно приведет его к той цели, которой он мог бы достичь без большего труда и без всякого к себе недоверия, если бы его направили по более целесообразному пути» определено Институциями.³⁸³ Они обнародованы 21 ноября 529г. Конституцией *Cupida legum juventus*.

Pandectae или *Digesta*. Это ряд правовых извлечений, сделанных из сочинений 39 римских юристов, живших в классический период. В частности встречаются даже целые фрагменты из трудов Папиниана, Марциана, Модестина и других. Дигесты подразделяются на 7 частей и 50 книг. Каждая книга делится на титулы под определенным названием.

³⁷⁹ История упадка и разрушения Великой Римской империи: Закат и падение Римской империи: в 7т./ Т.5. пер. с англ.-М.: ТЕРРА, 1997. С-15.

³⁸⁰ Б.Низе. Очерк римской истории и источниковедения. Изд.2., Санкт-Петербург, 1908. С497

³⁸¹ Ш.Диль. История византийской империи. Гос. издат. Иностранная литература. 1948. С39.

³⁸² Прокопий Кессарийский. О постройках. // Вестник древней истории. 4(9). Гос. соц. Издат. М. 1939. 207-208.

³⁸³ Инст.Юст. 1.1.2.

Исключение составляют 30, 31 и 32 книги, не классифицированные на титулы. Каждый титул состоит из соответствующих названию правовых фрагментов и высказываний юристов, общим количеством 9123.

Дигесты обнародованы 16 декабря 533г. при Конституции *Tanta ad senatum et omnes populos*. Исследователями отмечается, что «именно в дигестах более чем в каком либо другом памятнике древности выразился истинный характер римской юриспруденции. Именно в них отразилась живая сторона права с ее многообразным конкретным содержанием,- в них наиболее казалась та необыкновенная живость мысли, которое отличало все римское юридическое творчество. Из дигест пахло на глоссаторов свежестью,- свежестью, которая должна была подействовать особенно обаятельно в то время, когда господствующее течение погружало мысль все более и более в рутину схоластики».³⁸⁴

Codex или собрание императорских конституций. Он представляет собой свод важнейших императорских указов от Адриана до Юстиниана. Содержит положения из церковного, гражданского, административного и уголовного права. Кодекс состоит из 12 книг, которые подразделяются на титулы. Каждый титул состоит из краткого указания на содержание и перечисления императорских решений по определенному вопросу права в хронологическом порядке. Каждая входящая в Кодекс конституция начиналась надписью – *inscriptio*, в которой содержалась информация о составителе и на чье имя издано. Заканчивалось надписью- *subscriptio*, в которой указывалось время и место публикации. Этот источник догмы римского права не дошел до наших дней в подлинном варианте. И, по мнению ученых, ни одна из известных рукописей не представляет его текст в том виде, в каком он был издан Юстинианом и употреблялся на Востоке и на практике.³⁸⁵

Обнародован 16 ноября 534г. под наименованием *Codex repetitae praelectionos*, утвержден конституцией *Cordi etc.*

Новеллы, *Novellae*. Это собрание конституций, изданных Юстинианом после окончательной редакции кодекса. Первый период составления Новелл охватывает 535-565г. По мнению императора Юстиниана, под Новеллами понимаются новые конституции, расположенные в определенном хронологическом порядке к действующему законодательству (т.е. после обнародования свода законов). Издавались Новеллы по жалобам перед императором и по донесениям администрации. Содержание Новелл в большинстве своем составляет общие постановления государственного, церковного и гражданского права. Эти части не должны рассматриваться отдельно, а только в их совокупности. Каждая Новелла начинается надписью – *inscriptio*, в которой определяется каким императором и на чье имя издается. В предисловии *praefatio*, *proemium*, указывается предлог, мотив и цель издания нового закона. Содержание самого закона при большом объеме может быть разделен на главы (*capita*). В заключении – *epilogus*, указывается отношение данной Новеллы к праву и устанавливается порядок ее вступления в силу с указанием числа и года вынесения.

При подготовке этого источника права Юстиниан предпринял сознательное выделение из гражданского права потерявших силу древнеримских элементов, так что Юстинианово законодательство уже не включает ничего из древнеримских правовых древностей: сакрального брака, старинного завещательного и наследственного права, вещного и обязательственного права.³⁸⁶

Рассматривая законодательство Юстиниана, ученые не могут отметить, что он вобрал в себя разнообразное количество зарубежных правовых институтов, не характерных историческому римскому праву этой эпохи. Так, Д. Азаревич обоснованно высказался, что «уже юстинианово законодательство внесло в римское право столько чуждых ему исторических понятий, сколько сделало для сглаживания исторических особенностей его развития, приспособив к новому политическим и административным

³⁸⁴ С. Муромцев. Римское право в Италии XI-XV столетиях. Очерк 2. // Юридический вестник. Кн.3 (март). М. 1885.С458.

³⁸⁵ Д.Азаревич. История Византийского права. Т.1. Ч.1. Ярославль. 1876. с 7.

³⁸⁶ Генрих Эйкен. История и система средневекового миросозерцания.С-Петербург, 1907.С12

порядкам, что ... юстинианово право само есть уже явление греко-римского мира».³⁸⁷ Другой исследователь А. Энгельман определяет, что «по буквальному своему смысле выражение «греко-римское право» означает римское право в том виде, как оно видоизменилось и развилось на греческой почве. Перенесенное в греческий мир, римское право подверглось влиянию новых начал, дотоле чуждых. В этом новом виде осуществилось оно в самостоятельном государстве- Византии. Византия, в свою очередь, доставшееся римское наследство, приумножив его завещало другим народам».³⁸⁸

Законодательство Юстиниана оказало огромное влияние на развитие цивилизации. Его содержание отражалось в различных по значимости законодательных актах многих стран. Так, исследователи, изучавшие грузинское право периода правления царя Вахтанга VI, отмечали, что «... тщательное изучение Вахтангова сборника законов привело нас к убеждению, что греко-римское право содержится не только в том отделе, который обозначен как «законы греческие», но и в отделе, отмеченном, как «законы армянские». Дело в том, что содержание первого отделения так называемых армянских законов Вахтангова кодекса, а именно первых 150 статей, заимствованно из греко-римского права древнейшей формации. Эти первые 150 статей, равно как и введение к ним (начиная со слов «Закон благий и истинный»... являются не чем иным, как армянской редакцией составленного на Востоке, приблизительно в конце V столетия нашей эры, в царствование императора Василиска, сборника римских законов»³⁸⁹

Единое название для всех вышеперечисленных книг – *Corpus iuris civilis*. Оно было введено в целях отмежевания от другой совокупности книг *Corpus iuris canonici* Дионисием Готофредом в 1585г. *Corpus Iuris canonici* было создано канонистами на основе умелого сочетания римского, библейского и германского права. Оно входило в состав так называемого канонического права. В настоящее время под каноническим же правом в широком смысле понимается совокупность церковно – правовых норм, обязательных для представителей данной конфессии.³⁹⁰ Непосредственно же в качестве канона понимается церковный закон как таковой, в техническом же смысле им обозначается правило или предписание для христианской деятельности.³⁹¹

Размежевание с Юстиниановым законодательством носило более условный, чем действительный характер, так как «Канонисты ... разделяли со своими современниками- знатоками римского права- одни и те же основные теории природы и функций права и те же основные методы анализа и синтеза противоположностей».³⁹² В средние века церковь организовавшаяся на подобие государства, выработала себе систему права, в сильной степени проникнутую римским правом, и дала пищу науке канонического права, которая отчасти следовала за церковью в ее полете, отчасти подготавливала и уравнивала ее пути, обобщая частности, устанавливая понятия и классифицируя отношения.³⁹³

Исследователями отмечается, что каноническое право, выработанное церковью, «состояло в теснейшей связи с римским правом. Его основные идеи, его исходные положения, насколько дело шло о гражданских институтах, были идеи и положения римских юристов, заимствованных из Юстиниановой компиляции; в этом случае каноническое право было все той же *римской* системой личного обладания и договорных форм с изменениями, которые требовались непосредственными интересами самого

³⁸⁷ Д. Азаревич. История византийского права. Т.1. Ярославль, 1876г. CVIII.

³⁸⁸ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С46.³⁸⁸

³⁸⁹ В.В. Сокольский. Греко-римское право в уложении грузинского царя Вахтанга VI/ Журнал министерства народного просвещения. Сентябрь. С-Петербург, 1897. С59.

³⁹⁰ Источниковедение: Теория. История. Метод. Источники российской истории: Учеб. Пособие/ И.Н. Данилевский, В.В. Кабанов, О.М. Медушевская, М.Ф. Румянцева. М.: Российск. Гос. Гуманит. Ун-т, 1998. С237.

³⁹¹ А. Шагуна. Краткое изложение канонического права, Спб. 1872г. С431.

³⁹² С-200. Гарольд Дж. Берман. Западная традиция права: эпоха формирования./ пер. с англ.-2изд.- М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА М- НОРМА, 1998.-624с.

³⁹³ Н. Суворов. Церковное право как юридическая наука// Юридический вестник. Кн.4. август. М., 1888г. С522.

церковного строя, и с известной окраской римских норм в христианском духе”.³⁹⁴ Кроме того, “... выработанное западной церковью каноническое право, влияние которого обнаружилось потом на германском праве, имеет во многих отношениях свои корни в римском праве. Кроме того, выяснение римского бракозаключительного права дает возможность сравнить его с каноническим и с германским, так что уже одним сопоставлением того и другого и третьего сразу определяется их взаимное отношение и предупреждает сбивчивость в понятиях, которая никогда и нигде не может быть желательна”.³⁹⁵

Отмечалось, что церковь нашла основания вещного, обязательственного, семейного и наследственного права, а также основания уголовного права касательно личной правоспособности, методов судебного следствия, наказуемости преступных деяний и способов наказания, готовыми в значительной мере и в целом виде в римском праве, а в меньшей мере- в германском. “Поэтому законодательная деятельность церкви должна была в сущности ограничиться соединением уже имевшихся основ права с системой ее учения”- считал исследователь средневековья Генрих Эйкен.³⁹⁶

Использование римского права связано также с резко возросшими в средневековом обществе международно-правовыми амбициями римской церкви. Исследователями отмечается, что: “Римская церковь до такой степени узурпирует функции римской империи, что сливается с последней в одно понятие, и старые правовые представления о римском государстве переносятся на римскую церковь. В новом строе место римских граждан заняли христиане, место иностранцев- иноверцы; название “gentes” применявшееся к народам, жившим вне пределов римской империи, т.е. к чужеземным, стало применяться теперь к народам, неподвластным римской церкви языческим. Весь общественный строй пропитался новыми теократическими воззрениями, но правовые формулы остались старые”.³⁹⁷ Канонисты по отношению к закону, рассматривали его как служанку, находящуюся на службе канонического права.³⁹⁸

Каноническим правом мир интересовался в средневековый период также, как и законодательством императора Юстиниана. Оно нашло своих многочисленных комментаторов. К знанию его особенно ревностно стремился клир, так как оно служило вернейшим путем к достижению кардинальского и даже папского звания. Легаты и ректоры церковной области должны были быть выдающимися учеными юристами.³⁹⁹

Необходимо отметить, что отношение к римскому праву не всегда было таким благожелательным. Ярким примером служит булла папы Гонория III Super Speculam 1217г. и булла Иннокентия IV Dolentes 1259г., положениями которых в XIII в., предпринимались активные но безуспешные попытки по запрету преподавания римского права в Парижском и других университетах Европы.

Составными частями Corpus iuris canonici (clausum) являлись: Decretum Gratiani, Collectio Gregoriana, Liber Sextus Decretalium и Clementinae.

Decretum Gratiani представлял собой руководство по каноническому праву, изданное камадульским монахом монастыря св. Феликса в Болонии Грацианом около 1150г. и состояло из систематизированных церковных сборников, выдержек из Библии, рассуждений отцов Церкви, апостольских правил, фрагментов из постановлений Вселенских соборов, папских декретов, римских законов и франкских капитулярий. Различаются следующие его части: а) рассуждение об источниках церковного права и о церковно- представительных органах; б) о церковном суде, церковных преступлениях и о судебном процессе; содержит трактаты о брачном праве и о покаянии; в) определяет и

³⁹⁴ С. Муромцев. Римское право на Западе. Очерк 3. Влияние канонического законодательства и литературы// Юридический вестник. Кн.4. (апель), М. 1885. С657.

³⁹⁵ Н. Суворов. Заключение брака в средние века// Юридический вестник, кн.1 (январь). М. 1888.

³⁹⁶ Генрих Эйкен. История и система средневекового миросозерцания. С-Петербург, 1907. С512

³⁹⁷ В. Э. Грабарь. Римское право в истории международно-правовых учений// ученые записки императорского Юрьевского университета. Юрьев. 1901. №1. С12

³⁹⁸ Генрих Эйкен. История и система средневекового миросозерцания. С-Петербург, 1907. С511

³⁹⁹ Фердинанд Грегоровиус. История города Рима в средние века. (от V до XVI столетия). Т.V. С-Петербург, 1912. С492

регламентирует богослужебную деятельность церковных органов. Исследователи церковного права отмечают, что его труд как научная отрасль (*theologia practica externa*) был воспринят образовавшейся вскоре школой и вытеснил старые церковные сборники. Но Грациан не ограничиваясь достигнутым, попытался устранить существовавшие противоречия используя схоластический метод. Не получая силы закона, его учение привело к восстановлению забытых правовых положений и к повсеместному действию в качестве обычного права прежних партикулярных.⁴⁰⁰ Как справедливо отмечал русский исследователь Н. Суворов, «начинать с Грациана эпоху канонического права следует ввиду того соображения, что чрезвычайно важным фактором в развитии западного канонического права была наука (конечно, схоластическая в духе того времени), а первый сборник церковного права, который имеет значение не только собирания материалов, но и научно-теоретического трактата, обработанного с научно схоластическими приемами, принадлежит именно болонскому монаху Грациану».⁴⁰¹ Декрет Грациана представлял для канонической науки «эру, с которой она ведет свое летоисчисление».⁴⁰² Не далеко от истины мнение современного российского исследователя А. Тер-Акопова, провозгласившего каноническое право в качестве первой правовой системы- «право, которое, как известно, является прародителем современных юридических школ».⁴⁰³

Данная система права активно развивалась при Папе Римском Иннокентии III, называвший себя «наместником Иисуса Христа». Он предпринял успешные активные попытки к кодификации ранее разрозненных источников канонического права. Исследователями отмечается, что «до тех пор сборники декреталий, даже знаменитый *Decretum*, составленный около 1140г. болонским монахом Грацианом, являвшихся трудами частных лиц и не имевших традиционного значения подлинности. Иннокентий III официально поручил одному из своих нотариусов аналогичную работу, а по окончании ее послал Болонскому университету, который имел монополию проповедания канонического права в Европе, объявив, что на эти Декреталии можно безбоязненно ссылаться в судах и в школах».⁴⁰⁴

Collectio Gregoriana- это сборник папских декреталий, состоящих из 5 книг, составленных папой Григорием IX в 13 веке. Он включал в себя папские постановления периода от 1150 до 1230г. Около 1230г. Григорий IX поручил своему капеллану, доминиканцу Раймунду де Леннафорте, составить систематический кодекс канонического права. Он получил название пяти книг декреталий Григория IX (*Decretalium Gregori Noni libri quique*). Труд этот был впоследствии продолжен и по завершении получил название *Corpus juris canonici*.⁴⁰⁵

Liber Sextus Decretalium - это дополнение к пятикнижию Григория IX, а *Clementinae* – представляло собой сборник декреталий Климента V в XIV. Он является дополнением к ранее изданным сборникам.

Канонисты в своей деятельности успешно применили к систематизации церковного законодательства положения теории римского права и в дальнейшем также успешно развивали ее. В связи с чем, была установлена соответствующая иерархия источников церковного права. Главнейшим каноническое право признает Священное писание или Откровение и безусловно подчиняется ему. Оно содержит не только основные положения веры и нравственности, изречения Иисуса Христа, но указания на действия апостолов, как положительный пример для верующих. Помимо этого источника различают: церковную практическую деятельность в виде преданий и обычаев; автономическое законодательство церкви; законодательную деятельность государства; церковно-судебные решения; научные исследования канонистов и юристов.

⁴⁰⁰ Ульрих Штутц. Церковное право. Пер. по ред. Евг. Темниковского, Ярославль, 1905г. С75.

⁴⁰¹ Н. Суворов. Заключение брака в средние века// Юридический вестник, кн.1 (январь). М. 1888.с18.

⁴⁰² Н. Суворов. Западное учение о диспенсации// Юридический вестник. 1891. Кн.1, сентябрь, М. с14

⁴⁰³ А. Тер-Акопов. Христианские начала и их развитие в российском праве// Российская юстиция, №7, 2001, с67.

⁴⁰⁴ Ш. Бемон и Г.Моно. История Европы в средние века. (1395-1270). Петроград. 1915. С375

⁴⁰⁵ Ш. Бемон и Г.Моно. История Европы в средние века. (1395-1270). Петроград. 1915. С375

Значение канонического права для теории римского права заключается в том, что оно практически сформировало догму римского права, наполнив содержание принципов права новой философией, расширив область применения *bona fides*, регламентация института владения, детально разработав учение о законе и т.д., тем самым придав ему более современный характер. Исследователями отмечается, что римское учение об естественно-правовых нормах было воспринято ап. Павлом и применено к закону нравственно-религиозному. Так, наряду с законом в собственном смысле, т.е. законом откровенным, данным от Бога, ап. Павел (Римлян. II, с14-15) признает существование естественного закона, прирожденного людям, могут жить и живут закономерно язычники, не озаренные светом Божественного откровения, но черпающие из своей совести при помощи разума свидетельство о правде и неправде. Приведенное учение ап. Павла тем более было применено к законам гражданского общества и таким образом освящало для христиан идею естественного права.⁴⁰⁶ Доктрина естественного права была применима ко всем институтам частного права. Так, учение о договорах канонического права искало своих основ в религиозной идее церкви и даже в божественном естественном праве безгрешного первобытного состояния, сохранявшегося тогда в чистоте и ясности в человеческом сознании и не требовавшей поэтому никакой сделки, никакого письменного утверждения и никаких законных форм. В то время согласие воли двух людей не требовало законного удостоверения, так как данное слово было свято и ненаруσιμο. Эта точка зрения естественного права, по которой всякое заявленное согласие воли двух личностей было основанием договора, было и точкой зрения канонического учения о договорах. Согласно с этим идеальным естественным правом, каноническое право признавало данное без всякой формы обещание достаточным основанием для возникновения обязательственного договора. Неисполнение же лежащего в основании договора обещания было ложью и нарушением Божественного естественного права. Поэтому нарушение бесформенного договора было не меньшим грехом перед Богом, чем нарушение договора, заключенного с соблюдением определенных законных форм, потому что «Бог не делает никакого различия между простым словом и клятвой». На основании этих положений, исследователи делают вывод, что «интерес вечного спасения души был тем решающим основанием, которое заставило каноническое право отказаться от условий, ставимых римским и германским правом для обязательственности договоров, и выставить, как общий принцип, обязательность бесформенных договоров».⁴⁰⁷ Опираясь частично на тексты Юстиниана, но, кроме них, на Библию, естественное право, правила книги покаяний, каноны церковных соборов, епископов и пап, и на германское право, канонисты пришли к выводу, который никогда прежде не был сделан ни в одном из этих источников, взятых в отдельности, а именно: по общему принципу согласованные обязательства имеют обязательную силу - не только моральную, но и юридическую, даже если они были приняты без каких либо формальностей.⁴⁰⁸ Активно применялись и поддерживались каноническим правом так называемые натуральные обязательства. С прошествием времени они не исчезли окончательно из правовых систем современности, а продолжают активно применяться. Так, современное французское гражданское право предусматривает возможность существования обязательств, не подлежащих принудительному исполнению в исковом порядке, а в случае их добровольного исполнения должником лишающих последнего права истребования платежа обратно (ст. 1967 ФГК). Не исключением является и Российская Федерация. Так, Гражданский кодекс (ст. 206) устанавливает положение, что должник или иное обязанное лицо, исполнившее обязанность по истечении срока исковой давности, не вправе требовать исполненное обратно, хотя бы в момент исполнения указанное лицо и не знало об истечении давности.

Исследователи отмечали стремление церкви к развитию положений частного права, что выражалось и в том, что «церковь, развивавшая свое право из римского, пользовалась

⁴⁰⁶ Ф.В. Тарновский. Учение о естественном праве// Журнал министерства юстиции. Март. №3, 1916. С5.

⁴⁰⁷ Генрих Эйкен. История и система средневекового миросозерцания. С-Петербург, 1907. С492-493.

⁴⁰⁸ Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии. Пер. с англ. Шабельникова Д. и Тименчикова Библиотека Московской школы политических исследований. М. 1999г. С-230.

в своем хозяйстве письменным договором, там, где частные лица пользовались договором бенефициальным».⁴⁰⁹

На церковное право оказывало влияние и в 19в. теория гражданского права. С критикой этого влияния выступил П. Гидулянов: «Аналогия с гражданским правом, является по своей большой научной разработке естественным образцом для всякой юридической конструкции церковного права, что церковь юридически считается объектом властвования, а субъектом его признавался папа в католической церкви и т.д. ... Стоя на точке зрения этой теории, придется признать отношение папы к церкви совершенно аналогичным с отношением собственника к его имуществу. Церковное властвование было бы властвованием собственника над принадлежащим ему имуществом, а верующие вопреки лежащей в основе церкви идеи равенства и свободы были бы низведены до положения рабов. Но тогда и церковное право ничем не отличалось бы от частного права собственности»⁴¹⁰

Исследователями отмечается, что греко-римским правом «...в строгом смысле заниматься им начали лишь в XVI столетии. Впрочем, эти занятия имели целью почти исключительно объяснение и восстановление текста законных книг подлинника. Самостоятельного изучения удостоились одни только памятники права канонического, потому что важность их для Запада была очевидной. Странно, что канонисты, призванные к этому делу по самому своему званию, мало в нем участвовали. С одной стороны знание греческого языка не было распроостранено между ними, с другой же стороны, внимание их почти совершенно поглощалось вопросами и требованиями практики. При таком направлении канонистов не мудрено, что в составляемых ими печатных сборниках канонического права, до начала XVII столетия, древнейшие памятники являлись, вместо греческого подлинника, лишь в неисправных латинских переводах. Вообще говоря, важнейшие заслуги по части канонического права приходятся на долю богословов и филологов, которые в усердии не уступали юристам».⁴¹¹

Влияние канонического права и соответственно пропаганда его ценностей отражалось на всех уровнях жизни общества. Так, такое влияние можно найти в средневековом учении о демонологии. В литературе отмечается, что преследования ведьм появляются очень поздно в истории средневековой Европы. Хотя основанием своим они имеют суеверие, характерное для низших ступеней культуры, однако только из смеси христианской догмы с языческими суевериями могла возникнуть развитая «демонология», давшая теоретический базис для представлений о силе дьявола. «Кудесники», «волхвы», «чародеи», «ведьмы» с их заговорами и чарами были известны давно, но учение о договоре, заключаемом с дьяволом и т.д. развилось только в XIVв. Оно было, по видимому, заимствовано из Византии, где легенды о договорах, заключаемых с дьяволом были распространены уже в конце IXв.⁴¹² Известна также легенда из жизни Франциска Ассизского, подтверждающего тезис об особом отношении канонического права к договору. Этот святой, одолев силой креста страшного волка-людоеда, не убивает чудовище, а заключает с ним договор: если люди будут поставлять волку еду, обещает ли он не нападать на них и на их скот? И волк «принимает договор наклоением своей головы». Этот договор выполняется до самой смерти волка.⁴¹³

⁴⁰⁹ П.Виноградов. Феодализм в Италии// Юридический вестник, декабрь. 1881. М., с552.

⁴¹⁰ П. Гидулянов. Юридическая природа церкви// Журнал министерства народного просвещения. Сентябрь. Петроград, 1917, с81.

⁴¹¹ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С11.

⁴¹² П.Люблинский. Процессы о ведовстве в Англии и суд присяжных// Журнал министерства народного просвещения. Новая серия. Часть XLVII. Октябрь. С-Петербург, 1913. С194.

⁴¹³ Бушков А.А., Буровский А.М. Россия, которой не было-2. *Русская Атлантида: Историческое расследование.*- Красноярск: БОНУС; М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2001. С118.

