

# Проблемы и вопросы теории государства и права, конституционного и административного права

УДК 340.13  
ББК Х022.155+ХЗ(0)323

DOI: 10.14529/law170313

## ПРАВО И ЗАКОН В ДРЕВНЕМ РИМЕ: У ИСТОКОВ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

*Д. С. Асташов, А. А. Соловьева*

*Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск*

Статья посвящена проблеме зарождения наиболее ранних представлений о значении позитивного права в юриспруденции Древнего Рима и древнеримском правосознании и правовой культуре в целом. Разграничение права и закона, роль и положение позитивного права в системе права, его оценка с точки зрения соответствия идее права – идеи, характерные для различных типов правопонимания более позднего периода, берут начало именно в юридической доктрине Древнего Рима. Исследуется проблема норм римского права с точки зрения современных представлений о норме права, выделяются ее особенности применительно к рассматриваемому историческому периоду. Авторы приходят к выводу о том, что