Современными российскими исследователями отмечается положительность влияния канонического права на развитие доктрины современного частного права. Так, Т.В. Кашанина справедливо отмечает факт, что каноническое право непосредственно вмешивалось и активно регулировало следующие положения:

- 1) осуществления таинств (брачно- семейное право);
- 2) составления завещаний (наследственное право);
- 3) принесения клятв, включая клятвенные заверения (договорное право);
- 4) управления церковной собственностью (право собственности);
- 5) выявления грехов и заслуженность церковных наказаний (уголовное право);
- 6) занятия церковных должностей (административное право);
- 7) церковного налогообложения (финансовое право);
- 8) других видов дел, если стороны желали воспользоваться церковной юрисдикцией.⁴¹⁴

Однако этот перечень является далеко не полным. Кроме того, упущены самые главные достижения канонического права, среди которых: доктрина естественного права, учение о договорах, учение о «греховной» частной собственности и т.д. Исследователи отмечают, что каноническим правом сформулированы применяющиеся в настоящее время принципы договорного права. Среди них:

1. соглашения должны иметь юридически принудительную силу, даже заключенные без формальностей, но при условии, что их цель разумна и справедлива;
2. соглашения, заключенные под воздействием обмана, насилия, заблуждения не должны иметь юридической силы;
3. права третьей стороны, заинтересованной в договоре, должны быть защищены;
4. договор может быть подвергнут изменениям в соответствии с принципом справедливости;
5. при исполнении, его толковании требуется интерпретация;
6. при неясности договорных условий, неясность трактуется в пользу покупателя;
7. недобросовестные договоры не подлежат исполнению;
8. молчание может быть истолковано как повод к выводам относительно намерения сторон при составлении договора.

По мнению Бермана, эти принципы воплотили то, что можно назвать договорной теорией права.⁴¹⁵

Российское право в силу исторических причин практически полностью заимствовало положения римского и канонического права, введя их в качестве действующей отрасли права, регулирующих семейные правоотношения. «Не нужно доказывать, что постановления канонического права Греческой церкви о браке и других отношениях семейной жизни должны были сделаться для Русской церкви законом тотчас с ее основанием: это и без прямых исторических свидетельств, которые, впрочем, можно привести во множестве, разумеется само собой, потому что каноническое право Греческой церкви со всеми его постановлениями образует одно целое и Русскую Церковь, которая признавала Греческую своей матерью»: отмечал в 19 в. российский исследователь Неволин.⁴¹⁶ Ярким примером является активное распространение на территории древней Руси Кормчей книги. Она представляла собой греческий Номоканон (Прохирон), который применялся вплоть до 19в. включительно. В основу этого законодательного памятника положено законодательство императора Юстиниана. В связи с чем исследователи отмечают, что «...при сличении отдельных мест Прохирона с текстом Юстиниановых источников права оказывается, что редакторы первого часто пользовались лучшими рукописями, чем те, которые лежат в основании наших изданий греческих конституций

⁴¹⁴ Т.В. Кашанина. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: Учебное пособие.-М.: Юрист, 1999. С282.

⁴¹⁵ Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии. Пер. с англ. Шабельникова Д. и Тименчикова Библиотека Московской школы политических исследований. М. 1999г. С-232.

⁴¹⁶ К.Неволин. История Российских законов. Т.1. Введение и книга первая о союзах семейственных. Санкт-Петербург, 1851г. С.45.

Юстинианова Кодекса и греческих Новелл».⁴¹⁷ Но, как уже отмечалось ранее, эти институты на иной почве приобретали иные, порой причудливые очертания.

Кроме этого, в содержание Номоканона вошло: Свод законов, систематизированных патриархом Константинопольским Иоанном Схоластиком в VIв., Эклога императоров Льва III и Константина V, содержащая нормы римского гражданского права; Номоканон патриарха Фотия (IX), Судный закон; Свод законов императоров Романа и Константина (Xв.); Свод законов императора Алексея Комнена; Свод законов о браке; Пространная Русская Правда, церковные уставы князей Владимира и Ярослава и т.д. Помимо перечисленного, в рассматриваемый акт вошло и несвойственное по своему характеру законодательство католической церкви. «Нужно только удивляться тому-воскликает исследователь церковного права М. Горчаков,- что в составе Кормчей книги и источников православного церковного права оказалась Булла папы XVIIв.» По его мнению этот факт мог произойти случайно и только вследствие неизвестности происхождения.⁴¹⁸

Смешанный характер рассматриваемого источника позволяет исследователям говорить о сосуществовании в этом сборнике нескольких систем права, среди которых восточноримское право занимало важное место наряду с древнерусским княжеским и церковным правом.⁴¹⁹ На фоне перечисленного, нельзя согласиться с мнением А. Куприянова, считающего, что принципы нашего права - суть принципы языческой Римской империи. Как следствие, он задает следующий вопрос: «Если проснувшееся религиозное чувство должно приобщить нас к Богу, то как же мы сможем продолжать жить в правовом государстве, ограниченном рамками чисто языческого права?»⁴²⁰.

В результате постоянных коллизий светского и канонического права выработано правило, согласно которому императорские правила не обладают юридической силой, если они противоречат положениям Соборов. Однако в истории известны и исключения из правила. Так, в качестве примера можно привести положения эдикта Алексия Комнина, которые противоречат правилам Халкидонского Собора о назначении императором новых митрополитов.

Кроме того, и в настоящее время каноническое право не утратило как своего теоретического, так и практического значения. В литературе отмечается, что действующий гражданский процесс ФРГ имеет два исторических корня: римское каноническое и германское право.⁴²¹

Ф.Энгельс констатировал, что догмы церкви стали одновременно и политическими аксиомами, а библейские тексты получили во всяком суде силу закона. Даже тогда, когда образовалось особое сословие юристов, юриспруденция еще долгое время оставалась под опекой богословия⁴²². В совместной статье «Юридический социализм», написанной Ф. Энгельсом совместно с К.Каутским, определена сущность юридического мировоззрения как разновидности теологического мировоззрения, которому придали светский характер. «Место догмы, божественного права заняло право человека, место церкви заняло государство. Экономические и общественные отношения, которые ранее, будучи санкционированы церковью, считались созданием церкви и догмы, представлялись теперь основанными на праве и созданными государством».⁴²³

Христианская философия направлена на оказание деятельной поддержки государства (в том числе и языческого, а в настоящее время – светского) во всех его положительных начинаниях. Еще апостол Павел, излагая учение Христа о правильном отношении к государственной власти, отмечал: «Всякая душа да будет покорна высшим властям, ибо нет власти не от Бога; существующие же власти от Бога установлены. Посему противящийся власти противится Божьему установлению».

⁴¹⁷ Д. Азаревич. История Византийского права. Т.1. Ч.2. Ярославль. 1876. С22.

⁴¹⁸ М. Горчаков. О тайне супружества. Санкт- Петербург, 1880г. С374.

⁴¹⁹ Саллогубова Е.В. Римский гражданский процесс. М. 1997. С22.

⁴²⁰ А. Куприянов. Церковное право и его рецепция в российское законодательство// Российская юстиция. №2, 2001. с68.

⁴²¹ Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии.-М.: Городец-издат, 2000. С15.

⁴²² Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т.7, с.360.

⁴²³ К. Маркс и Ф.Энгельс, Соч.т.21, стр.496.

Христианство, как религиозная система, не столько оказывало на непосредственное римское право крайне благотворное влияние своей философией, сколько вновь и вновь формировало его. Оно наполнило институты непосредственно античного права иной философией, ему несвойственной. В связи с чем, сравнивая античную религиозную и христианскую философию приходим к выводу о явных преимуществах последней. Ярким примером является высказывания св. Фомы Аквинского, который сделал вывод о неизбежности равенства между женой и мужем в будущем, и утраты самим обществом непосредственного расслоения по классовому признаку. «Но это не служит адекватным противопоставлением словам Аристотеля, согласно которым «в совершенной семье обязательно должны существовать рабы и свободные», поскольку они прозвучали полторы тысячи лет после Стагирита, ограниченность античного мировоззрения становится очевидной при сравнении идей Тацита о круговращении принципов морали с восклицанием апостола Павла: «Не обманывайтесь: худые сообщества развращают добрые нравы!»⁴²⁴

Окраска римско-юридических положений религиозно-нравственными тенденциями составляла характеристическую черту канонического права; обратная сторона этого смешения состояла в том, что в нравственную сферу вносился римско-юридический критерий. Литература канонического права представляла свои «суммы» (*summa*), которые содержали общий обзор предмета в связи с учением об исповеди и отпущении грехов; и здесь юридические указания постоянно перемешивались с нравственными.⁴²⁵

Особый интерес представляет сравнительный анализ положений мусульманского права с теорией римского права. Мусульманское право (ал-фикх) является и по настоящий момент неотъемлемой частью исламского богословия. Отмечается, что не менее полмиллиарда людей на земном шаре живут под воздействием принципов исламского права. Но его кажущаяся старомодность не должна вводить в заблуждение относительно устойчивости, влияния и значения. Даже при поверхностном сравнении мусульманского права и науки римского права неизменно выявляются общие правовые институты, одинаковые подходы к разрешению казусов и т.д. Данную черту наряду с другими учеными отметил Ю.А. Тихомиров, считающий, что «изучение современных источников мусульманского права, текстов законодательных актов свидетельствует о большей степени их сходства с европейским правом».⁴²⁶

В Римском государстве церковные власти были поставлены императором Юстинианом в качестве «пастухов, контролирующих свое стадо». Одним из эдиктов епископам и патриархам им установлено: «Заботясь о врученном нам от Бога государстве и заботясь, чтобы подданные наши пользовались во всем справедливостью, мы написали предлежащий закон (речь идет о таксе казенных пошлин), который мы признали за благо сделать известным твоей святости и через нее всем живущим в твоей области. Итак, твоему боголюбию и прочим епископам надлежит соблюдать оный закон и доносить нам, если что из него будет нарушено архонтами (магистратами), дабы не оставалось в небрежении ничто из свято и справедливо нами узаконенного... Вы должны наблюдать за всеми и прочими и доносить нам как об архонтах, справедливо поступающих, так и о тех, которые будут преступать сей закон, дабы мы, зная о тех и других, первых награждали, а последних наказывали».⁴²⁷

Обязанности епископа в как должностного лица определялись следующими функциями:

⁴²⁴ Иноземцев В.Л. За пределами экономического общества: Научное издание.- М.: «Academia»-«Наука», 1998.-640 стр. С-24.

⁴²⁵ С. Муромцев. Римское право на Западе. Очерк 3. Влияние канонического законодательства и литературы.// Юридический вестник. Кн.4. (апель), М. 1885. С659.

⁴²⁶ Тихомиров Ю.А. курс сравнительного правоведения.- М.: Издательство НОРМА, 1996.- 432с. С131.

⁴²⁷ Л.А. Тихомиров. Монархическая государственность.- М.: ГУП «Облиздат», ТОО «Алир», 1998, 672с. С-167

1. осуществление надзорных функций над начальниками провинций в осуществлении гражданам своих правомочий;
2. оценка личности поручителей на предмет юридической пригодности;
3. рассмотрение жалоб на начальников провинций и подача ему о выявленных нарушениях представления, который обязан был устранить нарушения законности. В противном случае епископ извещал об этом императора;
4. представление кандидатур на должность начальника провинции;
5. обжалование судебных решений начальника провинции;
6. надзор над тюрьмами и обход заключенных не реже двух раз в неделю;
7. Надзор за расдачей хлеба солдатам;
8. Осуществление заботы о беспризорных детях, о предупреждении незаконного обращения в рабство; оказание помощь в исправлении порочных женщин;
9. защита интересов города, участие в избрании должностных лиц городского управления, в ревизии его деятельности и т.д.

Несмотря на признанную положительность воздействия христианства на историческое римское право, некоторыми современными учеными отрицается его позитивность. Так, г- н Митрович считает, что « греко- римская цивилизация была уничтожена тоталитарными идеологиями пустыни (иудаизм, христианство, магометанство, коммунизм), в которых религия, страх и популизм являлись частью идеологии. Законы римского права оказались бессильными перед «заповедями», а система римского государства - беспомощной перед идеологиями, которые уважали не законы государства, а «заповеди» сект, разоривших древнюю цивилизацию».⁴²⁸

Однако этот автор не учел факт активного развития римского права в средневековый период именно благодаря христианству в лице церкви. Рассматривая развитие юриспруденции на этом этапе, российский ученый О.С. Иоффе отмечал, что «положительное право эпохи феодализма подразделялось на две ветви - право, базировавшееся на римских источниках и носившее наименование римского права, а также право каноническое, регулировавшее отношения, в которых участвовала церковь. Соответственно этому и средневековая юриспруденция подразделяется на два тесно связанных, но в то же время отличающихся друг от друга направления, представленные канонистами, с одной стороны, и светскими юристами- с другой. ... Кроме того, конструкции римского права зачастую используются канонистами для разработки служивших тем же целям новых правоположений.... Но если канонисты привлекали лишь отдельные конструкции и нормы римского права, которые либо сами по себе, либо в качестве образца для создания новых конструкций и норм могли служить целям особой защиты интересов церкви, то совсем по- иному относились к нему светские юристы, рассматривающие римское право как непререкаемый авторитет, писанный разум и преклонявшиеся перед ним как перед вечным, неизменным и всеобщим правом»⁴²⁹

Как бы отвечая на резкую критику положительного влияния христианства на право, известнейший германский ученый Рудольф Иеринг отмечал, что «стоит лишь бросить взгляд на множество религиозных институтов, упоминаемых в конституциях христианских императоров, чтобы убедиться в какой мере христианство- как бы высоко или низко ни оценивалось его нравственно- обновляющее влияние на римско-византийский мир, - в одном направлении все- таки оказало бесспорно облагораживающее влияние: это именно есть возбуждение к благотворительности и гуманности».⁴³⁰

Не знание истории канонического права и игнорирование его основ приводит современных исследователей к попытке противопоставления христианского учения науке

⁴²⁸ Божидар Трифунов Митрович. Рекламационное право и рекламации по нарушению контрактов: Пер. с сербского.- Москва: Божидар Т. Митрович, 1997.- 512с. С-Х.

⁴²⁹ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли.-М.: «Статут», 2000. Серия «Классика российской цивилистики». С-41,42.

⁴³⁰ Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. Об юридических лицах по римскому праву.-М.: «Статут» 2000. (Классика российской цивилистики). С-52.

римского права. Они приходят к голословным и необъективным выводам, опровергаемым историческим развитием цивилистики: «Нельзя не согласиться с мнением адвоката А. Куприянова,- отмечает магистр государственного управления В.Э. Гэфенидер,- который считает, что сегодня мы имеем «существенный разрыв между принципами, заложенными в действующее в России законодательство, и принципами христианской православной каноники... Принципы нашего сегодняшнего российского права- суть принципы языческой римской империи, несколько трансформированные на новом витке истории в так называемое континентальное право». В последнее время российское законодательство все более и более насыщается нормами, которые не только не учитывают глубинные основы правосознания российских граждан, но в явной или скрытой форме им противостоят. Буквальное следование индивидуалистическим принципам римского права фактически не оставляет места для правовой регламентации жизнедеятельности таких социальных общностей, как российское общество в целом и семья в частности».⁴³¹

Другое подобное суждение касается различий российской правовой системы от европейской: «В отличие от Западной Европы, в России богатство и частная собственность никогда не поощрялись церковью. Поэтому для России всегда были свойственны и естественны две формы собственности: государственная (казенная) и общинная (общественная), а частная была как бы вторична».⁴³²

Но, как правило, такая критика, обусловленная слабой историко-юридической подготовкой, не находит своих сторонников в среде ученых. Исследователями отмечается исключительно положительное влияние христианства на теорию римского права с самого начала. Оно проявилось в следующих отношениях:

- в семейном праве, супруга стала наделяться равными правами по сравнению с супругом. Например, при вступлении в брак необходимо было и ее согласие, произошло радикальное усложнение процедуры развода;
- институт рабовладения, в своей антигуманной направленности, сведен к минимуму в соответствии с принципами средневекового общества;
- принцип справедливости подчинил строгость права;
- возникла идея систематизации права, как идеи угодной Богу и т.д.

Различия между античным воззрением на правовую природу юридического лица и средневековую точно определил Берман Г.Дж. Он отмечает, что свод корпоративного права, который развился в католической церкви в конце XI- XIIIв., можно уже охарактеризовать как подсистему внутри системы канонического права в целом. Оно существенно отличалось от корпоративного права римлян в том виде, в каком было представлено в Кодификации Юстиниана. Во-первых, церковь отвергла точку зрения римского права, что помимо публичных корпораций (государственное казначейство, города, церкви) только коллегии, признанные в качестве корпораций императорской властью, могут иметь привилегии и свободы корпораций. По каноническому праву, напротив, любая группа лиц, имевшая требуемую организацию и цель- богадельня, госпиталь, студенческое общество, а также и епархия, да и сама Вселенская церковь, - составляла корпорацию, не нуждаясь для этого в специальном разрешении высшей власти. Во- вторых, церковь не согласилась с римлянами, что только публичная корпорация может создавать новое право для своих членов и осуществлять судебную власть над ними. По каноническому праву любая корпорация может иметь законодательную и судебную «юрисдикцию» над своими членами. В- третьих, церковь отвергла точку зрения римского права, что корпорация может действовать только через своих представителей, но не через совокупность членов. Вместо этого каноническое право требовало в ряде ситуаций согласия членов корпорации. В- четвертых, церковь отвергла римскую максиму: «Что относится к корпорации, не относится к ее членам». По

⁴³¹ Русская Православная Церковь и право: комментарий/ Отв. Ред. М.В. Ильичев.- М: Издательство БЕК, 1999, 464с. С-92.

⁴³² Власова М.В. Право собственности и социальная справедливость в процессе развития российской государственности// История государства и права. №1. М. Юрист. С55.

каноническому праву собственность корпорации является общей собственностью ее членов, и корпорация может обложить налогом своих членов, если не имеет иных средств для уплаты долга».⁴³³

Исследователями отмечается на примере католичества в средние века воздействие религии на юриспруденцию осуществлялось не только прямо, но и опосредовано. «Клирики появляются перед нами, как адвокаты, изучают светские законы и медицину ради выгоды, их мы видим в светских занятиях и торговле, даже содержателями таверн и ростовщиками. Все это вводит клириков в самую гущу жизни»: отмечал исследователь Л. П. Карсавин.⁴³⁴ И это несмотря на то, что в некоторой степени такая деятельность нарушала основные каноны церкви. Так, в соответствии с 81 правилом Св. Апостолов, определялось, что «... не подобает епископу, или пресвитеру вдаваться в народные управления, но неупустительно быти при делах церковных. Или убо да будет убежден сего не творити, или да будет низвержен. Ибо никтоже может двои господам работати, по Господней заповеди». Такое же положение устанавливало правило 19 (16) Карфагенского собора: «Рассуждено, да не бывают епископы и пресвитеры и диаконы откупателями ради корысти, или управителями, и да не приобретают пропитания занятием безчестным или презрительным. Ибо должны ствуют взирати на неписанное: никто воинству Богу не обязуется куплями Житейскими».

Современные положения Русской православной церкви также придерживаются описанных стандартов поведения священнослужителей. В частности определением Архиерейского Собора Русской Православной Церкви 1994г. особо отмечалось о воздержании священнослужителей от участия в выборах в Федеральное Собрание Российской Федерации в качестве кандидатов в депутаты а также в другие органы представительной власти стран СНГ и Балтии как на общегосударственном, так и на местном уровне. Соответственно определено «считать также крайне нежелательным членство священнослужителей в политических партиях, движениях, союзах, блоках и иных подобных организациях, в первую очередь ведущих предвыборную борьбу».

И.А. Покровский в своих исследованиях вообще пришел к выводу о том, что Церковь в силу объективных причин нуждалась в римском праве, в соответствии с чем «церковь и клирики всегда и везде жили по римскому праву (*Ecclesia vivit lege Romana*). Благодаря такому порядку римское право применялось среди римской части населения варварских государств и среди духовенства».⁴³⁵

Христианская мораль оказывала благотворное воздействие на общественную жизнь во все времена. Ведь правом невозможно регламентировать каждый шаг субъекта гражданских правоотношений. Так, например, требования поведения в соответствии с моральными установлениям, содержится в древнем историческом памятнике – в Домострое. Примером служит глава 29 о праведном житии: «Если же в селах иль в городах кто хорош по соседски, тот у христиан, у властей и в приказе, справедливых решений в нужное время добьется не силой, не грабежом, не пыткой. Если же не уродилось что и расплатиться нечем, так он и не торопит. А не то так и у соседа или иного христианина не хватило зерна – на семена ли, на пищу, да лошади или коровы нет, или налога в казну уплатить нечем, так нужно помогать ему и ссудить, а мало у самого, так у людей подзанять, но другому по просьбе дать. И помогать им от всей души, от всяких обидчиков оберегая по правде их. Самому господину, и слугам его ни дома, ни на селе, ни на службе, ни в жаловании- ни в каких делах и отнюдь не обделять никого ни в чем: ни пашней, ни землей, ни домашним каким припасом, ни скотиной неправедного стяжания избегая...»⁴³⁶

⁴³³ Гарольд Дж. Берман. Западная традиция права: эпоха формирования./ пер. с англ.-2изд.- М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА М- НОРМА,1998.-624с. С-213.

⁴³⁴ Лев Платонович Карсавин. Собрание сочинений в 2. «Основы средневековой религиозности». 1997. Изд. «Алетейя». С-48.

⁴³⁵ Покровский И.А. История римского права. Рига. С-429.

⁴³⁶ Домострой. / Сост., вступ.ст., пер. и коммент.В.В. Колесова; подгот. Текстов В.В. Рождественской, В.В. Колесова и М.В. Пименовой; худож. А.Г. Тюрин.-М.: Сов. Россия, 1990.-304.ил. С144.

С приходом коммунистической партии к власти в нашей стране был признан тезис: любая мораль носит исторический и классовый характер. «Нет и не может быть морали, пригодной для всех времен и народов, для всех классов. С изменением общественно-экономических условий изменяются правила взаимного общения людей, правила их поведения».⁴³⁷ Соответственно, возникла актуальнейшая необходимость в определении коммунистической морали, существенно отличающейся по идеологическим воззрениям от рабовладельческой, феодальной и буржуазной морали. Определено, что «коммунистическая мораль – это мораль активной борьбы. Она не ограничивается отрицанием старого и признанием нового, а требует конкретных дел во имя торжества нового»⁴³⁸. Исследователями отмечается, что сама коммунистическая партия обладала аскетизмом монашеского ордена. «Не случайно во время чисток после второй мировой войны верные коммунисты в Европе говорили: «Нет спасения вне партии»».⁴³⁹ Кроме этого, Советская власть особенно в первые годы открыто использовала и опиралась на опыт религиозных организаций. Об этом также свидетельствует фрагмент из официального документа «Необходимое руководство для агентов чрезвычайных комиссий»: «Нужно всегда помнить признаки иезуитов, которые не шумели на всю площадь о своей работе и не выставляли ее на показ, а были странными людьми, которые обо всем знали и умели действовать».⁴⁴⁰

Разработанный в период существования СССР моральный кодекс строителя коммунизма включил в себя в переработанном виде религиозно-моральные установления и регламентировал определенный идеал общественных отношений в Советском государстве.

Советские законы, особенно первых лет существования государственной власти, по духу совпадают с положениями пуританского кодекса Массачуссетской колонии «Корпус свобод» 1641г., «в его наказании идеологических отклонений, безделья и личной аморальности».⁴⁴¹

В настоящий момент российское право находится в моральном вакууме, так как Россия является с одной стороны светским государством, а с другой стороны государственная власть не обращает достаточного внимания на духовную жизнь своих граждан. Это может привести к тем явлениям, которые наблюдались в истории США. Достаточно вспомнить движение «бдительности», возникшее в 1767г. Оно возникло как сильнейшая реакция общества на бездействие закона по обузданию преступности, захлестнувшей эту страну. Репрессиям подверглись все: от преступных «авторитетов» до обычных конокрадов. Признается, что этим движением было уничтожено в физическом смысле 729 человек. В те времена движение бдительности были полностью противоправны, но пользовались определенной поддержкой. Так, председатель суда территории Монтана дал им положительную оценку в 1864г., рассматривая их в качестве «народных трибуналов». Не отставали от них и движение «белых капюшонов», члены которого направляли свои действия на регулирование нарушений морали. Они осуществляли наказание провинившихся плетьюми, а их жертвами становились избивающие своих жен, пьяницы, плохие кормильцы детей, аморальные пары и отдельные индивидуумы- бездельники, лежебоки и мелкие воришки.⁴⁴²

Возвращаясь к законодательству императора Юстиниана как основного традиционного источника цивилистической теории римского права, необходимо отметить, характеристику данную самим императором Юстинианом составляющих элементов:

⁴³⁷ Н.И. Болдырев О моральном облике советской молодежи. Изд. ЦК ВЛКСМ «Молодая гвардия». С-3.

⁴³⁸ Н.И. Болдырев. О моральном облике советской молодежи. Изд. ЦК ВЛКСМ «Молодая гвардия». Сб.

⁴³⁹ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования/ Пер. с англ.- 2е изд.-М.: Изд-во МГУ: Изд. Группа ИНФРА М- Норма, 1998. С-47.

⁴⁴⁰ Необходимое руководство для Агентов Чрезвычайных Комиссий.-М.: «ЛэксЭст», 2001. С37.

⁴⁴¹ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования/ Пер. с англ.- 2е изд.-М.: Изд-во МГУ: Изд. Группа ИНФРА М- Норма, 1998. С-47.

⁴⁴² Фридмэн Лоурэнс. «Введение в американское право» М. «Прогресс», «Универс», 1993. С.28.

«состоит же наше право или из права писанного, или неписанного, как у греков: одни законы у них записаны, другие не записаны. Писанное право состоит из законов, решений плебса, решений сената, постановлений императоров, эдиктов должностных лиц и из ответов юристов». ⁴⁴³

Закон и обычай как основные источники римского права активно влияют на содержание теории римского частного права.

Закон в современном понимании это нормативно - правовой акт, обладающий высшей юридической силой, принятый в строго - определенном порядке и регулирующий наиболее важные общественные отношения. Исследователи, рассуждая о римском праве, как правило, начинают с законов 12 таблиц, текст, которого не сохранился. Но о внешнем виде сохранились письменные упоминания его очевидцев. Один из них, глоссатор Одофред, пишет: «И из этих двух таблиц кое-что сохранилось близ Латерана в Риме, но написано плохо, так как там нет знаков препинания и разделения слов и если не развернуть буквы, то не сможешь ничего понять». ⁴⁴⁴

Римские юристы с разных позиций давали определение закона, но везде прослеживается одна и та же тенденция подчеркнуть его главенство и авторитет. По определению римского юриста Папиниана, он представляет собой общее для всех предписание, решение опытных людей, обуздание преступлений, совершаемыхумышленно или по неведению, общее для всех граждан обещание государства ⁴⁴⁵.

Марциан приводит определение Демосфена, который считал, что закон есть то, чему все люди должны повиноваться в силу разных оснований, но главным образом потому, что всякий закон есть мысль (изобретение) и дар Бога, решение мудрых людей и обуздание преступлений, содеянных как по воле, так и невольно, общее соглашение общины, по которому следует жить находящимся в ней.

Эти определения вытекали из своеобразного отношения римского гражданина к своему государству, которое, конечно же, не совпадает с современным. «Римляне, - отмечал Иеринг, - понимали под *respublica* и *jus publicum* нечто совсем иное, нежели мы. Согласно их воззрению, «государство относится к гражданам так же как род к родичам, т.е. государство не есть нечто обособленное от граждан, нечто вне и над ними стоящее: государство- это сами граждане. Государство и народ- тождественные понятия». ⁴⁴⁶

Исследователи отмечают, что самого термина «закон» первоначально в русском древнем обществе не существовало. В русском праве термин «закон», как и термин «покон» произошел от слова «кон», которое подразумевает начало, предел, границу. Предлог «за» с винительным падежем выражает предел движения: напр., солнце скрылось за тучу; употребляемый слитно он придает слову значение границы, предела: забор, запруда и проч. Предлог «по» имеет то же значение: по гроб буду помнить; простонародное выражение потуда.- Отсюда в словах закон или покон полагается граница человеческой деятельности или свободы; закон и покон есть тот порядок, которому человек должен подчиняться в своих действиях. Но и обычай есть тот же порядок, подчинение к которому обязательно; а потому обычное право представлялось со всеми признаками закона, т.е. границы и может быть названо законом. ⁴⁴⁷

Необходимость введения в древнее русское право термина «закон» исследователи объясняют принятием христианства и соответственным заимствованием положений византийского права. При переводе на русский язык термин «*nomos*» в смысле императорских постановлений возникли определенные проблемы, в связи с новым подходом в праве, в связи с чем оно стало именоваться специальным термином закон. Он приобрел широкое распространение, и извлечения из постановлений императора

⁴⁴³ Инст.Юст. 1.2.3.

⁴⁴⁴ Л.Л. Кофанов. К вопросу о палигенезе законов XII таблиц. Приложение// Закны XII таблиц. пер. Л.Л. Кофанова.-М. 1996. С178

⁴⁴⁵ 1.3.1.Д.Ю.

⁴⁴⁶ Ihering, Geist des rom. Rechts L. 1852. Bd. IS. 193-196.: Цит.: Гидулянов П.В. Сущность и юридическая природа церковного властвования// Журнал министерства народного просвещения. Июнь, Петроград, 1916. С151

⁴⁴⁷ Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.1899г. С14.

Юстиниана носит в Кормчих книгах наименование «Юстинианова царя закон». Судебник царя Константина назван «Судебник греческого закона». Откровенному учению присваивается название «закона Божьего», «закона христианского»; «и в наше время народ говорит: принят закон, жить в законе».⁴⁴⁸

Основные черты применения закона в русском обществе, навеянные, по видимому, знакомством с теорией римского права, сформулировала императрица Екатерина II в своем известном Наказе: «Ничего не должно запрещать законами, кроме того, что может быть вредно или каждому особенно, или всему обществу. Все действия, ничего такого в себе не заключающие, нисколько не подлежат законам, которые не с иным намерением установлены, как только чтобы сделать самое большее спокойствие и пользу людям под сими законами живущим. Для нерушимого сохранения законов надлежало бы, чтобы они были так хороши, и так наполнены всеми способами к достижению самого большого для блага людей ведущими, чтобы всяк несомненно был уверен, что он ради собственной своей пользы стараться должен сохранить нерушимыми сии законы. И сие есть самый высочайший степень совершенства, которого достигнуть стараться должно».⁴⁴⁹

Правовая наука определяет, что закон с точки зрения юридического качества обладает высшей юридической силой. Это положение означает, что:

- остальные нормативные акты подчинены законам и не противоречат им;
- законы не подлежат утверждению со стороны какого-либо другого органа;
- никто не вправе отменить или изменить закон, кроме компетентного органа.

Сущность закона конкретно определена римским юристом Модестином. Она заключается в том, чтобы повелевать, запрещать, разрешать, карать. Но при этом закон должен быть законом, т.е. нормативный акт должен соответствовать двум главным требованиям:

1. исходить от законодательной власти
2. определенным образом изданным.

Определение законодательной власти относится к исторической науке публичного права: в разные периоды в Риме законодательная власть принадлежала многочисленным государственным учреждениям: ее имели комиции, магистраты, императорский сенат и сам император.

Соответствующий порядок издания закона находит свое отражение в так называемом правоустановительном процессе. Различаются его следующие стадии: 1) составления проекта - *legis latio*; 2) обсуждение - *legis rogatio*; 3) обнародование - *legis publicatio*.

Проекты римских законов составлялись высшими должностными лицами, контролирующими нужды государства, деятельность магистратов или являющихся приближенными к императору. Обсуждение законов до империи происходило в комициях, при императорах в сенате и консistorии. Принятый проект подписывали красными чернилами императоры и квесторы, отмечая время и место издания. Обнародование в республике происходило путем выставления досок с текстом закона в общественных местах. В империи же подлинный закон оглашался в сенате или направлялся к особому должностному лицу, который рассылал копии закона в провинции следующим за ним по рангу сановникам.

Критическое отношение к законам, не отражающих свою полезность для общества, позволило некоторым исследователям определить по форме, что «закон есть выражение не общей воли, которой не существует, и не воли государства, которой также нет, а воли нескольких голосующих человек. Во Франции закон есть воля 350 депутатов и 200 сенаторов, образующих обычное большинство в палате депутатов и в сенате. Вот факт. Вне этого имеются лишь фикции и пустые формулы».⁴⁵⁰

В любой правовой системе существовали нормы, регулирующие и охраняющие порядок обнародования нормативно – правовых актов. Учеными предполагается, что

⁴⁴⁸ Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.1899г. С16.

⁴⁴⁹ Наказ императрицы Екатерины II, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения. Под ред. Н.Д. Чечулина, Санкт-Петербург, 1907г. С9.

⁴⁵⁰ Дюги Л. Общество, личность и государство. Спб., 1901. С.22.

исключением не были и положения древнейшего славянского права. Так, В. Никольский на основании исторического материала обосновано считал, что первые законы традиционно были отражены на так называемых праводатных досках: «законные, праводатные доски, которые содержали заповеди божества, и без сомнения с изваянием, представляющим изображение главного божества, может быть были покрыты рунами или вообще письменными знаками. Известно, что у большей части древних народов законные доски были в употреблении как действительнейшее символическое средство, чтобы выдать положения права за непосредственные законы Божии».⁴⁵¹ Исследователями выдвигалось обоснованное предположение, что на них фиксировалось прецедентное право в виде судебных решений, имевших силу закона.⁴⁵²

Государством такие праводатные доски, прибитые указы и т.п. способы опубликования законов охранялись всегда с помощью публичного права. Ярким примером из российской истории является 203 артикул Воинского Устава Петра I, содержащего положение, что: «Ежели кто явно прибитые указы, повеления нарочно и нагло раздерет, отбросит или вычернит, оный посланием на каторгу с жестоким наказанием или смерти, а ожели небрежением каким, то денежным штрафом, тюрьмою, шпицрутеном и прочим, по великости преступления наказан быть имеет».

Цивилистикой определено, что закон не только не предназначен для регулирования исключительно отдельных случаев, но и должен охранять общее благо. Это положение детально на основе исторического римского права и с учетом достижений цивилистической науки разрабатывалось отцами церкви. Виднейшим ее представителем является Фома Аквинский, который определил, что сутью закона является установление общего блага: «Закон это известное установление разума для общего блага, обнародованное тем, кто имеет попечение об обществе (*lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata*)». По его мнению, закон должен соотноситься с нравственным состоянием людей, «ибо всякое мерило должно быть соразмерно с измеряемым». Несовершенным существам невозможно дать тот же закон, как и совершенным, а так как общество людей, для которых издается закон, большею частью состоит из несовершенных, то закон не может запрещать все пороки; он запрещает только важнейшие, от которых может воздерживаться большинство людей. Он классифицировал человеческие законы на справедливые и несправедливые, и считал, что обязательны для совести человека только тот закон, который является справедливым по своему характеру. Так, законы признавались справедливыми:

- по цели в случае, если устанавливают общее благо;
- по происхождению, т.е. когда издавший его не превысил своей компетенции;
- по форме, когда в виду общего блага налагаются на граждан тяжести уравнивательные;

Теория римского права определила правило, что изданный закон не должен содержать двусмысленного содержания (*absoluta sententia expositore non indiget*- ясное значение не требует объяснения) и соответственно быть кратким.

Римские юристы, как и все остальные юристы различных правовых систем, всячески поддерживали авторитет закона. Об этом свидетельствуют следующие выражения: «Ничто лучше не удерживает граждан и поданных государства в спокойствии и согласии, чем надлежащее исполнение законов», «Законы служат тем, кто бодрствует, проявляет бдительность, они помогают обманутым, а не обманщикам», «Нет смысла издавать закон, если он не будет приведен к жизни, не действует, ему не подчиняются», «Закон суров, но это- закон», «Нужно подчиняться законам, чтобы быть свободным», «хотя законы иногда спят, они никогда не умирают».

Однако принцип как «*pereat mundus, fiat justitia*»- пусть погибнет мир, но да свершится правосудие!» не является характерным какой либо правовой системе. Противоречие его основным правовым принципам правовых систем лучше всего передает иудейское право своим принципом отступления от линии закона. В соответствии с ним, должно быть такое поведение лица, при котором он уступает другому и не настаивает на своих правах в

⁴⁵¹ В. Никольский. О началах наследования в древнейшем русском праве. М. 1859г. С66.

⁴⁵² В. Никольский. О началах наследования в древнейшем русском праве. М. 1859г. С67.

полной мере. Иудейские мудрецы часто рекомендовали одной из спорящих сторон поступить в соответствии с этим принципом, т.е. уступить в правовом смысле, ссылаясь на содержащееся в Талмуде изречение: «Иерусалим был разрушен только потому, что его жители вели свои дела, придерживаясь буквы закона».⁴⁵³

В силу отсутствия реального исполнения закона в рамках принципа справедливости, русский народ всегда относился и относится к нему скептически, что выразится в устном творчестве с помощью поговорок и пословиц: «сила закон ломит», «где сила владеет, там закон уступает», «что мне законы, коли судьи знакомы», «законы – то святы, да исполнители – супостаты», «не всякий прут по закону гнут», «закон, что дышло, куда поворотишь, туда и вышло», «закон как паутина: шмель проскочит, а муха увязнет».⁴⁵⁴

В ходе своего исторического развития римское право выработало для общества следующее правило: незнание закона не освобождает от ответственности- *ignorantia juris, quod quisque tenetur scire non excusat*; и никто не может отговариваться незнанием закона- *nemo ignorantia juris resucare potest*. Соответственно устанавливается гражданская обязанность граждан знать законы. Она нашла философскую поддержку в лице Гегеля, который отмечал, что «право касается свободы- самого ценного и самого достойного в человеке, и он сам должен знать право, поскольку оно для него обязательно».⁴⁵⁵

Однако описываемый принцип встречается не во всех правовых системах. Более справедливое и гуманное положение устанавливало иудейское право. Согласно его принципам, человека, намеревающегося совершить преступление, должно предупредить о преступном характере действий, которое он собирается совершить, и разъяснить меру наказания. Закон Торы не позволяет применить наказание, если свидетели не предупредили преступника (или не могут засвидетельствовать, что кто-нибудь предупреждал его) и не сказали ему о предполагаемом наказании. Только за отдельные преступления, в силу их явного характера, полагается наказание даже при отсутствии предупреждения.⁴⁵⁶

В российском обществе в соответствии с положениями теории римского права также существовала обязанность граждан знать законы. Такое отношение зафиксировано в поговорке: «неведением закона нельзя отговариваться». Впервые же в писанном российском праве этот принцип встречается только в «Уставе воинском» (30 марта 1716г.), в котором устанавливалось, что бы «всякой чин знал свою должность, и обязан был своим знанием, и неведением не отговаривался...». Но наиболее ярко данное положение было выражено в «Таможенном Уставе по Европейской торговле» от 14.12.1819г, в котором в параграфе 446 третьей главы установлено, что: «Неведением закона никто, Российский подданный, ни иностранный, оправдываться не может». В России для государственных служащих империи существовал специальный порядок ознакомления с источниками права⁴⁵⁷. Он заключался в том, что «председателям, заседателям и прочим по силе учреждений употребленным людям читать и перечитывать узаконении и учреждении, и, по крайней мере, им на то употребить един досужий час в сутках, дабы отчасу учинились известнее и памяти их возобновлялось положенное на них, и в чем ежечасно подвержены по силе присяги дать отчет и ответ небу и земли».

Однако с этим, вроде бы простым и бесспорным на первый взгляд принципом, связаны определенные проблемы.

Известный российский библиограф 19 века Н.А. Рубакин, систематизируя для читателей библиотек законодательство Российской империи, горестно отмечал, что такая классификация является излишним, так как Свод законов (ч.1 разр.1) устанавливает римское правило, согласно которому «никто не должен отговариваться неведением

⁴⁵³ Рав Адин Штейнзальц Введение в талмуд./ еврейские источники и комментарии. Пер. с иврита и англ., компиляция, ред. и дополнения Зеева Мешкова. Израильский институт талмудических публикаций. Институт изучения иудаизма в россии. 1993. С250.

⁴⁵⁴ Иллюстров И. Юридические пословицы и поговорки русского народа. М. 1885г С12.

⁴⁵⁵ Гегель. Философия права. М.-Л.,1934. С236.

⁴⁵⁶ Введение в Талмуд. С220.

⁴⁵⁷ Устав Благочиния или Полицейского ст.55. 08.04.1782г

закона». Но «к сожалению, язык, которым изложены законы, не оставляет никаких сомнений в невозможности осуществления ст.62. Обилие же российских законов, более многочисленных, чем законов какого – либо другого государства, в свою очередь превосходно иллюстрирует всю условную ложь 62 статьи».⁴⁵⁸

Современная российская действительность не изменилась, а только лишь усложнилась, в связи с бурной интеграцией хозяйственной жизни общества. Как известно, к началу февраля 1999г. Государственная Дума России приняла к рассмотрению уже свыше двух тысяч всевозможных законопроектов. В литературе встречается указание на действие около 2000 федеральных законов, более 13000 президентских указов и распоряжений Правительства, а также 14 000 региональных нормативных актов и свыше 10000 постановлений Федерального собрания. Кроме того, действует доныне с полтысячи законов Союза ССР.⁴⁵⁹

Это приводит к тому, что для современного российского гражданина становится вообще невозможным знать, понимать и правильно исполнять законы государства. Остроумная идея римских юристов о том, что в случае многообразия законов гражданин может воспользоваться услугами юристов, никогда не работала, а в настоящее время вредит правовой действительности. Незнание закона, вследствие чего был совершен проступок, не только не спасает от ответственности, но даже и не является смягчающим обстоятельством в современном праве, что, конечно, нарушает основные принципы права. Поэтому провозглашается иной принцип, способный как бы исправить существующее положение: «В подлинно демократическом обществе юрист также важен как домашний доктор для семьи».⁴⁶⁰

Вызывает восхищение правовой принцип, разработанный и воплощенный иудейским законодателем, при наличии определенных условий отказаться от реализации своего правомочия. Специалисты в этой области объясняют цитату из Талмуда следующим образом: «Иерусалим разрушен исключительно потому, что его жители поступали во всем строго по закону и не делали никаких уступок из своих законных прав (Б. Мец, 30б). Эпизод из Талмуда проясняет это положение: носильщики подрядившиеся перенести Раб-бар-бар- Хану вино, разбили один бочонок при переноске. В возмещение причиненного убытка он взял себе их платье. Они пожаловались Раву. Последний велел вернуть им платье; Раба – бар-бар- Хана спросил: разве таков закон? Рав ответил утвердительно, сославшись на стих из притч Солом. (2, 20): «Что бы ты ходил по пути добрых». Носильщики, получив платье, этим не удовлетворились и объяснили: мы бедны, целый день трудились, а теперь у нас ничего есть. Тогда Рав велел уплатить им за работу. Раба –бар-бар-Хана опять недоумевающе спросил: «неужели таков закон?» Рав опять сослался на сентенцию из Притч Соломона: «Что бы ты хранил стези праведных». Этот эпизод показывает, что равин, к которому приходили 2 тяжущихся судиться, мог внушить им поступиться своими правами».⁴⁶¹

Юристы, высоко оценивая принципы римского права, забывают о закономерной сложности права для народа и даже сетуют за это на него. Так, рассматривая судебную практику в 19в. относительно составления искового заявления, В.Л. Исаченко, с сожалением, отмечал свойственную и для современности, стойкую тенденцию пренебрежительного к нему отношения. «В законе (ст.257 Уст.) содержатся довольно подробные указания на то, что должно содержать в себе исковое прошение, и даже приложена форма его; казалось бы поэтому, что составить исковое прошение так, чтобы оно соответствовало своему назначению, дело весьма нетрудное; между тем, в практике судов сравнительно очень редки случаи, когда прошение может быть названо составленным безукоризненно; большинство из них даже, к сожалению, из тех, которые

⁴⁵⁸ Рубакин Н.А. «Среди книг» Опыт обзора русских книжных богатств в связи с историей научно – философских и литературных общественных идей. Т2. М.1913г. С-536.

⁴⁵⁹ А. Цалиев. Беспользные законы вредны для общества// Российская юстиция. №4, 2001. С28.

⁴⁶⁰ Предисловие / Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования/ Под ред. А.А. Напреенко. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2001. С4

⁴⁶¹ Еврейская энциклопедия. Свод знаний о еврействе и его культуре в прошлом и в настоящем. М. 1991. ТЕРРА т.12. С848.

составляются образованными юристами, страдают многими погрешностями не только с их внешней, формальной стороны, но и со стороны внутренней, со стороны их деловитости, их значения и назначения. Многие из них носят на себе печать крайней спешности, иногда крупного неведения и, что всего прискорбнее, непростительной небрежности. Некоторые прошения отличаются своей неопрятностью; пишутся иногда почерком трудно разбираемым; строки их стоят и вкривь и вкось; испрещены поправками, помарками, вставками, приписками и даже чернильными кляксами; некоторые кратки до нельзя; другие бесконечно безнужно длинны, непонятны и сбивчивы; представляемый на рассмотрение материал безотрадно скомкан: факты перемешиваются то с различного рода ходатайствами и просьбами, то с приводимыми доказательствами; некоторые же прошения страдают такими дефектами, которые вызывают необходимость или возвращения прошения истцу, или оставления его без движения до исправления вкравшихся недостатков; наконец, бывают и с такими недостатками, которые имеют неблагоприятное для истца влияние на исход самого процесса».⁴⁶²

В учебной литературе по гражданскому праву отмечается, что содержащиеся в гражданском законодательстве нормы права сформулированы на базе общего правила: «разрешено все то, что не запрещено законом». В соответствии с этим правилом субъекты гражданского права могут совершать любые действия, не запрещенные законом.⁴⁶³

По поводу реализации этого правила высказывался Адольф Гитлер, считавший, что осуществление своих правомочий, используя полную свободу в действиях, не ограниченных правом, неминуемо приведет к уничтожению государства и общества. 11 апреля 1942г. А. Гитлером, который в отношении России высказался, что «...властвуя над покоренными нами на восточных землях народами, нужно руководствоваться одним основным принципом, а именно: предоставить простор тем, кто желает пользоваться индивидуальными свободами, избегать любых форм государственного контроля и тем самым сделать все, чтобы эти народы находились на как можно более низком уровне культурного развития».⁴⁶⁴

Кроме того, 28 июля того же года он более конкретно высказался по этому поводу: «Без ограничения свободы личности любое народное общество вскоре распадется! Индивидуум обязан считаться с другими и терпеливо сносить определенные ограничения своих прав; ведь если каждый будет жить, как он хочет, то это приведет не только к распаду народного сообщества, но и к гибели всего народа».⁴⁶⁵

В российском праве, в ранний советский период, существовали примеры, подчеркивающие и признающие ложность принципа знания закона. Так, определением Верховного суда РСФСР по делу Муни с Корниловым и Щербаковым, на которое еще ссылался известнейший советский юрист П.И. Стучка, указывалось, что гражданин не может знать все законы и постановления местных властей.

В данном случае мы встречаемся со следующим феноменом - как мы уже выяснили- большинство граждан любой страны не знает своих национальных частных законов, но действует, как правило, в их русле. Такое явление объясняется тем, что частное право явление общемировое, которое основывается на общем здравом смысле, общих подходах. Эти подходы и формулируются, обобщаются римским правом. В народе же конечно мало кто знаком с этой наукой, но ее принципы формулируются в правовых обычаях, которые в своих подходах одинаковы для любого общества.

Вообще же правовой обычай рассматривается как устоявшееся правило поведение, носящее правовой характер и относящееся к неписаному праву. Историческое римское право сохранило различные попытки определения природы обычая.

Юрист Гермогениан определял обычай как «... то, что одобрено долговременным обычаем и соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо как молчаливое

⁴⁶² С27. В.Л. Исаченко. Русское гражданское судопроизводство. Т.1. Судопроизводство исковое. Изд. III, дополнительное, С-Петербург, 1910г.

⁴⁶³ Гражданское право. Часть1. Учебник/ Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева.-М.: Издательство ТЕИС, 1996.С15.

⁴⁶⁴ Пинкер Г. Застольные разговоры Гитлера. Смоленск, 1993, с197.

⁴⁶⁵ Пинкер Г. Застольные разговоры Гитлера. Смоленск, 1993, С482

соглашение граждан не менее чем записанное право», другой юрист Домиций Ульпиан определял его как молчаливое согласие народа, укоренившееся благодаря долговременной привычке».

Институции Юстиниана признавали, что «... продолжительные обычаи, одобренные соглашением руководствовавшихся ими, приравниваются к закону».⁴⁶⁶ Но, в конечном счете, авторитет обычая опирается на формулу: так поступали все и всегда.⁴⁶⁷

Наука римского права обобщила признаки правового обычая. Это: 1) продолжительная практика; 2) однообразность применения; 3) рациональность; 4) убеждение в необходимости применения; 5) не противоречие закону; 6) разумная потребность; 7) устная форма.

Обычай также определяется существованием функций. Это: 1) восполнение пробелов в писаном праве; 2) наполнение новым содержанием устаревших институтов и создание новых механизмов гражданского права.

Теория права классифицирует обычаи в отношении к пространству на общие и местные. Общие это такие, которые применяются во всем государстве, а местные - только в определенной местности.

Но уже к 19 в. существование общих обычаев ставилось под сомнение. А.П. Цитович считал, что они прекратили уже свое существование: « Но если под обычаями общими разуметь такие, которые действуют на территории всего государства и даже на территории цивилизованного мира, таких обычаев, теперь, вероятно, нет. Они были, но попали в торговые кодексы и теперь действуют как законы».⁴⁶⁸

Другие ученые полностью отрицали факт их существования: « в действительности же исторические памятники древнейшего времени не знают обычаев, которые были бы действующим правом целого народа; они имеют дело с дробными обычаями отдельных местностей, которые являются объединенными в пределах одного или нескольких племен, а ни как не целого народа».⁴⁶⁹

Дигестами Юстиниана определены следующие правила применения обычая:

1. долго применявшийся обычай имеет силу закона Д.1.3.33⁴⁷⁰
2. обычай является лучшим толкователем закона Д.1.3.37⁴⁷¹
3. при разногласии законов обычай имеет силу закона Д.1.3.38.⁴⁷²
4. обычай, введенный по ошибке, не имеет юридической силы в отношении сходных случаев Д.1.3.39⁴⁷³

Все правовые системы уделяли и уделяют огромное значение обычаям. Не исключением выступало и гражданское право Российской Империи. Такое уважение отражалось и в поговорках. Так, например, «повальный обычай, что царский указ», «против обычая не спорь», «что город, то норы, что деревня, то обычай».

Юридические обычаи зачастую обществом формулировались в виде поговорок. Так, до настоящего времени народ употребляет в своей жизнедеятельности, не задумываясь, следующие поговорки: «уговор дороже денег», «на чем рядишь, на том и едешь», «до слова держись, а за слово крепись», «порука- мука», «кто поручится, тот и поучиться», «тот печалься, кто ручался» и т.д.

Интерес научного мира к обычаям, как источникам права, выражается в трудах по их отысканию и систематизации, осуществляемые как специальными обществами, так и отдельными лицами.

С целью выявления и обобщения юридических обычаев, применяемых в волостных судах, в 1889г. Комиссия по собиранию народных юридических обычаев,

⁴⁶⁶ Институции Юст. 1.2.9.

⁴⁶⁷ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. С-49. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право: общие положения.-М.: изд. «Статус». 1998. С-49.

⁴⁶⁸ Цитович. Очерк основных понятий торгового права. Киев. 1886г. С23

⁴⁶⁹ Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб. 1899. С7.

⁴⁷⁰ Д.1.3.33

⁴⁷¹ Д.1.3.37

⁴⁷² Д.1.3.38.

⁴⁷³ Д.1.3.39

состоящая при отделении этнографии Императорского Русского Географического общества издала особую программу для собирания народных юридических обычаев. Многие из вопросов, содержащихся в программе, непосредственно взяты из догмы римского права и определяют соответствующие границы.

Однако исследователи особо предупреждали, чтобы собиратели народных обычаев учитывали факт, что постановления народных судов подвергаются нередко разнородным посторонним влияниям, как, например, «интриги старшины, мудрование волостных писарей и самих судей, побывавших в городах, кумовство, взятка, водка и т.п.».⁴⁷⁴ Приводятся следующие высказывания крестьян в отношении воздействия волостного писаря на содержание судебных решений: «Писарь читает и Бог его знает, что прочтет что-то, а мы его спрашиваем как дело решить»; «дела решаются по его указаниям»; «как он прочтает, так и дела решат», «судьи в течение года не могут ознакомиться со своими обязанностями и не разрешают с помощью писаря ни одного дела»; «от дурного и безнравственного писаря большое зло»; «судьями руководит писарь».⁴⁷⁵

Позднее выработанной особенностью применения любого правового обычая является его санкционирование государством. Оно выражается в возможности использования обычая для решения спорных вопросов в установленном порядке, что, конечно, отражается в судебной практике.

Путем судебной практики сложились почти все известные в истории системы обычного права. Этим путем вырабатывались главнейшие его сборники, например, Русская Правда, германские Зеркала, *consolato delmare* и другие.⁴⁷⁶

Санкционирование обычая государством в России широко обсуждалась еще перед принятием судебных Уставов 1864г.: «Против признания за обычаями такой силы возражают, с одной стороны, что они едва ли кому известны, кроме крестьян, но и последние, имеют о них весьма неопределенное, смутное понятие, и потому, чтобы ими руководствоваться, надлежит их собрать и придать им определенность; в противном же случае, под именем решений по обычаям будут постановляться решения по произволу судьи; с другой стороны, говорят, что обычаи будут таким образом в тех случаях, когда они противоречат закону, иметь перевес над ним, между тем как в числе их есть такие, которые признаются безнравственными и вредными и поддерживаются только суеверием и необразованностью, господствующей между крестьянами; но чему хотя и нельзя не признать полезным, при решении известного рода дел, руководствоваться обычаями, следует однако, что мировой судья должен постановлять решения на основании закона, но при этом может применять и общеизвестные местные обычаи»: отмечали составители Уставов.⁴⁷⁷

Теорией права особо выделяется разновидность обычая - обычай делового оборота, реализующегося в рамках предпринимательской сферы.

Современный российский использует только эту разновидность и определяет ее сущность (ст.5 ГК РФ) как сложившееся и широко применяемое в какой – либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком – либо документе. «Он допущен как обыкновение, как нравы, как заведенный порядок, как нечто, что бывает обыкновенно, как принятый в торговле обычай, как твердое и постоянное местное обыкновение»- отмечал известный цивилист А.П. Цитович.⁴⁷⁸

Конечно, торговые обычаи необходимы, так как они «... были главным и почти единственным источником правообразования в сфере торгового оборота. Само

⁴⁷⁴ М.Н. Харузин. Программа для собирания сведений об юридических обычаях. М. 1887г. с.Х.

⁴⁷⁵ Кр. Малышев. Курс общего гражданского права России. Т.1 Санкт-Петербург, 1878. С96.

⁴⁷⁶ Кр. Малышев. Курс общего гражданского права России. Т.1. Санкт-Петербург, 1878г. С87

⁴⁷⁷ Судебные Уставы 20 ноября 1864г. с изложением рассуждений, на которых они основаны. Издание Гос. Канцелярией. Ч.1. СПб, 1866г. С-70.

⁴⁷⁸ А.П. Цитович. Очерк основных понятий торгового права. Киев. 1886г. С22.

кодифицированное торговое право является в Западной Европе ничем иным, как воспроизведением норм, созданных тем же обычаем».⁴⁷⁹

- Обычаи, применяемые различными странами в различных сферах частного права, как правило, систематизируются определенными международными организациями. Ярким примером являются Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (редакции 1983г), Международные правила толкования торговых терминов "Инкотермс", разработанный Международной торговой палатой. Он регламентирует разрешение таких специфических вопросов как распределение транспортных расходов между сторонами, определение момента перехода риска случайной гибели предмета договора с продавца на покупателя, расшифровку различных терминов, применяемых в международной практике и т.д

Жизненность и свойственность праву обычаев подчеркивается тенденцией явной безуспешности замены обычаев положительным правом. Это объясняется тем, что не только обычай не может противоречить закону, но и закон не может идти в разрез с устоявшимся обычаем.

В истории права в России существовали примеры по отмене крестьянских обычаев и замене их нормами положительного права. «Законы 9 ноября 1905г., 14 июня 1910г. и 29 мая 1912г. изданы были с явным намерением разрушить такие особенности крестьянского права, как община и общая семейная собственность. В результате же этих законов ... появились новые области юридических отношений, отличающих крестьянский правовой порядок от общего. Появилась единоличная собственность с особенностями в порядке наследования. Появился целый ряд особенностей в порядке укрепления прав на недвижимость и в степени обеспеченности этих прав»: пессимистически отмечает А.А. Леонтьев.⁴⁸⁰

Сложные взаимоотношения положительного права и обычая подчеркивалось целым рядом исследователей 19в. Так И.Г. Оршанский иллюстрирует их на следующем примере, в основу которого положен обычай крестьян, определяющий обязанность каждого собственника (домохозяина) огораживать свою усадьбу, сад, огород и пр. и может быть к этому принуждаем соседями и обществом в видах избежания споров, неизбежных при отсутствии изгороди. По обычаю, для понуждения лица, неисполняющего этой обязанности, односельчане могут прибегать к некоторым мерам насилия и самоуправства, не подвергаясь никакой ответственности. Обыкновенно это принуждение заключается в том, что у такого лица отбирают нужное в хозяйстве имущество и удерживают до возведения изгороди. Волостной суд, разбирая дело по обвинению соседей в самовольном отобрании телеги у крестьянки, не огораживающей своего огорода, оправдал обвиняемых на основании обычая. Любимовский мировой съезд два раза кассировал тождественные оправдательные приговоры волостного суда по этому делу, причем определил, что если волостной суд еще раз осмелится признать преступление и насилие народным обычаем, то судьи будут преданы суду по строгости закона. Ярославское губернское присутствие утвердило решение съезда, но Сенат отменил эти определения и признал решение волостного суда постановленным в пределах его власти.⁴⁸¹

Как ранее отмечалось, обычай по своей правовой сути не может противоречить закону. Исторические примеры показывают, что, более того, закон должен следовать в русле правового обычая. В противном случае, такое противоречие может привести к неисполнению закона и явному к нему пренебрежению.

Так, многие цивилисты 19в. призывали государственную власть прислушиваться к нуждам крестьянского быта. Они считали, что «нельзя относиться иначе, как отрицательно, к правовой обособленности крестьян, нельзя иначе относиться, как с непримиримой враждой к тем условиям, которые по нашему действующему праву препятствуют

⁴⁷⁹ А.Г. Гусаков. Конспект лекций по торговому праву, читанных на экономическом отделении СПб Политехнического Института Императора Петра Великого. Санкт-Петербург, 1911. С71.

⁴⁸⁰ А.А. Леонтьев. Крестьянское право. Систематическое изложение особенностей законодательства о крестьянах. Издание 2. Санкт-Петербург, 1914г. С3.

⁴⁸¹ И.Г. Оршанский. Исследования по русскому праву обычному и брачному. Санкт-Петербург, 1879. С19.

крестьянину пользоваться общегражданскими правами и общегражданской свободой. Но нельзя эту вражду переносить на особенности правовых отношений крестьян, связанные с экономическими условиями их земледельческого труда. В настоящее время наша бюрократия, сознавая полную незаинтересованность государственной казны в деле устройства крестьянской правовой жизни, стала на ту же упрощенную точку зрения и мечтает не о соглашении крестьянского права с правом общим, а о насильственном подчинении крестьянских правоотношений нашим общим гражданским законам».⁴⁸²

Обычаи, как уже отмечалось, представляют самую древнюю и жизненную форму источника права. В своем первоначальном виде он нашел свое воплощение во всех религиях и ими охраняется в неизменном виде до настоящего времени.

Иудейским правом особо определяется важность «народного обычая». В обоснование важности, иудейские правоведы приводят слова мудреца Гиллея, который, затрудняясь однажды ответом на предложенный ему вопрос, сказал: «дайте народу действовать по своему; если эти люди не пророки, то они потомки пророков» (Песах., 66а). Кроме того, в Талмуде очень часто встречается изречение – «Выйди и посмотри, каков народный обычай». Но если в народе распространился обычай, прямо нарушающий равинское постановление или даже библейский запрет, но укоренился так сильно, что с ним трудно бороться, то рекомендуется поступать согласно следующему изречению: «Оставь народ в покое; пусть лучше нарушает закон по неведению, чем по злему умыслу».⁴⁸³

Данное положение ставит определенный предел распространенному явлению в российской среде как «правовой нигилизм».

Существенную роль в разработке учения об обычаях в науке римского права играла и христианская Церковная власть. Ей различались и конкретизировались церковные предания и обычаи.

Под преданиями понимается непрерывно и преемственно сохраняемый порядок, установленный непосредственными распоряжениями апостолов и действиями представителей церквей. В связи с чем произошло деление преданий на предания апостольские и преемников апостольских. Предания должны соответствовать следующим условиям: а) непротиворечие со Священным писанием и с канонами христианского вероучения; б) сохранение его в предусмотренной форме; в) продолжительная практика применения; г) целесообразность; д) необходимость применения.

Церковный обычай представляет собой правило поведения в церковной практике при одинаковых обстоятельствах и случаях и обладающее обязательной силой. В отношении существования церковного обычая, исследователи отмечали, что «русская православная церковь держится обычая и дорожит им. Есть много установлений нашей церкви, который можно объяснить только из обычая. Известно, что обычай разрабатывается преимущественно там, где больше самостоятельности в жизни, и где законодательство весьма внимательно к свободному развитию общества. Но иногда государственная власть и в церковную жизнь вносит теоретические начала о целях государства и приводит их в правилах церкви, в закон. Если же законодательная власть хочет жизнь церкви нормировать по своим целям, то, разумеется, тогда она не может относиться благосклонно к развитию обычая. Но, даже не смотря на такое отношение государственной власти, обычай все-таки существует и необходимо будет существовать».⁴⁸⁴

Католическая церковь изначально придавала обычаю такое же значение, как и любая система права. Учение о церковном обычае различало следующие его виды:

- *consuetudo juris constitutiva*. Он представляет собой обычай, который восполняет недостаток в писанном праве и устанавливает новое правовое правило;
- *consuetudo secundum legem*. Это обычай, дополняющий и развивающий положения писанного права. Характерным примером является требование

⁴⁸² А.А. Леонтьев. Крестьянское право. Систематическое изложение особенностей законодательства о крестьянах. Издание 2. Санкт-Петербург, 1914г С.17

⁴⁸³ Еврейская энциклопедия. Свод знаний о еврействе и его культуре в прошлом и в настоящем. М. 1991. ТЕРРА. Т.1 С378.

⁴⁸⁴ М.И. Горчаков. Церковное право. С-Петербург, 1906. С28.

положительного права принимать в Епископское звание лиц не женатых, а обычай установился принимать в епископы монахов.

- *Consuetudo contra legem*. Характерной особенностью этого обычая является его противоречие церковному закону. Он не допускается к применению в церковной практике.

Обычаи характерны не только для частного и церковного права. Они применяются и в праве публичном, например, конституционные обычаи. Так, отмечал известный конституционалист А.А. Мишин, - во многих конституциях и иных юридических источниках не содержится положение о том, что правительство образуется лидером партии или партийной коалиции, победившей на парламентских выборах. Однако этот обычай почти всегда соблюдается в парламентских странах в условиях демократического политического режима. Обычаями регулируется порядок осуществления прерогатив конституционного монарха и полномочий президента, формирование правительства, роль премьер-министра, многие вопросы законодательной процедуры и т.д. Практическая роль обычаев настолько велика, что игнорировать их при изучении конституционного права невозможно.⁴⁸⁵

Все вышеизложенное относится исключительно к правовым обычаям. Но правовой науке известны и преступные традиции, обычаи и законы. При рассмотрении их характеристик, необходимо отметить определенную субъективность «врагов преступности» - криминологов, их исследователей, что также отражается в их трудах. Они выделяют в преступной среде активных носителей преступной идеологии, знатоков преступных обычаев - рецидивистов. Отмечается, что ни ведущей, ни организующей силой рецидив не является, но роль его гораздо больше и важнее: он является непрерывным (перманентным) носителем паразитической и антигосударственной морали, обычаев и традиций, освоенных и возведенных в закон от феодализма до сего дня.⁴⁸⁶ Эти временные рамки необходимо расширить с периода феодализма периодом возникновения государства.

Но это вовсе не обозначает, что преступные сообщества не вырабатывают и не употребляют правовые обычаи, характерные для своей среды, а также и для всех слоев населения. Особо это выделяется в «тюремном законе». Это свод норм, правил, запретов и традиций, обязательных для всех осужденных, заключенных и т.д., независимо от их принадлежности к той или иной категории в «табели о рангах». В кратких чертах его содержание сводится к следующему:

- выделять долю в общак;
- нельзя поднять руку на вора в законе;
- почитать старших;
- почитать родителей;
- запрет отнимать что бы то ни было у кого бы то ни было без оснований;
- запрет предъявлять кому бы то ни было обвинение без доказательств;
- запрет оскорблять любым образом и материться;
- не воровать у своих и т.д.⁴⁸⁷

Следовательно, даже при отсутствии регулирования общественных правоотношений позитивным правом (как напр. в местах лишения свободы), возникают основные принципы частного и публичного права, как напр. неприкосновенность частной собственности, свобода договора, отказ от самоуправства, ограничение прав общественным благом и т.д.

⁴⁸⁵ А.А. Мишин. Конституционное право зарубежных стран: Учебник/ 6-е изд. Перераб. И дополн.- М.: Белые альфы, 1999. С14

⁴⁸⁶ Л.В. Тэн. «Воры в законе и прочие» ч.2 Рига, 1993г. С225

⁴⁸⁷ Александров Ю.К. «Тюремный закон», М., «правовое просвещение», 1999. С12.

Глава 3. Проблемы рецепции римского права.

Параграф 1. Рецепция теории римского права.

В науке существует утихающая ныне дискуссия о влиянии исторического римского права на становление и развитие гражданского права других государств. При этом сложился стереотип, что такое влияние на развитие западного права является якобы несомненным. Однако, как справедливо отмечают современные исследователи, говоря о так называемой «рецепции римского права», исследователи смешивают воедино два различных по своей сути процесса. Первый процесс – это восприятие, изучение и переработка элементов римской правовой культуры в средневековых европейских университетах. И второй – использование этого переработанного, заново систематизированного и во многом по этому нового правового материала, хотя и называющегося по прежнему римским правом, в практике правового регулирования экономических отношений и идеологического оформления тех или иных политических реалий. Он обосновано считает, что ни первый процесс, ни тем более второй нельзя определить в качестве «рецепции римского права».⁴⁸⁸ Как правильно отмечал известный романист Рудольф фон Иеринг, «Вопрос о рецепции иностранных правовых институтов является вопросом не «национальной принадлежности», а простой целесообразности, необходимости. Никто не будет нести из далекаих краев то, что у него самого имеется аналогичного или лучшего качества. Только неразумный будет отказываться от коры хинного дерева лишь на том основании, что оно выращено на чужом поле».

Однако к такому правовому явлению как рецепция в науке сохраняется осторожное отношение. Так, рассматривая взаимоотношение между еврейским правом и правом чужеземным, Менахем Элон справедливо отмечает, что «не так уж просто доказать влияние одной системы на другую. Возможно, что одинаковые условия жизни привели к созданию схожих судебных систем без какого-либо взаимного влияния. Но в принципе взаимное влияние имело место, и нет сомнения, что в разные времена и в разных диаспорах еврейское право заимствовало некоторые элементы судебных систем тех стран, где жили евреи. Надо сказать, что знатоки Галахи хорошо знали законы этих стран и в некоторых случаях даже рекомендовали заимствовать из чужого права то, что им казалось разумным и приемлимым. Когда какой-либо элемент чужеземного права заимствовался еврейским правом, он в нем как бы «переваривался», таким образом, чтобы соответствовать принципам и тенденциям еврейского права».⁴⁸⁹

В пандектный период развития теории римского права источники римского права были положены в основу германского права. При этом многими германскими учеными восхвалялась особая пленительность для заимствования римского права: «Гениальное понимание формы, которое отличает древнее искусство, придало также и древней юридической науке ту симметрию, ту прозрачность, ту яркую силу ее понятий, которые пленили умы в Германии тот час, как только римское право появилось на горизонте времени».⁴⁹⁰ Германский пандектист Барон считает, что непосредственная рецепция римского права была осуществлена на территории Германии с половины 15 до половины 16 веков и была связана со следующими причинами: 1) Германия в период перемников Карла Великого рассматривалась как продолжение Римской империи; 2) стремление германских императоров со времен Оттона III прибавить к своему императорскому достоинству права римских императоров (владычество над всем земным шаром); 3) происходило бурное развитие римского права с 12 века в университетах Европы; 4) несовершенство германских источников права; 5) значение римского права в церковных делах, которые в своих кодексах признавали его действительность и пользовались им в судах; 6) неспособность германских имперских и местных властей осуществить

⁴⁸⁸ В.А. Томсинов. Рецепция римского права на Западе.//Древнее право 1(3). 1998. Спарк. С172.

⁴⁸⁹ Менахем Элон. Еврейское право.-СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С70

⁴⁹⁰ Зом. Институции римского права. М. 1888г. С-2.

надлежащим образом правосудие при прежних формах судоустройства. Римское право на территории Германии применялось исключительно как субсидиарное право, т.е. его реализация обуславливалась отсутствием аналогичных положений местного законодательства.⁴⁹¹

В науке отмечается факт ожесточенного сопротивления народа внедрению римского права: «сильная борьба происходила в области наследственного права, где римский порядок противоречил искони сложившемуся германскому порядку; так, например, право супругов на наследование (герм.) должно было отступить пред правом боковых родственников (рим.) и т.п.»⁴⁹²

Немецкими исследователями отмечалось активное противодействие такому внедрению чужеродного явления в повседневную жизнь народа. «Крестьянину нечего было ожидать какого бы то ни было законного материального улучшения в его положении. Как бы высоко ни ценили римское право, для этой части народа было несчастьем, что в употребление вошло чужеземное право с иностранным языком. Отсюда- слепая ненависть крестьян против докторов права. Если где нибудь, то именно здесь была основательная жалоба на то, что собственное народное право утрачено и его место заступило право иноземное, безоружно предававшее простолюдина изворотам всевозможного крючкотворства. Нигде бедный не находил одинакового оправдания с богатым и знатным. Это вообще было одним из самых больных мест тогдашнего состояния Германии. Бедным негде было искать справедливость, а то, что смягчало гнет в средние века,- попечение императора и церкви, зависимость от которых имела все более мягкие формы и под властью которых жилось хорошо, теперь то же было утрачено. Кроме того, по одной из крестьянских программ, «ни один доктор римского права не может быть допущен в какой-либо суд... народу должно быть возвращено его старое отечественное естественное право» Hausser.(а с двумя точками наверху) История реформации. С94-100. Цит.: С. Муромцев. Римское право на Западной Европе. Очерк четвертый и последний. Период полной рецепции в Германии. // Юридический вестник. Кн.1. (май), М. 1885. С33⁴⁹³

Такое противодействие и не принятие по сути исторического римского права привело к восхвалению его в теории и отторжению его в действительности. В 19в., когда уже вроде бы давно должно было применяться римское право, исследователь Тибо, видит, что в его отечестве чуть ли не каждая деревня и даже каждый дом в деревне имеет свое особенное право; что в Германии «лишь только сделаешь широкий шаг, то ступишь на территорию другого права», и что наконец, и это право Германии заключается не в общедоступных и достоверных источниках, а в каких то археологических памятниках давно исчезнувших времен и народов,- Тибо высказывал ревностное желание всех немецких патриотов, чтобы немцы составили себе наконец свое собственное, общедоступное и общее для всей Германии гражданское уложение.⁴⁹⁴ А. Думашевский отмечает, что лицам, незнакомым специально с юридическим бытом Германии эта характеристика правового состояния ее может показаться преувеличенной; поэтому приводим для них следующие примеры современного состояния немецкой страны *par excellence*- Баварии. В 1863г. в этой стране с территориию в 1388 кв.миль действовало более *ста тринадцати* различных прав в одной только области гражданского права. Для характеристики же их территориального господства и их взаимных отношений могут служить следующие примеры:

В деревне Аллесгейм (ведомства Ейхштедского окружного суда) в доме под № 56 действует Ейхштедское право, как обычное, относительно наследования по закону; в

⁴⁹¹ Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб. 1908. С-2.

⁴⁹² С. Муромцев. Римское право на Западной Европе. Очерк четвертый и последний. Период полной рецепции в Германии. // Юридический вестник. Кн.1. (май), М. 1885. С32.

⁴⁹³ Hausser.(а с двумя точками наверху) История реформации. С94-100. Цит.: С. Муромцев. Римское право на Западной Европе. Очерк четвертый и последний. Период полной рецепции в Германии. // Юридический вестник. Кн.1. (май), М. 1885. С33

⁴⁹⁴ Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts fur Deuthland. Heidelberg. 1814.

остальном Аншпахское провинциальное и Прусское право. В домах под №№ 3 и 49 Вейсбургское право. В доме под №1- Папенгеймское право; в домах под №№ 2,4-15, 17-19, 21, 23-35, 37-44, 46, 47, 51-5, 57-9 и 63-76- право Немецкого Ордена, а во всех остальных домах действует Аншпахское и Прусское право.

В деревне Бирках (Birkaeh, ведомства Видигеймского окружного Суда) в доме под №9 действует Графски- Кастельское право; в домах под №№ 1 и 5 Бамбергское земское право, а в остальных домах Шварценбергское право.

В деревне Лоннерштад (ведомства Бамбергского окружного суда) в домах под №№ 6,8,9,10, 15-17, 19, 20, 22, 26, 29-31, 36,41, 44, 57, 59-63, 68,117 и 118 действует Вюрцбургское право; в домах под №№ 71-5,77, 80-5, 58-111, 113, 114, 116, 119 и 122- Нюрнбергское право; во всех же других домах, да еще на мельнице- Бамбергское право. Кроме того, во всех домах имеет еще субсидиарную силу Общенемецкое право.

Для характеристики источников этих ныне-действующих прав приведем следующие примеры:

Берхтетаденское статутное право заключается в одной старой рукописи в 1487 страниц, находящейся при Берхтетаденском земском суде. Кемптенское городское право состоит между прочим из рукописи под заглавием: «Der heiliggen Romischen Reichsstadt Kempten statuta, renovirt anno 1748», и из другой рукописи 16 или 17 века под заглавием «Bew-Ordnung und Barwmts- Jnstruction etc. без обозначения datum-а». Фугер- Кирхгеймское право состоит из двух рукописных статутных книг также без обозначения года.

Приводя такой обзор, А . Думашевский отмечает: « Мы могли бы привести еще множество других доказательств справедливости сделанной в тексте характеристики правового быта Германии; но думаем, что и приведенные нами примеры достаточны. Вспомним еще, что в значительной части Германии действует Обще-немецкое право с его загадочными источниками- corpus iuris civilis et canonici, libri feudorum и проч. Само собой разумеется, что в начале текущего столетия правовое состояние Германии не было лучше, чем в наши дни». ⁴⁹⁵

Исследователями отмечается факт, что римское право на территории Германии применялось исключительно как субсидиарное право, т.е. его реализация обуславливалась отсутствием аналогичных положений местного законодательства.⁴⁹⁶ Однако определенное влияние существовало. Так, отмечается, что средневековое германское право, до рецепции римского права, не знало никакой разницы между наследником и легатарием.⁴⁹⁷

В 19в., когда уже вроде бы давно должно было применяться римское право, исследователь Тибо, видит, что в его отечестве чуть ли не каждая деревня и даже каждый дом в деревне имеет свое особенное право; что в Германии «лишь только сделаешь широкий шаг, то ступишь на территорию другого права», и что наконец, и это право Германии заключается не в общедоступных и достоверных источниках, а в каких то археологических памятниках давно исчезнувших времен и народов,- Тибо высказывал ревностное желание всех немецких патриотов, чтобы немцы составили себе наконец свое собственное, общедоступное и общее для всей Германии гражданское уложение.⁴⁹⁸ А. Думашевский отмечает, что лицам, незнакомым специально с юридическим бытом Германии эта характеристика правового состояния ее может показаться преувеличенной; поэтому приводим для них следующие примеры современного состояния немецкой страны par excellence- Баварии. В 1863г. в этой стране с территорией в 1388 кв.миль действовало более *ста тринадцати* различных прав в одной только области гражданского права. Для характеристики же их территориального господства и их взаимных отношений могут служить следующие примеры:

⁴⁹⁵ С18. А. Думашевский. Наше правоведение: что оно и чем должно быть// Журнал министерства юстиции.№ 1. Январь, 1867г.

⁴⁹⁶ Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб. 1908. С-2.

⁴⁹⁷ Н.В. Товстолес. Ответственность наследника перед кредиторами вообще и перед легатарием в частности// Журнал министерства юстиции. Ноябрь, №9. 1915. С159.

⁴⁹⁸ Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts fur Deuthland. Heidelberg. 1814.

В деревне Аллесгейм (ведомства Ейхштедского окружного суда) в доме под № 56 действует Ейхштедское право, как обычное, относительно наследования по закону; в остальном Аншпахское провинциальное и Прусское право. В домах под №№ 3 и 49 Вейстбургское право. В доме под №1- Папенгеймское право; в домах под №№ 2,4-15, 17-19, 21, 23-35, 37-44, 46, 47, 51-5, 57-9 и 63-76- право Немецкого Ордена, а во всех остальных домах действует Аншпахское и Прусское право.

В деревне Бирках (Birkach, ведомства Видигеймского окружного Суда) в доме под №9 действует Графски- Кастельское право; в домах под №№ 1 и 5 Бамбергское земское право, а в остальных домах Шварценбергское право.

В деревне Лоннерштад (ведомства Бамбергского окружного суда) в домах под №№ 6,8,9,10, 15-17, 19, 20, 22, 26, 29-31, 36,41, 44, 57, 59-63, 68,117 и 118 действует Вюрцбургское право; в домах под №№ 71-5,77, 80-5, 58-111, 113, 114, 116, 119 и 122- Нюрнбергское право; во всех же других домах, да еще на мельнице- Бамбергское право. Кроме того, во всех домах имеет еще субсидиарную силу Общенемецкое право.

Для характеристики источников этих ныне-действующих прав приведем следующие примеры:

Берхтетаденское статутное право заключается в одной старой рукописи в 1487 страниц, находящейся при Берхтетаденском земском суде. Кемптенское городское право состоит между прочим из рукописи под заглавием: «Der heiligen Romischen Reichsstadt Kempten statuta, renovirt anno 1748», и из другой рукописи 16 или 17 века под заглавием «Bew-Ordnung und Barwmts- Instruktion etc. без обозначения datum-а». Фугер- Кирхгеймское право состоит из двух рукописных статурных книг также без обозначения года.

Приводя такой обзор, А . Думашевский отмечает: « Мы могли бы привести еще множество других доказательств справедливости сделанной в тексте характеристики правового быта Германии; но думаем, что и приведенные нами примеры достаточны. Вспомним еще, что в значительной части Германии действует Обще-немецкое право с его загадочными источниками- *corpus iuris civilis et canonici, libri feudorum* и проч. Само собой разумеется, что в начале текущего столетия правовое состояние Германии не было лучше, чем в наши дни». ⁴⁹⁹

Аналогичные явления наблюдались и в государстве Грузии, которая в связи с сильнейшим желанием большинства грузинского населения, в 1802г. стала составной частью Российского государства. Но при этом вводилась русская правовая система, не только без учета местных особенностей - правовых обычаев, но и с прямым их игнорированием. В связи с декларативным упразднением грузинской правовой системой, российское законодательство не переводилось на грузинский язык. Было сформировано явно оккупационное правило, согласно которому все правовые документы, такие как иски, жалобы и др., должны были быть составлены исключительно на русском языке, языке, которого огромное большинство населения просто не знало. Но и в штате российских чиновников также не было специалистов, владеющих грузинским языком. В связи с чем, «впали в другую крайность, весьма странную. Постановили правилом, что каждый проситель должен проговорить все свое дело наизусть на русском языке безошибочно, под опасением потерять право иска». ⁵⁰⁰

Обычаи, входящие в противоречие с заимствованными правовыми институтами, как правило, побеждают. Это происходит если не сразу, то через определенный промежуток времени, как, например, в Чечне, где, в настоящее время, несмотря на все усилия правительства Российской империи, Советского и постсоветского государства, направленные на в том числе смягчение нравов горных жителей, и их оцивилизовывание, в Чеченской Республике в 1996г. официально были восстановлены положения талиона, устанавливавшие, что только смертная казнь может служить мерой наказания «в качестве воздаяния равным». Следовательно, если преступник совершил убийство с помощью отравления, то смертная казнь будет вынесена судом также с помощью отравления. Кроме этого положения предусмотрено, что если «зрячий глаз, если он был выбит полностью;

⁴⁹⁹ С18. А. Думашевский. Наше правоведение: что оно и чем должно быть// Журнал министерства юстиции.№ 1. Январь, 1867г.

⁵⁰⁰ Н. Дубровин. История войны и владычества русских на Кавказе. Т.3. С-Петербург, 1886г. С 455.

нос, вплоть до соединения хряща с переносицей, ухо, если оно было отрезано полностью; язык, если он был отрезан полностью ... кончики пальцев, половой член, яички, а если одно из них осталось неповрежденным, то у виновного отсекается тоже одно...».⁵⁰¹

Исследователи отмечали схожую картину и в древнерусском государстве, где, с принятием христианства, «произошла борьба между русом-язычником и русом-христианином, борьба, замечаемая почти во всех явлениях юридической его жизни. С одной стороны устанавливается теория византийских установлений, а с другой – удерживаются прежние народные обычаи; поэтому является замечательная, долго продолжающаяся двойственность в источниках нашего права. Кровная месть, многоженство, брачные союзы в близких степенях родства, судебные поединки, местничество, – все это было строго запрещается, или по крайней мере порицается духовенством, но все еще удерживалось упорно вместе с тем духом язычества, который и доселе носится над нами, заставляя простолюдинов верить в различных духов и волшебников, или в заветные дни совершать обряды, освященные незапамятной древностью. Но все-таки влияние духовенства и византийского законодательства скоро стало заметным по всем отраслям права».⁵⁰²

Таким образом, говорить о рецепции можно лишь в условном значении, так как те институты, которые заимствуются из иностранного права, и являются абсолютно чуждыми для народа, подвергаются адаптации к местным условиям, вследствие чего приобретают совсем иные черты, чем в иностранном праве. Если же заимствованные правовые институты противостоят существующим в обществе обычаям, то эти правовые институты, как правило, отчуждаются обществом. Иными словами, мировое сообщество рецептировало многие из положений правовой системы Римской империи, но приспособив их к своей среде. Поэтому, не представляется возможным вычленивать из существующих правовых систем рецептированные правовые институты.

Параграф 2. Римское право на Руси и России.

Исследователи утверждают, что содержание понятия частного права, точно так же как понятия права публичного, в законодательствах и юриспруденции западных государств выработался под самым сильным влиянием римского права. Это римское влияние, очень различное в разных странах и в разные эпохи, отнюдь не прекратилось и ныне. Во всех областях юриспруденции, хотя не в одинаковой мере, влияние это оставило более или менее глубокие следы. Вопрос о рецепции римского права есть, поэтому, один из капитальных для всей истории культуры права в современной Европе.⁵⁰³

Однако изложенное выше суждение грешит крайней степенью категоричности и навеяно тенденцией к идеализации римского права Древнего Рима. Еще до возникновения отлаженной модели римского права как теории частного права, на Руси уже существовала наука, в том числе и гражданского права. Так, исследователи обоснованно считают, что вече было не только судебным собранием, но и школой для обучения праву, которое, без помощи письма, сохранялось в памяти мужей-сходатаев, переходя от одного поколения к другому.⁵⁰⁴

Но и в отношении изучения древнего русского права в настоящее время стоят неразрешимые проблемы, причем такие же, как и в отношении древнеримского права. По

⁵⁰¹ Стецовский Ю.И. право на свободу и личную неприкосновенность: нормы и действительность.- М.: Дело, 2000.-720с. С36.

⁵⁰² С.М. Шпилевский. Об источниках русского права в связи с развитием государства до Петра 1// Ученые записки Казанского университета. В1. Казань. 1862. С270

⁵⁰³ Н.Л. Дювернуа. Чтения по гражданскому праву. Т.1.в.1. С-Петербург, 1896.С102.

⁵⁰⁴ И. Андреевский. Критика и библиография. Русская литература.Сочинение Н.Д. Иванищева.//Сборник государственных знаний. Т3. С-Петербург, 1877. С47.

этому поводу еще в 1826г. Санктпетербургская Академия Наук в связи с празднования своего столетнего существования предложила на соискание премии разрешение следующего вопроса: «Какие имеются остатки самого древнего Русского права, и откуда оно было почерпнуто?». При разрешении этого вопроса предполагалось, что в исследовании «должно было быть составлено критическое исследование, как в отношении к языку, так и в отношении к самому содержанию всех сохранившихся донныне памятников Русского права от начала государственности до XIV столетия, «разумея под сим не только целые законоположения, но и отрывки из оных, помещенные в летописях, или дошедшие до нас в особенных списках. За тем нужно сличение сих остатков с законами *восточной Римской империи* и с Германским, а именно Ангосаксонскими, Фризскими и Скандинавскими, для раыскания, в какой мере оные могли быть *почерпнуты* из последних».⁵⁰⁵

Отсутствие каких-либо соискателей на данную тему объяснялось современниками чрезвычайной трудностью данной темы, так как «они и теперь не под силу одному человеку, но должна разрешиться соединенными трудами наших ученых... Даже простое сравнение постановлений наших законодательных памятников с греко-римскими законами, тогда не могло быть сделано с успехом уже потому, что самые важные для этой цели памятники или еще вовсе не были изданы или доступны были только в изданиях весьма неисправных».⁵⁰⁶

В настоящее время в российской науке наличествуют три основные концепции, по-разному отвечающие на вопрос о существовании и воздействии влияния римского права на российское право.

Первая концепция выражается в предположении относительно самостоятельного развития российской цивилистики Яркими ее представителями являлись учение С.А. Муромцев и Ф.Леонтович. Современными учеными признается, что в какой-то степени роль, эквивалентную римскому праву, на Руси играли правовые нормы, зафиксированные в Библии.⁵⁰⁷ Однако, при этом, необходимо учитывать, что было воспринято не историческое римское право, а непосредственно «греко-римское законодательство», повторяющее положения «Моисеева законодательства», т.е. право иудейского народа. «Особенную важность имеет греко-римское право в истории европейского востока и, в частности, народов племени славянского. Римскому праву суждено было служить устроительным началом в юридическом быте всей почти Европы. Большая часть славянских народов получали его из рук Византийцев, и таким образом греко-римское право само является в новом свете»- справедливо отмечал А. Энгельман.⁵⁰⁸

Исследователями отмечается, что « в постановлениях об опеке по Русской правде вообще видят сильное влияние византийского права, но влияние это, как видно пустило прочные корни именно потому, что нашлась удобная почва для него: ряд, договор и участие свободных послухов- вот две характерные черты всего вообще гражданского права Русской Правды. Притом, как справедливо заметил г. Сергеевич, византийское

⁵⁰⁵ Собрание актов торжественного заседания Императорской Санктпетербургской Академии Наук, бывшего по случаю празднования столетнего ее существования 29 декабря 1826г.СПб, 1827. с54. Цит :А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С31.

⁵⁰⁶ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С32.

⁵⁰⁷ Источниковедение: Теория. История. Метод. Источники российской истории: Учеб. Пособие/ И.Н. Данилевский, В.В. Кабанов, О.М. Медушевская, М.Ф. Румянцева. М.: российск. Гос. Гуманит. Ун-т, 1998. С-223

⁵⁰⁸ А. Энгельман. Об ученой обработке греко-римского права с обозрением новейшей его литературы. Санктпетербург, 1857. С6.

влияние не было исключительным, всеобъемлющим, не создало все право опеки: в нем была чрезвычайно оригинальная черта: постановление о вознаграждении опекуна».⁵⁰⁹

В России на бытовом уровне положения римского права также переломлялись через особую ментальность общества. Принимая во внимание только российскую историческую действительность, мы придем к выводу, что в то время, когда в официальной России широко применялись положения римского права, церковь находилась весьма в плачевном состоянии. Современниками отмечались факты, что «многие священники терпят побои от светских лиц, даже имея при себе в дароносице святые дары (1777г). В середине еще XVIIIв. духовенство наказывали розгами; указами 1767 и 1771г. синод воспрещает телесные наказания священников и дьяконов в «духовных командах», а предписывает исправлять их отрешением от дохода и прихода; между тем казанская консистория (в 1773г) усматривает, что некоторые из них продолжают вести себя непорядочно, в особенности пьянствуя и впадая в бесчиния, почему синод приказал за те проступки, за которые они прежде всего были наказываемы телесно, теперь, не делая этого, запрещать им священнослужение и представлять к лишению священства и дьяконства, и церковнослужителей исключать из причта и отсылать в светские команды для определения в военную службу, или на поселение, или в крестьянство. Из документов 1783г. видно, что духовное начальство (заказчики) наказывают еще телесно церковно- служителей и их жен, а священников и дьяконов сажают в цепи, держат в железе и колодках, а в случае неявики в консисторию привозят священников из сел за караулом. ... Главным пороком духовенства того времени было пьянство; некоторые священники у «новокрещен» вели жизнь пьяную, развращенную и озорную (1781г.), подавая дурной пример инородцам. В 1800г. духовное начальство изыскивает средства к прекращению пьянства в среде священства и причта; в 1808г. подтверждает духовенству, чтобы они из дома в дом по своим прихожанам для гульбы не ходили. В 1819 и 1821г. отбираются от духовных лиц подписки сохранять себя в трезвости и благонравии, гнушаться пороков, в особенности пьянства; в 1827г. пензенско – саратовский архиерей Ириной указывает, что при служении праздничных молебнов, за священно- служителями ходят их жены, часто в нетрезвом виде, бражничают и просят платы; архиерей строго воспрещает подобное «таскание». ... Наше духовенство было тогда почти безграмотно; мы видим, что в 1786г., в Казанской епархии оказалось из священно- церковно- служителей «неисправных в чтении и неумеющих совсем читать по книге, писать и петь»- 381 человек, «ученых» священников было очень мало; в 1789г. не все священники знали катехизис...».⁵¹⁰

Другим свидетельством данного явления служит фрагмент анонимной челобитной, поданной в 1701г. и отложившейся в архиве Преображенского приказа. В ней автором с возмущением отмечается, что священники, отслужив на могилах малое поминовение, забирают поставленное там «всякого брашна и пития», «отделают себе и несут в церковь..., собирают всякие кутьи, а в то время нищие и всякие неимущие люди, и им оставляют малое». «Во время святые службы посылают из олтаря церковников з блюдцем и учинают прошения на церковное строенья, и на свечи, и на ладон...». Раздел этих денег или «брашен» между церковниками вызывает «прю» между ними, злопамятность, причем автора особенно волнует мысль, что после подобного передела церковники, не испросив друг друга прощения, начинают служить.⁵¹¹

Конечно, и на Западе происходили подобные, если не еще худшие явления. Идеализация западных правовых отношений – ситуация крайне ошибочная, так же как и по отношению к римскому праву. В связи с этим представляется ошибочным, например,

⁵⁰⁹ И.А. Рожков. Очерки юридического быта по Русской Правде// Журнал министерства юстиции. Декабрь. Окончание. 1897. С285.

⁵¹⁰ Записки Императорского русского географического общества по отделению этнографии. Т.ХІХ. в.2. Народные обычаи, обряды, суеверия и предрассудки крестьян Саратовской губернии. Собраны в 1861-1888г. А.Н. Минхом. Санкт- Петербург. 1890. С79.

⁵¹¹ РГДА. Ф.371 (Преображенский приказ). Оп.2. №912.Л1 об. цит:А.С. Лавров. Колдовство и религия в России. 1700-1740г. М.: «Древлехранилище», 2000.с.396.

категоричное суждение доктора юридических наук, профессора В.О. Мушинского, который считает, что в России «900 лет православия подготовили народное сознание к «нормальному» восприятию тоталитарного господства. Оно, это народное сознание, давно привыкло к мессианской проповеди всеблагой жизни в неопределенном будущем».⁵¹²

В российской науке 19в. была выдвинута концепция полного заимствования российским правом римского. Представителем этого направления являлся К.Д.Кавелин. Оно не нашло своих современных последователей.

Последней выступает концепция частичного заимствования российским правом отдельных римских институтов и понятий. Ее представителями являлись такие русские ученые как Н. Рождественский, Н.Л.Дювернуа, А.М. Гуляев.⁵¹³ Вышеприведенные концепции обусловлены исключительно историческим подходом к изучению римского права. Однако в этом же контексте можно ставить вопрос о непосредственном влиянии на российское право положений мусульманского, иудейского права либо иного права.

Тенденцию калькирования положений частного права в различных системах права подметили еще в 19 в. русские ученые. Так, В. Сергеевич прозорливо отмечал, что «нет сомнения, что содержание Русской правды схоже с Датским и Скандинавским, и Германским, и даже с правом диких народов, но это сходно не от заимствования. Оно есть порождение того общего правила, в силу которого одинаковые причины всегда производят одинаковые последствия, благодаря чему у народов, стоящих на одной ступени развития обыкновенно встречаются одни и те же правовые институты»⁵¹⁴. В силу чего нельзя не признать спекуляциями попытки рассматривать как современную рецепцию римского права включение в гражданские кодексы, институтов характерных всему не только древнему, но и современному праву. Так, рассматривая римское право как «лишь одну из правовых систем, известных в истории мировой цивилизации», Г. Бужинкас оценивает содержание его рецепции в современном гражданском законодательстве литовской республики. По его мнению, «рецепция римского права в литовском законодательстве не отличается ни интенсивностью, ни внутренней логикой. Это можно объяснить, в частности, тем, что в работу не вовлечен весь научный юридический потенциал нашего края. Проекты законов подготавливают отдельно созданные группы, которые недостаточно общаются между собой, что влечет определенные законодательные несоответствия. Избежать этих недостатков можно, лишь создав концепцию рецепции римского права, а также методично и систематически проводя ее в жизнь».⁵¹⁵

Но было бы большой ошибкой не признать историческое знакомство с римским правом любого развитого древнего народа, в том числе и русского и его непосредственное и опосредованное влияние на современное российское право. При этом необходимо учитывать, что даже при внедрении чуждых положений в какую либо правовую систему неизбежно возникают определенные искажения, обусловленные определенным менталитетом общества и многими другими причинами. В силу чего, с существенными оговорками, можно согласиться с мнением профессора М.Ф. Владимирского – Буданова, согласно которому несмотря на историческое влияние на исконное русское право римско – греческого права, даже те иностранные нормы, которые были восприняты русским правом, в большинстве своем перерабатывались и изменялись (иногда до неузнаваемости) законодателями, приспособившими их к местным условиям.⁵¹⁶

⁵¹² В.О. Мушинский. Сумерки тоталитарного сознания// Государство и право. №3, 1992. С82

⁵¹³ Е.В. Саллогубова. Римский гражданский процесс.- М.: юридическое бюро «Городец», 1997.- 144с. С-16.

⁵¹⁴ В.Сергеевич. Лекции и исследования по древней истории русского права. С-Петербург, 1899г. С80.

⁵¹⁵ Г. Бужинкас. Рецепция римского права на востоке.// Древнее право. 1(3) 1998. С139.

⁵¹⁶ Владимирский – Буданов. М.Ф. Обзор истории русского права. 5-е издание. СПб., 1907. С. 90 – 94.

Несомненно, что на русское право оказывало огромное влияние так называемое греко-римское право. Такое его значение обусловлено историческими причинами, одной, главнейшей из которых, является принятие христианства господствующей религией, и соответственно всего законодательства (греко-римского), ему сопутствующего. Историческое влияние римского права подтверждается многочисленными источниками древнерусского права. Это знакомство исторически происходило с помощью торговли и военных действий. «Обширная и деятельная торговля северян с Византией, Болгарией и Козарией свидетельствует о довольно развитости северянского племени, ибо никак нельзя согласиться, что торговля эта была следствием нужд естественных и бесплодия земли, потому что край, занятый северянами, очень плодороден и обилен для того, чтобы прокормить дикарей и удержать их дома, не странствуя по отдаленным землям для прокормления торговлей; явно, что торговля была следствием развития потребностей не чисто физических, но уже более нравственных, гражданских»: отмечал известный российский ученый И.Д. Беляев.⁵¹⁷ Н.М. Карамзин отмечал в своих исследованиях, что в «Хвеке жило множество россиян в Царьграде, которые продавали там невольников и покупали всякие ткани. Звериная ловля и пчеловодство доставляли им множество воску, меду и драгоценных мехов, бывших вместе с невольниками, главным предметом их торговли. Они ходили на судах не только в Болгарию, грецию, Хазарию или Тавриду, только в Болгаию, в Грецию, хазарию или Тавриду, но ... и в самую отдаленную Сирию».⁵¹⁸

Рассматривая влияние Запада на Русь посредством канонического права Н.С. Суворов отмечал, что еще задолго до того времени, когда в Московском государстве почувствовалась неотложная потребность «прорубить окно в Европу» двери на Руси держались широко открытыми для западно-европейского влияния.⁵¹⁹ Это также стало возможным с помощью непосредственного изучения иностранных источников права. Исследователями установлено, что на Руси, со времен Ярослава Мудрого, существовал мощный переводческий центр, который «собра писце многы и перекладаше от грек на словенско письмо». Он осуществлял свою деятельность по переводу книг не только с греческого, но также и с латыни и с древнееврейского.⁵²⁰ В литературе отмечается: «К сожалению, мы ничего не знаем о той переводческой школе, которая, надо думать, существовала при Ярославе, с тем ограничением, конечно, что это не была строго организованная школа, на образец современных, но был известный кружок лиц, знавших греческий язык и начитанных в славянской письменности, которым кн. Ярослав и поручал делать переводы».⁵²¹ Объем его деятельности неизвестен, но, возможно, переводились многочисленные книги правового характера. На это указывают и отдельные исследования. Так, А.Я. Ефименко считала, что Ярослав, читал книги, и, конечно, проникался христианством, а вместе с тем и римско-византийскими понятиями о государственном строе и своих обязанностях как христианского правителя. А окружающая жизнь между тем неслась мимо него свободным потоком - из источников, имеющих мало общего с христианским понятием об истинном и должном, с римским понятием о справедливом. Естественно, что всякий правитель, не лишенный энергии, должен был делать попытки урегулировать эту свободную и «неправильную» жизнь, приспособить ее к новым требованиям, какие ставили ей христианская нравственность и развивающийся государственный строй. Ярослав сделал эту попытку своей «Русской правдой» в ее

⁵¹⁷ Беляев И.Д. История русского законодательства. Серия «Мир культуры, истории и философии» Спб.: Издательство «Лань», 1999г. С-36.

⁵¹⁸ Карамзин Н.М. История государства Российского. Т1. М., 1989,-с.168.

⁵¹⁹ Н.С. Суворов. Следы западно- католического церковного права в памятниках древне русского права. Ярославль. 1892г. С234

⁵²⁰ Источниковедение: Теория. История. Метод. Источники российской истории: Учеб. Пособие/ И.Н. Данилевский, В.В. Кабанов, О.М. Медушевская, М.Ф. Румянцева. М.: Российск. Гос. Гуманит. Ун-т, 1998. С-285.

⁵²¹ В. Истрин. Хроника Георгия Амартола в славянско-русском переводе и связанные с ней памятники// Журнал министерства народного просвещения. Май, Петроград, 1917. С7.

древнейшей редакции. «Русская правда»- свод юридических положений, частью заимствованных из правовых понятий, господствующих в жизни, частью из византийского права.⁵²²

Современными учеными приводятся доказательства введения еще киевским князем Владимиром Святославичем в юридическую практику норм XVII титула Эклоги (византийского свода законов первой трети VIIIв.), и отмечается факт, что в окружении князя был сделан древнерусский перевод новейшей для того времени редакции полного текста Эклоги (*Ecloga privata*).⁵²³

Указание на знакомство с иностранными источниками права, основывающимися на римском праве, содержится в различных правовых актах Древней Руси. Например, в договорах с греками (6453/945г.) можно найти следующий фрагмент: «аще украденное обрящется продаемо, да вдаст и цену его сугубо, и ть показнен будет по закону гречьскому, и по уставоу и по закону рускому». Кроме того, в данных договорах постановлялось: «...ежели вор при поимке во время сопротивления был убит, то хозяин возвращал себе только покраденное воров; но ежели вор был связан и преставлен на суд, то должен был возвратить и то, что украл, и сверх того заплатить хозяину тройную цену украденного». Ученый И.Д. Беляев, рассматривая этот фрагмент, предполагает, что в отношении тройной цены, «кажется по византийскому настоянию, в договор было внесено римское *quadrupli*, по которому открытое воровство наказывалось вчетверо, т.е. возвращалась украденная вещь и сверх того в наказание тройная цена вещи».⁵²⁴

Такое знакомство вполне естественно. Однако исследователи, как правило, прибегают к приему противопоставления более цивилизованных народов менее цивилизованным, вследствие чего утверждают о незначительном влиянии развитого римского права на неразвитое право славянских народов. В русле выявленной тенденции, А.Думашевский рассуждает: «С одной стороны мы видим римлян, живущих в строго организованном государстве, с стройно-организованной администрацией, с богатой культурой, с высоко-развитой юриспруденцией с письменным и превосходным законодательством. С другой стороны, мы видим полудиких, языческих варваров, едва выходящих из первоначального естественного состояния. А. Думашевский. Наше правоведение. Что оно и чем должно быть// Журнал министерства юстиции. Ноябрь- декабрь, №11-12. 1867г. с224.⁵²⁵

Данную ошибку повторяют и современные исследователи. Так, высказывая правильный постулат о том, что становление и развитие русского права, русской правовой культуры происходило по общим законам, присущим становлению и развитию любого права, любой правовой культуры, А.П. Семитко, тут же добавляет, что «если сравнить древнерусскую мифологию с мифологией некоторых других этносов, известных своей высокой правовой культурой (например, древнегреческой, древнеримской), то можно обнаружить, что древнерусская мифология, языческая религия сосредоточены главным образом на осознании и понимании восточными славянами природных явлений и процессов. Славянская мифология носила в основном аграрный, природный характер. Древнерусский человек не выделял, не воспринимал и не осознавал еще с достаточной четкостью социальности своего бытия, его нормативности, упорядоченности и иных характеристик, складывающихся в предправовой комплекс. Он был во многом погружен в природность, натурность, в кровнородственные связи и зависимости. Языческая религия ... была бедна организационными, нравственными и общественными идеалами". А.П.

⁵²² А.Я. Ефименко История украинского народа. Киев. «Льбидь», 1990. С39

⁵²³ Л.В. Милов. Византийская эклога и пространная русская правда (проблемы рецепции)// Древнее право. IVS ANTIQVVM. №1(3). 1998.- М: СПАРК, с-113.

⁵²⁴ Беляев И.Д. История русского законодательства. Серия «Мир культуры, истории и философии» Спб.: Издательство «Лань», 1999г. С-78.

⁵²⁵ А. Думашевский. Наше правоведение. Что оно и чем должно быть// Журнал министерства юстиции. Ноябрь- декабрь, №11-12. 1867г. с224.

Семитко. Русская правовая культура: мифологические и социально- экономические истоки и предпосылки// Государство и право. №10. 1992. М. Наука. С109⁵²⁶.

Как тут не вспомнить следующего высказывания, созвучного с вышеприведенным: «Кто хочет понять Россию, то должен вернуться назад века на три, четыре... Что так затрудняет понимание России, так это именно то, что будучи современным государством по хронологии, по внешней стороне цивилизации, по усвоению технических знаний Европы, по своей армии и бюрократии, она остается средневековой по духу и нравам своего народа. Ни Возрождение, ни реформация, ни революция не коснулись ни городского, ни сельского населения. Все, что случилось в Европе со времен Колумба и Лютера, Вашингтона и Мирабо, для России как бы не существовало...». Leroy- Bealieu. L'Empire des tsars et les russes. V. 1,2. Paris, 1897,1898. Цит.: А.П. Семитко. Русская правовая культура: мифологические и социально- экономические истоки и предпосылки// Государство и право. №10. 1992. М. Наука. С115.⁵²⁷

Знакомство древних «невежественных» славян с римским правом уже вытекало из соприкосновения с огромным числом «цивилизованных» рабов из Византии. О том, что такие походы славян за римлянами были успешны, свидетельствуют многочисленные примеры. Так, по свидетельству Менандра, воевавшего со склавинами, он «возвратил свободу многим мириадам римских подданных, бывших в неволе у склавинов». Вестник древней истории. 1941. №1. С248⁵²⁸. Прокопий в сочинении «Тайная история» сообщает, что «Почти каждый год с тех пор, как Юстиниан стал владеть Римской державой, совершали набеги и творили ужаснейшие дела по отношению к тамошнему населению гунны, склавины и анты. При каждом набеге, я думаю, здесь было умерщвлено и поработщено более двадцати мириад римлян, отчего вся эта земля стала подлинно Скифской пустыней». Прокопий Кесарийский. Война с персами. Война с вандалами. Тайная история. М., 1993. С.378 ⁵²⁹. Прокопий в другом сочинении сообщает, что однажды «огромная толпа славян нахлынула на Иллирию и произвела там неопишемые ужасы... варвары совершали ужасные опустошения. Во время этого грабительского вторжения, оставаясь в пределах империи долгое время, они заполнили все дороги горами трупов; они взяли в плен и обратили в рабство бесчисленное количество людей и ограбили все, что можно... и со всей добычей ушли домой». Прокопий из Кесарии. Война с готами. М., 1950. С439⁵³⁰.

Обобщая все эти высказывания, российский исследователь И.Я. Фроянов приходит к закономерному выводу о том, что византийские источники VI-VII вв. содержат сведения о взятии славянами в плен как женщин и детей, так и боеспособных мужчин, указывая, следовательно, на наличие в славянском обществе двух составных групп рабства, возникших из пленения и дальнейшей адаптации в семейные союзы женщин и детей, с одной стороны, а позднее взрослых мужчин- с другой. «Понимать это нужно так, что ко временам склавинов и антов славянское рабство прошло достаточно длительный, двуступенчатый путь развития и стало привычным явлением в общественной жизни славянства». Фроянов И.Я. Рабство и данничество у восточных славян.-СПб.: Изд. С.-Петербургского университета, 1996. 38⁵³¹. Таким образом, если предположить что культурный уровень у славян был ниже, чем у завоеванных ими византийских рабов, то постоянное соприкосновение с ними и их ассимиляция (полная и частичная) на территории славянских племен приводит к внедрению элементов иностранной культуры, в том числе и правовой. Это происходит и в связи с тем, что, по видимому, «высшая культура родит в

⁵²⁶ А.П. Семитко. Русская правовая культура: мифологические и социально- экономические истоки и предпосылки// Государство и право. №10. 1992. М. Наука. С109

⁵²⁷ Leroy- Bealieu. L'Empire des tsars et les russes. V. 1,2. Paris, 1897,1898. Цит.: А.П. Семитко. Русская правовая культура: мифологические и социально- экономические истоки и предпосылки// Государство и право. №10. 1992. М. Наука. С115.

⁵²⁸ Вестник древней истории. 1941. №1. С248

⁵²⁹ Прокопий Кесарийский. Война с персами. Война с вандалами. Тайная история. М., 1993. С.378.

⁵³⁰ Прокопий из Кесарии. Война с готами. М., 1950. С439

⁵³¹ Фроянов И.Я. Рабство и данничество у восточных славян.-СПб.: Изд. С.-Петербургского университета, 1996.38.

представителях низшей культуры непреодолимое стремление к заимствованию и самосовершенствованию; соприкосновение общества с высшей культурой не только вызывает в нем усиленное развитие в кругу данных потребностей, не только ускоряет удовлетворение потребностей, уже существующих, но ведет к умножению самих потребностей; оно расширяет кругозор, знакомит с новыми благами жизни, смягчает нравы и вкусы, - вообще, играет роль самостоятельного фактора, и если этот фактор действует с значительной силой, то самое развитие рискует получить одностороннее направление. Именно в описанное положение стали покорители Италии относительно Римлян, или побежденных». С. Муромцев. Римское право в западной Европе. Очерк 1. Действие римского права после падения Западной римской империи. // Юридический вестник. Кн.2 (февраль). М. 1885. С253.⁵³²

Однако при этом нельзя преувеличивать такое значение влияния «высокой иноземной культуры». Выше приводились примеры из истории Германии.

С принятием христианства, на Руси длительное время, вплоть до 19в. употреблялся византийский источник права Номоканон. Это название произошло от греческого языка, означающее закон и правила. Иными словами, Номоканон представлял собой «законоправило». Русские сборники, содержащие в себе положения этого византийского источника получили наименование Кормчие. Названы они были вследствие того, что такие святые отцы церкви как Василий Великий, Иоанн Златоуст в посланиях сравнивали церковь с кораблем, плывущим по штормовому морю, а духовные правила служат ему в качестве кормила. Подтверждением этому в многочисленных кормчих встречаются наименования « книга, глаголемая Кормчая, иже сказается Номоканон», «Книга, глаголемая греческим языком законправило» Иногда в Кормчих изображался корабль, обуреваемый волнами, у кормы которого стоит Спаситель.⁵³³ Содержание Номоканона отразилось и на содержании Судебника 1497г., который также во многом стал дублировать положения римского и иудейского права. Однако, роль канонического права, его история и место в социальной жизни Древней Руси, изучены пока в недостаточном объеме.⁵³⁴

Знакомство с римским правом и относительное использование его элементов в российском праве следует из различных историко-правовых документов. Об этом недвусмысленно говорится в Уложении Алексея Михайловича, рассматривающей работу комиссии, составившего его проект: «И по Государеву Цареву и великого Князя Алексея Михайловича всея Руси указу, Бояре Князь Никита Иванович Одоевский с товарищи, выписав из правил святых Апостол и святых Отец, из *градских законов, Греческих Царей* и из старых судебников прежних великих Государей, и из указов блаженныя памяти, Великого Государя Царя и Великого Князя Михаила Федоровича всея Руси, и из боярских приговоров, и которых статей в прежних судебниках, и во указах прежних государей, в Боярских приговорах не написано, и те статьи написав вновь к царю приносили».⁵³⁵ Соответственно, из приведенного фрагмента видно, что содержание градских законов, законов Греческих царей (основывавшихся и развивавших историческое римское право) было досконально изучено этой комиссией.

Проследить полную картину воздействия прямого или косвенного на древнерусское и средневековое право римского права в настоящий момент не представляется возможным. Это, в ряде причин, обусловлено безобразным отношением российской государственной власти, как правило, всех времен, к летописному наследию. Данную черту в свое время

⁵³² С. Муромцев. Римское право в западной Европе. Очерк 1. Действие римского права после падения Западной римской империи. // Юридический вестник. Кн.2 (февраль). М. 1885. С253.

⁵³³ Сергеевич. Лекции и исследования по древней истории русского права. С-Петербург, 1899. С84.

⁵³⁴ Источниковедение. Данилевский И.Н., Кабанов В.В., Медушевская О.М., Румянцева М.Ф. Учебное пособие для гуманитарных специальностей. М.1998. С-223.

⁵³⁵ Уложение по которому суд и расправа во всяких делах в российском государстве производится, сочиненное и напечатанное при владении его величества государя царя и великого князя Алексея Михайловича всея России самодерца в лето от сотворения мира 7156. Четвертое издание Императорской академии наук. 1776г. С-2.

метко охарактеризовал греческий архимандрит Димитракопуло, обозвавший столицу «книжной могилой, в которой съедено червями уже не мало рукописей, присланных сюда патриархом Досифеем и не видавших света в печатных изданиях».⁵³⁶

Помимо прочего, доказательства историков, считающих, что русский народ заимствовал правовые институты именно у древних римлян, строятся в основном на летописях древнерусских летописцев. Эти летописцы с огромным пристрастием описывали достижения христианских князей, и соответственно, негативным образом описывали быт язычества. Подобную аналогию можем увидеть при ознакомлении со «Словом» преподобного Феодосия, этого популярного литературного источника XIв. В нем тенденциозно описываются черты «злой веры», т.е. так называемого латинства. Исследователи отмечают, что для возбуждения в православном народе омерзения к этой «злой вере», этот преподобный полемикой с особенной подробностью исчисляет различные виды обычного у латинян «скверноядения»:

- ядят со псы и кошками;
- пьют свой сец (урину);
- не соблюдают Великого поста и т.д.⁵³⁷ Подобными чертами характеризовался, как правило, любой подобный источник. Но теми же действиями «грешила» и другая сторона. В древнейшей славянской Книге Велеса встречаем попытку оправдания славянских народов от подобных вражеских наветов: «Так всякий, кто слушает греков, скажет про нас, что мы - людоеды. Но это ложная речь, поскольку это воистину не так! Мы имели иные обычаи. Тот же, кто хочет победить другого, говорит о нем злое, и тот- глупец, кто не борется с этим, потому что и другие это начнут говорить».⁵³⁸

Выявленная автором тенденция продолжает осуществляться и в современных условиях в юридической литературе. Например, помимо приведенного высказывания сербского ученого, много стоит суждение М.В. Власовой: «Основными элементами западной системы ценностей являются: человеческая свобода превыше всего; личное выше общественного; успех зависит от тебя самого; богатым быть хорошо, а бедным плохо; нравственно все, что позволяют делать деньги. Россия же как православная страна проповедовывала прямо противоположные идеалы».⁵³⁹

В России применялись отдельные положения и исторического римского права. Так, долгое время дублировалась градация возрастных групп. Это было обусловлено следствием желания Императрицы Екатерины II, выраженной в ее «наказе», следовать указаниям римского права.⁵⁴⁰

Но, несмотря на завышенную оценку в цивилистической науке римского права в 19 веке и отдельные случаи применения положений исторического римского права, в целом, в правоприменительной практике в России, как в прочем и во всем мире, оно не пользовалось особым почетом. Ярким подтверждением служит решение №62 гражданского кассационного департамента за 1891г. В нем отмечалось: «Правительствующий Сенат считает нужным обратить внимание на допущенные по настоящему делу Виленскою судебною палатою отступления от общепринятого правильного способа изложения

⁵³⁶ А. Павлов. Критические опыты по истории греко- римской полемики против латинян. Санкт-Петербург, 1878г. сIV.

⁵³⁷ А. Павлов. Критические опыты по истории греко- римской полемики против латинян. Санкт-Петербург, 1878г. С47.

⁵³⁸ Книга Велеса/ А.И. Асов.- СПб.: Политехника, 1999. С61.

⁵³⁹ Власова М.В. Право собственности и социальная справедливость в процессе развития российской государственности// История государства и права. №1. М. Юрист. С54.

⁵⁴⁰ Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т.1.общая часть. Сост. В.Л. Исаченко, В.В. Исаченко. С-Петербург, 1914г С-109.

судебных решений, заключающегося как в неуместных ссылках в самом тексте обжалованного решения, вопреки ст.9 Устава на начала «так называемой теории права» на учения римского и французского права, на сочинения иностранных юристов и т.п., так и в неоднократном употреблении несвойственных русскому языку выражений, как- то абсолютная и релятивная симулятивность, фиктивность и т.д.».⁵⁴¹ Но если сравнить такое положение с современностью, то, можно констатировать, в судебной российской системе вообще полнейшее игнорирование римского права и в теории и в практике. Легко представить незавидное положение адвоката в судебном процессе, который употребляет латынь для обозначения терминов римского права либо ссылается на его положения.

Параграф2. РИМСКОЕ ПРАВО В СССР И СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ.

Великая Социалистическая Октябрьская революция положила начало образованию нового социалистического права. Советская власть начала с отмены основных институтов частного права и заменой их революционным правосознанием. Соответственно был выработан принцип революционной целесообразности: «Справедливым и законным считается то, что полезно Революции. С самого начала революционная справедливость совпадает с революционной целесообразностью. Из этого должна исходить и вся юридическая техника, любая правовая форма».⁵⁴²

Современники отмечали, что «закон и законность не составляли и не составляют одну из патетических нот режима пролетарской диктатуры. Главное – революционная целесообразность, которая не фиксируется законом».⁵⁴³ В декрете ВЦИК №2 (СУ 1917г. №4 ст.50⁵⁴⁴) революционное правосознание судьи прямо определено в качестве источника права: «не ограничиваясь формальным законом, а всегда руководствуясь соображениями справедливости, гражданский суд может отвергнуть всякую ссылку на пропуск давностного или иного срока, и вопреки таким или иным возражениям формального характера присудить справедливое требование».

В литературе встречаются различные примеры применения революционного правосознания. Так по одному делу суд признал закон о неустойке пережитком старого времени, дающим оружие капиталу в его борьбе с трудом, богатому- в борьбе с бедным, что неустойка не соответствует народному правосознанию, если она не покрывает убытков, понесенных в действительности.⁵⁴⁵

Однако такая ситуация не была столь однозначной. Большая часть норм обязательственного права царской России декретами Советской власти отменена не была и продолжала действовать⁵⁴⁶. «Использование законов «старого режима в интересах борьбы за новый строй» прежде всего было необходимо потому, что невозможно сразу после устранения старого режима создать все законы заново»: считали советские германские цивилисты, ссылаясь при этом на высказывания Сталина и Вышинского. Они пришли к выводу, что во-первых, прежде всего новый правопорядок должен воспринять старые правовые нормы. Государство вынуждено делать это из-за отсутствия новых правовых норм. Во-вторых, восприятие в новом правопорядке старых норм возможно, потому, что новые отношения людей между собой непосредственно вытекают из старых, а

⁵⁴¹ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань. 1893. С238.

⁵⁴² И.А. Исаев. Революционная психология и революционная законность (Российский опыт 1917г.)// Государство и право. №11, 1995, с144.

⁵⁴³ Архипов К.А. Понятие закона. _ Советское право, 1924г., №2, с41.

⁵⁴⁴ СУ 1917г. №4 ст.50

⁵⁴⁶ Новицкая Т.Е. Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922гг.-М.: изд – во МГУ. 1989. С17.

развиваются из них, потому что новое право не отделено от старого права «китайской стеной», несмотря на свои принципиальные различия.⁵⁴⁷

Как уже отмечалось, была отменена часть важнейших институтов частного права. Так, полная отмена наследования как по закону, так и по завещанию привела к исчезновению наследственного права- важной составной части гражданского права.⁵⁴⁸ Исследователи отмечали, что «уничтожен пролетариатом целый огромный отдел гражданского буржуазного права- отменено без всяких изъятий право наследования. Даже в тех случаях, когда частная собственность еще не отменена, она перестает быть собственностью, в том смысле как ее понимает буржуазное право. За пределы жизни ее обладателя она своей тени отбрасывать не может. Эта отмена посмертного перехода имущества к другим частным лицам, как по распоряжению умершего, так и в силу самого закона наносит удар самой идее частной собственности, как чего-то могущего, вечного, из рода в род быть прикрепленной к частным лицам».⁵⁴⁹

Говоря о происшедшей революции права, советские исследователи отмечали, что «мы, казалось, выступили чрезвычайно смело, отменяя одним декретом (о суде №1) все законы старых правительств. Мы, говоря словами Вольтера, «сожгли все старые законы, заменяя их революционным декретом и социалистическим правосознанием. Но мы не сознавали, что мы имеем дело с целым мировоззрением, *юридическим*, и лишь три года спустя мы нашли статью Энгельса, открывавшую нам глаза на то, что это *мировоззрение является классическим мировоззрением буржуазии*».⁵⁵⁰

Однако этот этап веры в незыблемость революционного правосознания победившего народа в скором времени был свернут и Российская Федерация пошла по проторенному пути совершенствования теории римского права и активному использованию его в рамках советского права. И если о влиянии доктрины римского права на дореволюционную российскую цивилистику можно спорить, то его влияние на советскую юриспруденцию – бесспорно. Ярчайшим примером является первый гражданский кодекс молодого государства.

Давая его характеристику, П.И. Стучка отмечал: «наш кодекс ввиду краткости срока его изготовления пришлось почти целиком и дословно списать с лучших образцов гражданского права Запада; задаваться целью создать что – либо оригинальное мы не могли, ибо мы тогда в гражданско – правовой области не могли в точности определить ни пределов окончательного отступления, ни дать новых форм строительства».⁵⁵¹ Он признавал, что «кодекс является результатом отступления, но он одновременно обладает особенностями, придающим ему чрезвычайно важное значение, хотя эти особенности и обнимают лишь незначительное количество статей, клином врезавшихся в эту перепечатку извлечений из буржуазных кодексов. ... В гражданском праве мы провели рецепцию буржуазного гражданского права, именно рецепцию, а не восстановление».⁵⁵² В докладе от 10 мая 1925г. П.И. Стучка отмечал, что пролетарский «суд, по составу-определенно классовый, обязан осуществлять, охранять право, на котором ярко видна марка: буржуазное. Не только мнимо-буржуазный, но настоящий буржуазный ГК на 9/10 заимствованный из лучших буржуазных гражданских кодексов Запада, является основным руководящим началом для всей гражданской практики нашего суда, а значительная часть

⁵⁴⁷ Гражданское право германской демократической республики. Общая часть. Изд. Иностранная литература, М. 1957. С125

⁵⁴⁸ Новицкая Т.Е. Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922гг.-М.: изд – во МГУ. 1989. С22.

⁵⁴⁹ Гойхбарг А.Г. Пролетариат и гражданское право// Пролетариат и право (сборник статей). Изд. Народного комиссариата юстиции. 1919г. М. с46.

⁵⁵⁰ П.И. Стучка. Двенадцать лет революции права. // П.И. Стучка. Революционная роль советского права. Хрестоматия. Пособие для курса Введение в Советское право. Изд.3. Гос.издат. Советское законодательство. М. 1934. С138.

⁵⁵¹ Стучка П.И. 13 лет борьбы за революционно- марксистскую теорию права. Сборник статей (1917-1930). М., 1931. С-125.

⁵⁵² П. Стучка. Классовое государство и гражданское право. М. 1924. С48-51.

УК призвана охранять неприкосновенность отношения, основанных именно на нормах этого ГК».⁵⁵³

Исследователи отмечают, что при создании гражданского кодекса молодой советской республики особенно были учтены положения хорошо разработанного к этому времени пандектного права.⁵⁵⁴ Например, в отношении порядка заключения договоров Гражданский кодекс воспринял постановления Германского уложения, в наибольшей мере соответствующие интересам оборота.⁵⁵⁵

Кроме того, публично высказывалось, что становление советской правовой системы конкретно-исторической формы нового социалистического типа права- происходило путем отрицания капиталистических принципов, пронизывающих буржуазное право и буржуазную правовую идеологию.⁵⁵⁶ Поэтому стала возможной фраза, что «наш Гражданский кодекс не имеет корней в прошлом».⁵⁵⁷

При подготовке проекта гражданского кодекса П.И. Стучка высказывал ряд критических замечаний, среди которых:

- кодекс был ориентирован на капиталистов, а не на простых граждан;
- существовала возможность в связи с пробельностью кодекса использования дореволюционных источников права, таких как кассационные решения Сената;
- не было оговорено, какие нормы действовали с 1917 по 1922гг, поскольку Гражданский кодекс обратной силы не имеет.⁵⁵⁸

Поэтому вкоре неверно замечание С.С. Алексеева, считавшего, что «.. сам Гражданский кодекс (1922г.), лишенный своей души- частного права- и потому обескровленный, немощный, во многом обрел, как и все право того времени, опубличенный характер, не стал, как говорится, явлением- юридическим документом, который бы выбивался из общего опубличенного массива законодательства Советской России и заложил основу для оптимизма в отношении правового будущего российского общества».⁵⁵⁹

Рецепция римского права в СССР носила закамуфлированный характер, и, в силу действия марксистско-ленинской идеологии, официальная доктрина отрицала какую-либо преемственность нового социалистического права от досоциалистических правовых систем, так как «Великая Октябрьская социалистическая революция положила начало новому неизвестному истории человечества, социалистическому обществу и праву».⁵⁶⁰ Только по истечении продолжительного времени Коммунистическая партия публично признала необходимость объективного изучения наследия прошлого: «Этот опыт со всеми его достижениями, перегибами, а то и ошибками является школой, уроки которого для нас важны и для настоящего и для будущего».⁵⁶¹

Буржуазное же право всегда выражало волю капиталистов, служило средством для охраны их частной собственности на средства производства, для угнетения и эксплуатации

⁵⁵³ Стучка П.И. Пролетарский суди буржуазное право (доклад, прочитанный 10 мая 1925г.)// П.И. Стучка. Революционная роль советского права. Хрестоматия. Пособие для курса Введение в Советское право. Изд.3. Гос.издат. Советское законодательство. М. 1934. С112.

⁵⁵⁴ Давыдов В.И. Проблемы кодификации гражданского законодательства, Кишинев, 1973. С-7-9

⁵⁵⁵ Варшавский К.М. Гражданское право в СССР// Правовые условия торгово-промышленной деятельности в СССР. Сборник статей. Л., 1924. С108.

⁵⁵⁶ Вступление Туманова В.А. Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. «Прогресс», 1978. С5.

⁵⁵⁷ Гойхбарг. Гражданский кодекс РСФСР. 1924. С5.

⁵⁵⁸ IV сессия ВЦИК IX созыва. Бюллетень №3. М.1922. с14-17.

⁵⁵⁹ Алексеев С.С. Право: азбука-теория- философия: Опыт комплексного исследования. м.: «Статут», 1999. С503.

⁵⁶⁰ Проф. Агарков М.Н. Основные принципы советского гражданского права// Советское государство и право. 11-12. 1947. С34.

⁵⁶¹ Материалы Пленума Центрального Комитета КПСС, 25-26 июня 1987г., М., 1987. С43.

трудящихся. В силу чего представлялось необходимым разрушить буржуазное право рабочему классу и создать собственное социалистическое право.⁵⁶²

Такое положение основывалось на утрированном использовании философии марксизма, вследствие чего представлялось объективным, что «рассматривая право как историческое явление, как общественное отношение между людьми, марксизм ставит познание права на действительно научную почву. Только марксистское понимание права как общественного отношения освобождает науку права от всякого рода мистицизма и фетишистских извращений, свойственных идеологии всех предшествующих формаций через которое прошло человечество»⁵⁶³

В связи с тем, что «Всякое право есть классовое право»⁵⁶⁴, то и в этом контексте рассматривалось содержание римского права: «Римское право оказалось важным фактором в развитии буржуазного права».⁵⁶⁵

При этом же, отмечается, что право капиталистических стран определяется его классовой сущностью: это право, которое выражает волю буржуазии как господствующего класса и соответствует ее интересам».⁵⁶⁶ Кроме того, советскими исследователями категорически отрицалась даже возможность позитивного воздействия институтов римского права на новое социалистическое право, так как «буржуазный идеолог, утверждающий вечность государства и права, хочет утвердить этим только вечность буржуазного способа производства, вечность капиталистической эксплуатации буржуазного классового права и буржуазного государства».⁵⁶⁷

Только этим, по видимому, объясняется публичное признание своей ошибки проф. Карассом, считавшего, что заготовительные организации выступают как *solutionis causa adjecti* римского права, которые также не имели права требования против должника и не могли поэтому ни простить долга, ни предъявить иска, а могли только принять исполнение и должны были возратить полученное кредитору.⁵⁶⁸ Впоследствии им отмечалось, что «крайне неудачной является и сопоставление заготовительных организаций (так называемых *solutionis causa adjecti*) римского права. Такое сравнение института колхозного права с глубоко чуждым нам юридическим институтом римского права затемняет вопрос, вместо того, чтобы способствовать его уяснению».⁵⁶⁹

Но эта ситуация была не типичной. Помимо включенной в советское законодательство теории российского гражданского права, основанного на науке римского права, в литературе постоянно упоминаются положения римского права, правда, без какого-либо их исторического рассмотрения. Так, М. Строгович отмечал действие *onus probandi*.⁵⁷⁰ В различных диссертациях встречались отдельные упоминания о элементах теории римского

⁵⁶² Й. Богушак. З. Йичинский. Социалистическое право и законность в народно-демократической Чехословакии. Государственное издательство. Юридическая литература. М. 1985. С18

⁵⁶³ В.Алешин. К вопросу понимания права как общественного отношения// Советское государство. №4. 1933. М. с39.

⁵⁶⁴ В. Алешин. Советское право и строительство социализма// Советское государство. 1932. №5-6. С55.

⁵⁶⁵ Виктор Кнапп. ЧССР. Крупные системы права в современном мире// Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. Прогресс, 1978. С226.

⁵⁶⁶ Виктор Кнапп. ЧССР. Крупные системы права в современном мире// Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. Прогресс, 1978. С226.

⁵⁶⁷ В.Алешин. К вопросу понимания права как общественного отношения// Советское государство. №4. 1933. М. с38.

⁵⁶⁸ Проф. Карасс. К вопросу о правовой природе обязательств по поставке государству сельскохозяйственной продукции// Советское государство и право. №3, 1947г. С57.

⁵⁶⁹ Проф. Карасс. В редакцию журнала «Советское государство и право»// Советское государство и право. №11. 1947. С96.

⁵⁷⁰ М. Строгович. О системе науки судебного права// Советское государство и право. №3. 1939. С67.

права, например, о том, что «Советский суд в силу закона является «хозяином процесса» (dominus litis)». ⁵⁷¹

Известные политики Советского государства, такие как А. Вышинский, в своих речах довольно часто использовали положения теории римского права, адаптируя их к нуждам молодого государства наподобие следующего: ««Salus populi- suprema lex»- благо народа- высший закон, закон революции, которому подчинены все юридические законы». ⁵⁷² Кроме того, в правовой литературе 32г. стала подчеркиваться мысль о том, что центральным институтом советского хозяйственного права является право социалистической, вместо частной, собственности. ⁵⁷³ Это было обусловлено позицией Коммунистической партии, выраженной в декрете от 7/VIII. 1932г., который дал «установку для всей теории советского права». ⁵⁷⁴ Этот декрет от 7 августа 1932г. об охране имущества государственных предприятий, колхозов и коопераций и укреплении общественной (социалистической) собственности, устанавливалось положение, что ЦИК и СНК Союза ССР считают, что общественная собственность (государственная, колхозная, кооперативная) является основой советского строя, она священна и неприкосновенна и люди, покушающиеся на общественную собственность, должны быть рассматриваемы как враги народа». Данное положение юридически и фактически повторяющее и фиксирующее общие положения римского права, касающиеся частной собственности, несмотря на негативное к нему отношение, встретили восторженный отклик у исследователей - «Выражаем уверенность, что органы пролетарской диктатуры и органы расследования будут и впредь вести жесткую борьбу с расхитителями колхозного имущества. Смерть врагам народа, растаскивающим общественную собственность. Она священна и неприкосновенна». ⁵⁷⁵

При обосновании необходимости существования такого положения, советские юристы игнорировали историческую и теоретическую подоплеку римского права, обыгрывали его через единственно возможный способ- через классовую борьбу - «Почему наша общественная собственность *священна* для нас эта собственность? Вдумайтесь в этот термин, в это слово. Только зубоскал, несерьезный человек или только скрытый классовый враг может смеяться или зубоскалить по поводу того, что мы называем, и законно называем, вот эту собственность, пропитанную потом и кровью, трудом десятков миллионов, представляющих собой накопление труда 15 лет напряженнейшей работы в тяжелейших условиях, только зубоскал может смеяться по поводу того, что мы говорим, что это для нас *священная* собственность. Священная- это значит самая близкая, самая дорогая, самая святая, если мы вообще не отказались принципиально от употребления этого слова. Ибо она «освящена» кровью, которую рабочий класс и трудящиеся массы пролили, чтобы отстоять свое социалистическое государство и эту общенародную собственность против покушения бандитов международного капитала и остатков прежних эксплуататорских классов старой царской России». ⁵⁷⁶

Соответственно, при таком активном использовании теории римского права в действительности, его принципы и институты наполнялись другим философским содержанием. Это особенно заметно на основе трактовки социалистическим правом

⁵⁷¹ Т. Мальцевич. Защита кандидатской диссертации в институте права Академии наук СССР// Советское государство и право. №2. 1939. С148

⁵⁷² Академик Вышинский. Вопросы государства и права в трудах товарища Сталина// Советское государство и право. №6, 1939. С21.

⁵⁷³ Л. Гинцбург. К 15 летию советского хозяйственного права// Советское государство. 11-12. 1932. С63

⁵⁷⁴ Л. Гинцбург. К 15 летию советского хозяйственного права// Советское государство. 11-12. 1932. С63

⁵⁷⁵ Л. Грач. На страже социалистической собственности (из практики органов юстиции Западной Сибири)// Советское государство. №5. 1933г. с33

⁵⁷⁶ Н. Крыленко. Охрана социалистической собственности// Советское государство. №7-8. 1932. С17.

ключевого принципа правовой системы- принципа равенства: «Под равенством,- говорил И.В. Сталин,- марксизм понимает не уравниловку в области личных потребностей и быта, а уничтожение классов, т.е. а) равное освобождение всех трудящихся от эксплуатации после того, как капиталисты свергнуты и экспропрированы, б) равную отмену для всех частной собственности на средства производства после того, как они переданы в собственность всего общества, в) равную обязанность всех трудиться по своим способностям и равное право всех трудящихся получать за это по их потребностям (коммунистическое общество)».⁵⁷⁷

Как ранее отмечалось, различные инструменты теории римского права проходили через горнило классового подхода. Так, в отношении существования презумпций в советском праве, С.С. Алексеев считал, что «презумпции были известны и праву эксплуататорского общества. Но в условиях социализма этот способ юридической техники, используемый для распределения бремени доказывания в процессуальном праве, приобрел *особое социальное значение*. В частности, в современный период презумпции, используемые в комплексе с другими способами опосредствования общественных отношений, обеспечивают четкость, определенность и устойчивость общественных отношений, снижают до минимума усилия сторон по оформлению отношений».⁵⁷⁸

Необходимость реализации положений теории римского права стала резко ощущаться с введением Новой экономической политики Советского государства (НЭП). Но данная теория подверглась закономерной адаптации к нуждам советской цивилистики. Так, в одном из решений Высшей арбитражной комиссии за 1924г. встречаем критику с позиций теории римского права одного из хозяйственных договоров: «Хотя... документ в своем заголовке и назван договором, но ни по своему содержанию, ни по своему изложению не может быть признан таковым. Изложение рассматриваемого документа в высшей своей части состоит из отрывочных слов, не составляющих собой законченных фраз, так что смысл написанного может быть расшифрован только по догадкам и при помощи вспомогательного материала. Затем и по содержанию рассматриваемый документ не заключает в себе необходимых элементов договора, так как в нем не выражено, в чем контрагенты взаимно друг перед другом обязываются, и не имеется указаний, для чего на каких условиях и на какой срок передаются помещения».⁵⁷⁹ Даже при поверхностном рассмотрении этого документа, можно сделать вывод об огромном качественном скачке от отрицания права вообще, отсутствия преемственности между буржуазным и социалистическим правом к возвращению к классической теории римского права.

Но публично представители цивилистической науки делали активные попытки отмежеваться от теории римского права, при ее активном использовании. Так, например, в литературе обсуждалась проблема построения гражданского кодекса РСФСР- пандектная или институционная система. О.С. Иоффе в этой связи отмечал, что система советского гражданского права отличается как от институционной системы, с которой нет даже внешнего сходства, так и от пандектной. Причем коренные отличия советской системы от пандектной он видел в следующем:

- если пандектная система не знает права собственности как особого раздела и рассматривает его в качестве лишь одной из разновидностей вещных прав, то в системе советского гражданского права нормы о праве собственности выделены в самостоятельный и притом в центральный раздел;
- в противоположность пандектной системе в системе советского гражданского права обязательно-правовые нормы не предшествуют нормам о праве собственности, а следуют за ними;

⁵⁷⁷ И.В. Сталин. Соч. т13. Стр. 355.

⁵⁷⁸ Алексеев С.С. Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. Гос.изд. Юридическая литература, М. 1962. С123

⁵⁷⁹ Сборник решений ВАК (1924), реш. №164. Цит.: И.Б. Новицкий. История советского гражданского права. Госюриздат. 1957.М. с120.

- в отличие от пандектной системы как особые разделы системы советского гражданского права выделяют авторское право, право на открытие и изобретательское право.⁵⁸⁰

Таким образом, очевидна следующая тенденция: отмежевание любым способом от буржуазной науки теории римского права, при ее активном использовании в построении социалистической науки частного права. Декларативный отказ от науки римского права выражался советскими цивилистами в том, что римское право представляло собой «лозунг частной собственности в деревне, а в городах - свободы договора вместо цеховых монополий». Соответственно, считал П.И. Стучка, римское право сыграло опять *революционную* роль. Вот почему и понятен тот громадный интерес молодой, прогрессивной интеллигенции XII в. к римскому праву и их стеснение в Болонью и прочие очаги римского права. Отсюда они черпали те новые принципы, которыми они навели панику, настоящий террор особенно на деревню».⁵⁸¹

Однако, впоследствии, в советской литературе стали встречаться и положительные отклики в отношении необходимости изучения римского права. Авторы учебника «Римское частное право» 1948г. считали, что «для советского юриста римское частное право не имеет какого-либо практического значения. Как система права эксплуататорского общества, римское право не может содержать материала, который можно было бы так или иначе воспринять в гражданском праве социалистического общества. Но в силу исторических судеб римского права, сделавших его одним из факторов развития гражданского права, римское право должно быть знакомо каждому образованному юристу, изучающему историю права».⁵⁸² При этом отмечалось, что «нас интересует то и только то, что было в Риме, а не то, что сделали с правовым наследием Рима впоследствии».⁵⁸³ Иными словами, авторы упомянутого учебника акцентировали свое внимание исключительно на рабовладельческом аспекте развития права в русле марксистско-ленинской философии.

Так, оценивая с классовых позиций содержание выпущенной в 1777г. Артемьевым книги «Краткое начертание римских и российских прав с показанием купно обоих, равно мерно как и чиноположение оных истории», советские ученые критически высказывались, что «как показывает название книги, в ней содержится параллельное изложение римского и русского права с экскурсами в историю. *Серьезной научной ценности работа эта не имела.* Не имела и научного значения содержащееся в ней сравнение русского и римского права, ибо непременным условием познавательной функции сравнения является сравнимость объектов сравнения. Нет необходимости разъяснять, что русское феодальное право ничего общего с римским правом не имело и сравниваться не могло».⁵⁸⁴ Однако при этом, советскими исследователями приходилось признавать, что римское право «явило собой единственный в истории человечества пример бурного возрождения уже омертвевшей правовой системы для удовлетворения жизненных потребностей общественного строя, даже еще более отдаленного от нее по времени, чем тот, который непосредственно сменил лежащую в ее основе общественно-экономическую формацию. Это могло случиться потому, что именно в римском гражданском праве были впервые с особым совершенством разработаны и институт права частной собственности и многие

⁵⁸⁰ Иоффе О. С. Советское гражданское право. Изд. Юридическая литература, М. 1967. С39

⁵⁸¹ П. Стучка. Революционная роль права и государства. Общее учение о праве. Третье, пересмотр. И доп. Издание. Изд. Комм. Академии. М. 1924. С47.

⁵⁸² Римское частное право. Учебник. Юридическое издательство Министерства Юстиции СССР. М. 1948. С3.

⁵⁸³ Римское частное право. Учебник. Юридическое издательство Министерства Юстиции СССР. М. 1948. С15.

⁵⁸⁴ Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. Изд. 2е, доп, и испр. М., «Высшая школа», 1978. С45.

другие правовые теории товарного хозяйства, имевшие существенное значение для уже развившихся в недрах феодализма капиталистических производственных отношений»⁵⁸⁵.

Итак, на основании вышеизложенного, возможен следующий вывод: марксистско-ленинская философия оказывала незначительное влияние на содержание теории римского права, несмотря на различные актуальные попытки осуществить это, особенно в СССР и Германии периода фашистского режима.

Идеологию в науке принято определять как систему политических, юридических, экономических, этических, экологических, художественных, а также религиозных идей, воззрений, понятий, связанная прямо или косвенно с практической жизнедеятельностью людей и ее оценкой. Особой ее разновидностью является государственная идеология. Она выступает как диктат власти над обществом, предназначенной устанавливать и защищать общественное благо.

Необходимо отметить, что проблема соотношения права и идеологии в прикладном значении практически не изучалась, однако отдельными учеными рассматривается воздействие государственной идеологии на право исключительно в отрицательном качестве. «Воцарение государственной идеологии приводит к гигантской и бессмысленной растрате интеллекта, энергии, всех сил нации. С одной стороны, создается мощнейший аппарат насилия, выслеживающий и подавляющий инакомыслящих. С другой - в числе реальных и потенциальных инакомыслящих оказываются наиболее жизнеспособные силы нации. Общество как бы само себя оскоряет. Государственную идеологию можно превратить в гильотину. ... Государственная идеология наносит страшный урон духовности. Она освящает поголовное доносительство, осведомительство, предательство близких, друзей ради мифической высокой цели.⁵⁸⁶ Другими авторами наоборот, настоятельно рекомендуется введение именно такой идеологии. Ярким примером может служить следующее высказывание: «Нам нужна была совсем иная идеология, и ее надо было распространять с экранов ТВ и газетных полос. «Мы – особая, русско-православная цивилизация, окруженная кольцом ненавидящих глаз. Мы живем среди врагов, которые завидуют нашей силе, славе, колоссальным ресурсам, здоровью и неиспорченности нашего великого народа. Они сами погибают от разврата, продажности и наркотиков, и русские им – как бельмо в глазу. Они не остановятся ни перед чем, чтобы нас уничтожить, и мирные они лишь снаружи, пока мы мускулисты и можем сокрушить их огнем да мечем. И если ты русский- делай все, чтобы быть сильным».⁵⁸⁷

Решение практических задач, стоящих перед обществом, развитие научной доктрины неотделимы от идеологии, определяющей критерии блага, меру справедливости (право).⁵⁸⁸

В различных исследованиях уделяется особое внимание воздействию идеологии: «Особая обстановка сложилась в России... Главными итогами «перестроечного» десятилетия в духовной сфере стал развал еще вчера казалось бы монолитной и неприступной системы казенных идолов и идеалов, породивший мировоззренческий разброд и сумятицу умов. Наиболее резко в общественном мнении, а точнее говоря – в mass media, изменился образ религии и церкви. Директивный атеизм сменился убеждением, что вера в бога- единственный источник и оплот подлинной духовности, а меркантилистическое мировоззрение потерпело окончательное поражение... ».⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Райхер В.К. Гражданско-правовые системы антагонистических формаций// Проблемы гражданского и криминального права. ЛГУ. 1962. С276-277

⁵⁸⁶ К.Г. Федоров, Э.В. Лисневский История государства и права зарубежных стран. 3-у изд. Перераб. И дополн. Ч.1. Издательство Ростовского университета, 1994. С-21.

⁵⁸⁷ М. Калашников. Сломанный меч империи. Изд.2, испр., доп. Крымский мост, форум, Москва. 2001. С353.

⁵⁸⁸ Е.И. Темнов. О деидеологизации методологических подходов в историко-политических и государственно-правовых исследованиях// Государство и право. №3, 1992. С79.

⁵⁸⁹ Л.Н. Митрохин. Научное знание и религия на рубеже ХХIв.//Вестник Российской Академии Наук, 2000. т70. №1, с3.

Государственная идеология выражается с помощью многочисленных способов, одним из которых является официальная пропаганда. Рассматривая официальную пропаганду римской империи, исследователь М.Г. Абрамзон считает, что с установлением принципата Августа она впервые приобрела масштаб государственного предприятия. Эффективными ее средствами в руках императорского правительства, кроме прочих способов, становятся литература, архитектура и изобразительное искусство, монеты. Они отражали различные стороны государственной деятельности императора и составные элементы официальной идеологии. Это:

- пропаганда успехов внешней политики и союза императора с армией;
- пропаганда в области религии;
- пропаганда в области культуры.⁵⁹⁰

Право (особенно публичное) и идеология взаимно дополняются, а в некоторых случаях сливаются друг с другом. Особо ярко это проявляется в тоталитарных государствах, (хотя и так называемые «демократические страны» не являются исключением), которые при разрешении вопросов права руководствовались первоначально «революционным правосознанием» или «здоровым народным чувством» (*gesundes Volksgefuh*). Так, в статье, опубликованной 14 октября 1931г. в «Фелькишер Беобахтер», являющейся ярким выразителем фашистской идеологии, следующим образом определялось необходимость запрета абортов: «Сохранение уже существующих больших семей определяется социальным чувством; сохранение формы большой семьи определяется биологической концепцией и национальным характером. Большую семью необходимо сохранять не потому, что она голодает; большую семью необходимо сохранять потому, что она является важной и необходимой частью немецкого народа. Большая семья важна и необходима не только потому, что она может обеспечить сохранение населения в будущем, но еще и потому, что национальная модель и национальная культура находят в ней самую сильную поддержку. ... Прекращение беременности противоречит смыслу существования семьи, чья задача заключается в воспитании будущего поколения. Кроме того, прекращение беременности приведет к окончательному уничтожению большой семьи».⁵⁹¹

На первых порах советская власть делала активные попытки вмешиваться во все области человеческой жизни, в том числе и в сексуальную область. С классовых позиций такое половое влечение к классово-враждебному объекту воспринималось как извращение, «как и половое влечение человека к крокодилу, орангутангу». Ревность рассматривалась как проявления собственнической идеологии: «Хуже всего то, что в ревности основным ее содержанием является элемент грубого собственничества: «Никому не хочу ее (его) уступить», что уже совершенно не допустимо с пролетарски-классовой точки зрения....Если уход от меня моего полового партнера связан с усилением его классовой мощи, если он (она) заменил (а) меня другим объектом, в классовом смысле более ценным, таким же антиклассовым, позорным становится в таких условиях мой ревнивый протест».⁵⁹²

Идеологизация советского частного права подчеркивалось на всех уровнях власти в виде принципа «партийности права». Существование этого принципа приводило к закономерному следствию, что «всякое нарушение закона есть нарушение партийной и государственной дисциплины».⁵⁹³ Соответственно, это проявлялось и в судебных решениях и не только в СССР, но и в странах, рецепировавших социалистическое право. «В практике все еще имеют место случаи, когда социалистическое право и его применение отделяют от решений партии. Тем самым социалистическое право изолируется от

⁵⁹⁰ Абрамзон М.Г. Монеты как средство пропаганды официальной политики Римской империи.- М., 1995.-656с.: Илл. С-11.

⁵⁹¹ В.Райх. Психология масс и фашизм. Пер. с англ. Ю.М. Донца, Университетская книга Санкт-Петербург. 1997. С124.

⁵⁹² 12 половых заповедей революционного пролетариата// Молодой коммунар (Тула). 13.09.90. С202. Цитировано: Стариков.

⁵⁹³ Академик Вышинский. Вопросы государства и права в трудах товарища Сталина// Советское государство и право. №6, 1939. С20.

созидающей его силы- рабочего класса и его партии и от самого объективного развития общества. Решения партии являются прочным фундаментом на котором зиждется социалистическое право. Они определяют и содержание социалистического права. Содержанием социалистического права являются закономерности общественного развития, познанные марксистско-ленинской партией и отраженные в ее решениях».⁵⁹⁴

Партийность выражалась в том, что декларировалось положение о подчиненности социалистического гражданского права решениям партии. «Задачи Советского гражданского права на современном этапе коммунистического строительства определяются, прежде всего, решениями XXV съезда КПСС, установившего задачи на текущее пятилетие. Главная задача десятой пятилетки состоит в последовательном осуществлении курса Коммунистической партии на подъем материального и культурного уровня жизни народа на основе динамичного и пропорционального развития общественного производства и повышения его эффективности, ускорения научно-технического прогресса, роста производительности труда, всемерного улучшения качества работы во всех звеньях народного хозяйства».⁵⁹⁵

Критику перегибов в применении принципа партийности отважно публично высказывали некоторые советские цивилисты. В.И. Корецкий обоснованно высказывал опасения в 1963г., что хотя для решения проблем Советского гражданского права вполне естественно и необходимо изучение трудов Маркса и Энгельса, но при этом нельзя думать, что оттуда непосредственно можно черпать готовые решения, относящиеся к предмету и методу советского гражданского права на современном этапе строительства коммунизма.⁵⁹⁶ Однако ситуация, сложившаяся в общественной жизни, а в юриспруденции особенно, требовала ссылок на авторитет классиков марксизма. Такая ситуация сродни каноническому этапу развития римского права, где необходимо было ссылаться прежде всего на авторитет Священного писания. В соответствии с выявленной тенденцией, советские исследователи делали активные попытки отмежеваться от положений цивилистической науки в связи с тем, что здесь не проявляются особенности классового метода. Так, А.В. Венедиктов считал, что триада правомочий собственника не выражает существа права собственности, так как она не обязывает исследователя к раскрытию специфических классовых особенностей конкретно- исторических типов и форм права собственности.⁵⁹⁷ Кроме того, советские цивилисты вскрыли истинное значение триады, которая «выражает собой по существу другую *«триаду»*, *имеющую более явный социально-экономический смысл: 1) собственник; 2) его собственность; 3) ее охрана»*.⁵⁹⁸

Отсутствие ссылок на основоположников марксизма-ленинизма подвергалось суровой критике. Так, доцент Г.И. Федькин высказывался, что «излагая в лекции, прочитанной в ноябре 1949г., вопрос об убеждении и принуждении в советском государственном управлении, доцент Берцинский ни слова не сказал о руководящей роли партии, о принципиальных указаниях Ленина и Сталина по вопросу об убеждении и принуждении в советском государственном управлении ...»⁵⁹⁹

Советским правительством предпринимались активные попытки идеологизировать частное право. Так, Гражданский кодекс РСФСР 1964г. устанавливал, что он, как источник права, регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные

⁵⁹⁴ Д-р Зигфрид Петцольд. Функции социалистического права в период строительства социализма// Германское рабоче-крестьянское государство. Сборник статей. Иностранная литература. М.1963. с278.

⁵⁹⁵ В.А. Тархов. Советское гражданское право. Ч.1. Изд. Саратовского университета, 1978г., с9.

⁵⁹⁶ В.И. Корецкий. Предмет, метод и определение советского гражданского права в период развернутого строительства коммунизма. Душанбе. 1963. С5.

⁵⁹⁷ Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. «Известия АН СССР», Отделение экономики и права. 1951. №2.

⁵⁹⁸ Райхер В.К. Гражданско-правовые системы антагонистических формаций// Проблемы гражданского и криминального права. ЛГУ. 1962. С280.

⁵⁹⁹ Доцент Федькин Г.И. За большевистскую принципиальность в подготовке кадров//Вестник высшей школы. Советская наука. №3. 1950. С11.

отношения в целях создания материально-технической базы коммунизма и все более полного удовлетворения материальных и духовных потребностей граждан. Однако, как отмечалось, идеологические штампы, отраженные в праве, помимо декларативного, редко имеют непосредственное правовое значение. Те же механизмы, которые реализуют правовые институты естественного права, отражают диктат большинства над меньшинством. Он реализуется в содержании правовых принципов, которым подчинено и частное право любой правовой системы, несмотря на активное влияние самой жесточайшей формы идеологии – идеологии тоталитарных государств. В силу чего, является показательной позиция Федерального Верховного суда ФРГ в решении от 14.02.1968г.: « Национал - Социалистические правовые предписания не могут признаваться действительным правом, если они настолько очевидно противоречат фундаментальным принципам справедливости, что пожелавший их применить судья вместо права сформулировал бы неправо».

Аналогичные положения касаются и итальянского фашистского законодательства. В 1942г. был принят новый Гражданский кодекс, включивший в себя положения гражданского, так и торгового законодательства. Однако, как отмечают исследователи, « в целом влияние конъюктурно- идеологических соображений на содержание Кодекса оценивается итальянскими юристами как весьма незначительное, те же положения, в которых такое влияние проявилось, были после Второй мировой войны в основном исключены из Кодекса, в частности Трудовая хартия 1927г., первоначально вошедшая в Кодекс в качестве преамбулы».⁶⁰⁰

В литературе высказывается мнение, что после Октябрьской революции 1917г. следы применения римского права в России почти совершенно исчезли, в связи с тем, что произошли коренные изменения в российском законодательстве, которое было полностью обновлено⁶⁰¹ Такое положение приводит к стандартным ошибочным выводам, высказываемых различными российскими учеными: «Российская юриспруденция с недавних пор полноправно вошла в общечеловеческое сообщество правоведения и потому должна стремиться соответствовать его высоким требованиям хотя бы в лице своих наиболее талантливых представителей».⁶⁰² В русле такой же ошибки находится и следующее типичное высказывание: «одной из основных причин, препятствующих переходу к правовой системе, а следовательно, к подлинному правосудию, являются рудименты коммунистической системы юридического образования и такого же понимания, когда в юридических учебных заведениях готовили юристов- инструменталистов, а правом считался любой приказ ЦК КПСС».⁶⁰³

Такие оценки связаны с субъективным тенденциозным подходом к социалистическому праву и нежелания изучать его основы. Даже западные специалисты, оценивая первый гражданский кодекс РСФСР через призму теории римского права, считали, что этот кодекс был построен согласно римской системе, которая до сих пор была чужда русскому праву.⁶⁰⁴

Сопоставление советского и фашистского права в области сочетания теории права и правоприменительной практики приводит к мысли об определенном уровне существования

⁶⁰⁰ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно- правовое исследование. Руководитель авторского коллектива- доктор юридических наук В.В. Залесский.- М.: Издательство НОРМА, 1999. С8.

⁶⁰¹ Е.В. Салогубова. Римский гражданский процесс. –М.: Юридическое бюро «Городец», 1997.) С- 31.

⁶⁰² Ш.Ш. Замалдинов. Язык и речь студента-юриста как факторы учебного процесса// Негосударственное образование в России: результаты, проблемы, перспективы. Материалы межвузовской научно-практической конференции (20 марта-6 апреля 2000г.) Часть III. Издательство «Восточный университет», Уфа, 2001. 43.

⁶⁰³ В.Т. Канайкин. Роль прецедента в российском праве// Негосударственное образование в России: результаты, проблемы, перспективы. Материалы межвузовской научно-практической конференции (20 марта-6 апреля 2000г.) Часть III. Издательство «Восточный университет», Уфа, 2001. 46

⁶⁰⁴ За рубежом// о гражданском кодексе РСФСР// Еженедельник Советской юстиции. №7-8. 20-27 февраля 1923г. М. с176.

правового государства, т.е. государства, основанного на законе. Такое подчинение закону, стремление включить в отправление правосудия как можно большее число людей, общественность, характерно для обоих государств и вызывало искреннее недоумение официальных представителей стран капиталистической направленности. Генеральный консул в Вене отмечал в июле 1938г.: «Удивляет странное уважение к юридическим формальностям. Во всех случаях получается подпись ограбленного лица - даже если это лицо приходится отправлять в Дахау, чтобы сломить его сопротивление. Кроме того, человеку приходится проходить через целую серию сделок для того, чтобы ликвидировать свою собственность и имущество, и покинуть страну, не имея ни гроша в кармане. Никому не разрешается для упрощения процедуры передать все сразу государству».⁶⁰⁵ Одна из сестер жены писателя Эрих Мария Ремарка Полетт Годар была приговорена к смерти. Ей отрубили голову, а Ремарку прислали счет за ее казнь в размере стоимости гонорара плюс деньги, заплаченные палачу.⁶⁰⁶

Но в современной российской литературе правовые системы демократических государств как и римское право также подвергаются сильнейшей идеализации. Однако и они грешат всеми теми же недостатками, которые в той или иной степени характерны странам тоталитарной направленности. Типичным примером служит печальная судьба известного ученого В.Райха, который в 1933г., эмигрировав из фашистской Германии, за свои научные взгляды был изгнан из Дании, Швеции. Впоследствии, в 1939г. переехал в США, где стал адъюнкт-профессором медицинской психологии Новой школы социальных исследований в Нью-Йорке. Однако в 1954г. его теория и практика были признаны государством несостоятельными, и как следствие этого было запрещено применение его метода, а также большинство его книг и журналов. Кроме того, все публикации, касающиеся применения и производства оргонных аккумуляторов, были сожжены, а самого его обвинили в неуважении к суду и заключили в федеральную тюрьму, где он и умер от сердечного приступа в 1957г.⁶⁰⁷ Подобные примеры существовали практически во всех странах.

При рассуждении относительно римского права исследователи рассматривают его с идеологических позиций. Примером служит определение сущности римского права с классовых позиций. Наиболее свежий и более яркий, но не несущий в себе смысловой нагрузки взгляд встречаем у сербского ученого, доктора юридических наук Б.Т. Митровича. Этот автор, характеризующий себя как обладателя множества наград, среди которых приз Белградского университета за высокую среднюю оценку, медали, полученные на спортивных соревнованиях по карате, дважды хозяина сборных по карате Франции, Японии, США, Кубы, Италии и многократно команд из разных европейских стран, обладателя водительских прав категории Б., освоившего навыки печатания слепым методом 250 ударов в минуту, приводит следующее рассуждение по истории римского права с идеологических позиций. Этот фрагмент достин того, чтобы привести его в целом виде: «Греко-римская цивилизация была уничтожена *тоталитарными идеологиями пустыни*, в которых религия, страх и популизм являлись частью идеологии. Законы римского права оказались бессильными перед «заповедями», а система римского государства-беспомощной перед идеологиями, которые уважали не законы государства, а «заповеди» сект, разоривших древнюю цивилизацию. ... Десятки веков спустя после рождения идеологий, которые разорили древнюю цивилизацию, римские законы воскресли в виде французского Code civil и других кодификаций договорного и обязательственного права. Цивилизация потеряла многие века, прежде чем с началом эпохи Ренессанса началось возрождение греко-римской цивилизации. Но ренессанс греко-римских идеалов, который начался с живописи, был подавлен в крови французских королей, прежде чем возродились истинные ценности древней цивилизации в области права. Из-за этого

⁶⁰⁵ Линн Николас. Похищение Европы. Судьба европейских культурных ценностей в годы нацизма/ пер. с англ. С.А. Червонной.- М.: логос, 2001.- 640с.: ил. С75

⁶⁰⁶ Литературная газета. 1971. 12 мая.

⁶⁰⁷ Л.М. Шлионский. Открытия и заблуждения Вильгельма Райха// В. Райх. Психология масс и фашизм. «Университетская книга», Санкт-Петербург, 1997. С8.

сегодня мы сталкиваемся с суррогатами искусства, продиктованными этими идеологиями, чем с истинным искусством, а право и в ХХ веке переживает кризис и запреты. Россия, как один из правопреемников византийской культуры и прежде всего, греко-византийской цивилизации, также была на пути возрождения искусства, литературы, экономики и римского права, когда в 1917 году Первым Хазарским военным путчем еще одна из *тоталитарных идеологий пустыни* прервала российское возрождение убийством русского царя. Римское право в дальнейшем было запрещено, что открыло путь геноциду русского народа и развалу русской империи на принципах популизма и фанатизма идеологии, возникшей в условиях пустыни и беды. ... Бесчисленные жертвы, которые славный русский народ принес на «этот ковчег» своего тяжелейшего выживания, расплачиваясь по сегодняшний день за свою наивность и непонимание лживости *популистических лозунгов политики* путчистов и их *реальных целей*, запретивших римское право, являются причиной того, что я с болью и грустью, а не с восторгом произношу истину, что первое издание настоящей книги было историческим и обозначило в бывшем СССР возврат к классическому римскому праву как к живому праву... Моим определением рекламационного права как новой прикладной науки в рамках договорного права и прорыв в договорное право «умных» компьютерных программ, каковой является моя программа «Юстиниан 3.1.», римское право еще раз покажет себя не только как древнее право, а прежде всего как современное право, которое развивается вместе с цивилизацией, чье выживание успешно обеспечивает». ⁶⁰⁸

Удивляет даже не тот факт, что это слова доктора юридических наук, а то, что данная работа рекомендована Министерством общего и профессионального образования Российской Федерации в качестве учебного пособия для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Юриспруденция», «Менеджмент» (решение №96-124-881/27-11).

Теория римского права в СССР насыщалась новой философией, представляющей дальнейшее развитие христианской философской концепции. Так, воспитывалось предубеждение к личной собственности и выявлялись опасные тенденции, которые обладание такой собственностью может повлечь. В отчете Центрального Комитета Коммунистической партии Советского Союза XXII съезду Коммунистической партии «представление об изобилии как о безграничном росте личной собственности- не наше, чуждое коммунизму представление. Личная собственность труженника на многие предметы, как форма личного потребления, не противоречит коммунистическому строительству, пока она сохраняет разумные размеры и не превращается в сомоцель. Но раздутая личная собственность при известных условиях может превратиться, и часто превращается, в тормоз общественного прогресса, в рассадник частнособственнических нравов, может повести к мелкобуржуазному перерождению». ⁶⁰⁹

Помимо осуждения личной собственности также порицалось тунеядство, нетрудовые доходы. В целях реализации такого курса партии осуществлялись различные законодательные меры. Так, указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 26 июля 1962г. «О безвозмездном изъятии домов, дач и других строений, возведенных или приобретенных гражданином на нетрудовые доходы»; указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 28 сентября 1963г. «О безвозмездном изъятии автомашин у собственников домов, дач и других строений, возведенных или приобретенных на нетрудовые доходы». Конечно же, эти меры встречали положительный отклик у общественности.

Российская Федерация проложила путь становления советской системы права для социалистических республик и для стран социалистического лагеря. Так, в законодательстве Украины было много общего с законодательством РСФСР, что вполне естественно. Исследователями доказана рецепция на Украине норм российского права. ⁶¹⁰

⁶⁰⁸ Божидар Трифунов МИТРОВИЧ. Рекламационное право и рекламации по нарушениям контрактов: Пер. с сербского.-Москва, Божидар Т. Митрович, 1997. СХ-ХІ, ХVІІІ.

⁶⁰⁹ Материалы XXII съезда КПСС. Госполитиздат, 1962. С84.

⁶¹⁰ Новицкая Т.Е. Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922гг.-М.: изд – во МГУ. 1989. С26.

Отмечается, что ликвидация договорных отношений в Белоруссии проводилась аналогичными с РСФСР способами.⁶¹¹

В результате коренных перемен, произошедших в результате поражения фашистской Германии и возникновения стран социалистического лагеря произошла рецепция советской системы частного права.

Описывая причины и ход такой рецепции, болгарский цивилист профессор Витали Таджер отмечал, что развитие болгарского социалистического гражданского права началось после 9 сентября 1944г., когда была установлена власть трудящихся под руководством Болгарской коммунистической партии. С победой народной власти изменился характер прежнего права, его применения, в том числе и гражданского права. Новое социалистическое гражданское право создается, развивается и укрепляется, широко используя достижения советской гражданско-правовой науки, так как СССР первое в мире социалистическое государство, имеющее самый большой опыт социалистического строительства. При осуществлении социалистической революции новые социалистические государства воспользовались советским гражданским законодательством, социалистической теорией и продолжают пользоваться ими и дальше.⁶¹²

Чехословацкие ученые также признавали сильнейшее влияние советской доктрины частного права на отечественное право: «Наши юристы в сотрудничестве с трудящимися изучали советское право, правовую литературу, чтобы выработать такие законы, которые соответствовали бы нашим условиям и служили серьезным оружием против всех врагов народной демократии, для построения нового общества».⁶¹³

Не обошлось и без перегибов. Так, социалистические коллеги по цивилистике даже пришли к выводу об полнейшем отсутствии в социалистических системах частного права: «Гражданское право Народной Республики Болгарии не было и не может быть частным правом. Оно возникло на основе строящегося социалистического общества и выражает волю рабочего класса и всех трудящихся, оно создается и применяется государством, которое по своей сущности является диктатурой пролетариата. Оно служит в его руках оружием преобразования народного хозяйства на социалистических началах, внедрения, оформления и укрепления социалистических производственных отношений, использования объективных экономических законов социализма, орудием генеральной линии БКП, научно обоснованной политики партии. Основным его институтом является не частная собственность, а право государственной социалистической собственности как высшей формы социалистической собственности. По своей основе, источникам, функциям гражданское право Народной Республики Болгарии не может, следовательно, быть определено как частное право».⁶¹⁴

Советскими исследователями отмечалось существенное различие частного права социалистических стран от советского права, в части его многообразия. «Эти отличия обуславливаются особенностями их экономического строя, их исторического и национального развития, той стадией социалистического развития, в которой находятся эти страны. Так, гражданское право стран народной демократии знает виды вещных прав, неизвестные законодательству СССР: вещное право пользования чужой вещью (узуфрукт), ипотеку (залог недвижимости), различного рода вещные обременения. Наличие указанных вещно-правовых институтов объясняется существованием в странах народной демократии,

⁶¹¹ Гавзе Ф.И. Развитие социалистического гражданско-правового договора. М., 1959. С20.

⁶¹² Профессор Витали Таджер. Развитие гражданского права народной республики Болгарии (1944-1971гг.)// Развитие социалистического государства и права народной республики Болгарии. Сборник статей. М. 1973. Прогресс. С250-251.

⁶¹³ И. Богушак. З. Йичинский. Социалистическое право и законность в народно-демократической Чехословакии. Государственное издательство. Юридическая литература. М. 1985. С25.

⁶¹⁴ Любен Васильев. Гражданское право народной республики Болгарии. Общая часть. Изд. Третье, перераб. и доп. Гос. Издат. Юридическая литература, М. 1958. С17

кроме Монгольской народной республики, частной собственности на землю»⁶¹⁵. Но такая гипотеза не объясняет самого сохранения частной собственности на землю- отменой которой так гордилось советское государство. В действительности, по видимому, страны народной демократии не спешили отказываться от работавших правовых институтов, как это произошло в России в 1917г., но пошли по пути симбиоза марксистско-ленинской философии и своеобразия своих систем частного права. Представители стран народной демократии в принципе не желали замечать частную собственность как тот фактор, который сближает их частное право с буржуазным: «Континентальная правовая система так же как и англосаксонская, представляет собой образец того типа права, который основан на частной собственности на средства производства и соответствует социальной сфере. Социалистические правовые системы являются образцами типа права, основанного на общественной собственности на средства производства и на соответствующем общественном строе».⁶¹⁶

При этом подчеркивалась невозможность рецепции в социалистической системе права буржуазных институтов, так как «Основная зависимость права от экономического базиса приводит к пониманию того, почему невозможна рецепция социалистического права буржуазным государством и наоборот. Рецепция предполагает, прежде всего, что рецепируемое государство принадлежит к тому же типу, к какому относится рецепируемое право».⁶¹⁷ Исследователи констатировали в 1958г., что многие страны социалистического лагеря использовали буржуазное право, например ГДР, Румыния. Однако «при применении норм прежнего права используется старая правовая форма, но она приобретает новое классовое содержание».⁶¹⁸

Кроме того, Советское право изменило своей философией и западное право, основанное на теории римского права. В силу чего, абсолютно точно высказывание советского ученого, что «Буржуазная Европа и Восток безусловно испытывает в своих новых Конституциях- хотя бы в отраженной и видоизмененной форме- влияние советских стран... По Европе происходит своеобразная прививка *социалистических начал*».⁶¹⁹

В настоящее время, несмотря на стремление законодателя в новом гражданском кодексе идти в ногу с наукой римского права и, соответственно, со всем цивилизованным миром, это ему не всегда удается. Вовсе недостаточно копировать только универсальные правовые институты, необходимо создавать приемлемые условия для их реализации.

Таким образом, возникает закономерный вопрос: существует ли в нашей стране «уважаемое римское право»? Думается, что как античное право оно терпит существенный кризис. Для такого пессимистического вывода есть основания. Например, журнал «Российская юстиция», «Государство и право» только в порядке редчайшего исключения включают упоминание римского права. Таким образом, можно сделать следующий вывод: общество не понимает сути юридической науки о рабовладельческом праве. Как правильно отмечается в литературе тревожная тенденция, что «сегодня любой студент чуть ли не со второго курса берется писать об отдельных видах ценных бумаг и в то же время удивительно беззаботен по отношению к теории, истории права, конституционному праву»..⁶²⁰

⁶¹⁵ Д.М. Генкин, М.М. Богуславский, В.В. Лаптев, Р.Л. Нарышкина, В.С. Поздняков, О.Н. Садиков. Гражданское право стран народной демократии. Внешторгиздат, М., 1958. С17

⁶¹⁶ Имре Сабо. ВНР. Теоретические проблемы сравнительного правоведения// Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. Прогресс, 1978. С58.

⁶¹⁷ Живко Сталев. НРБ. Сравнительный метод в социалистической правовой науке// Сравнительное правоведение. Сборник статей. М. Изд. Прогресс, 1978. С23.

⁶¹⁸ Д.М. Генкин, М.М. Богуславский, В.В. Лаптев, Р.Л. Нарышкина, В.С. Поздняков, О.Н. Садиков. Гражданское право стран народной демократии. Внешторгиздат, М., 1958. С15

⁶¹⁹ Дурденевский В.М. Иностранное конституционное право: в избранных абзацах (с приложением текстов конституций). Л. 1924. С17

⁶²⁰ Г. Мальцев. Какой юрист сегодня нужен обществу?// Российская юстиция. №5, 2001, с57.

При даже поверхностном обзоре учебной литературы приходим к выводу о полнейшем игнорировании науки теории римского права. Так, в учебнике «Гражданский процесс» за 1998г. отсутствует какое-либо понимание о римском праве, хотя во введении и отмечается, что «простой пересказ существующего процессуального законодательства-это не наука. Законодательство изменчиво, и научить ему раз и навсегда нельзя».⁶²¹

В том же русле написана работа В.М. Жуйкова, в которой бы казалось невозможно обойти римское право, посвященной современным проблемам гражданского процессуального права, в которой нет даже малейшего о нем упоминания.⁶²²

Приятное исключение составляет исследование о природе акционерных обществах, под руководством Функа⁶²³, а также работа Брагинского М.И., Витрянского В.В., посвященная договорному праву.⁶²⁴

Упоминания о римском праве наличествуют в исследовании, посвященном заочному производству в гражданском процессе И.И. Черных. «Организация заочного производства стала достижением римского когнитивного процесса»⁶²⁵

Данные работы идут в соответствии с традицией русской юридической науки-выявить хотя бы какое-то историческое развитие рассматриваемого правового института. Так, современниками оценивался труд известного ученого 19в. К. Кавелина: «автор открывает изложение институтов наследственного права (по крайней мере важнейших) выяснением их существа и исторического развития. История института демонстрируется, главным образом, на праве Римском, как на материале самом благодарном по богатству своему и законченности... Юридические отношения, давно легшие в великую могилу истории, вызываются к жизни пронизательной мыслью нашего почившего ученого, и мертвые служат на пользу живым: настоящее находит себе объяснение в давно прошедшем».⁶²⁶

В силу вышеизложенного, становится понятным недоумение самарского ученого Р.С. Бевзенко, изучающего в своей монографии вопросы добросовестного владения и его защиты в гражданском праве: « Учение о владении является одной из самых сложных и, как это ни странно, одной из наименее исследуемых российскими авторами проблем гражданского права. К сожалению, приходится констатировать, что теория владения утрачена современной наукой. Понятие владения либо опускается авторами учебников гражданского права, либо излагается небольшим параграфом в работах, посвященных праву собственности, в котором кратко описываются принципы посессорной защиты, преимущественно римской».⁶²⁷

Причины этого явления, на взгляд автора, выявлены. Приходится, с сожалением констатировать, что дореволюционные традиции цивилистической науки теории римского права как цивилистической науки практически утрачена. Теория и история частного права терпит свой очередной кризис, преодолеть которое возможно с помощью римского частного права.

⁶²¹ Гражданский процесс. Учебник для вузов/ Под ред. проф. М.К. Реушников.- 2-е изд. Испр. и доп.- М.: Издательство «Спарк», Юридическое бюро «Городец», 1998.С7.

⁶²² В.М. Жуйков. Проблемы гражданского процессуального права. М.: Городец-издат, 2001.

⁶²³ Функ Я.И. и др. Акционерное общество: история и теория (Диалектика свободы)/ Я.И. Функ, В.А. Михальченко, В.В. Хвалей- Мн.: Амалфея, 1999.

⁶²⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения.-М.: Издательство «Статут», 1998.

⁶²⁵ Черных И.И. Заочное производство в гражданском процессе.М.: Городец, 2000.с7.

⁶²⁶ Загоровский А. Будущее законодательство о наследовании// Юридический вестник. Т. XXI. Кн.3. март. М. 1886. С731.

⁶²⁷ Бевзенко Р.С. Добросовестное владение и его защита в гражданском праве. Издательство Самарской государственной экономической академии. Самара, 2002.С4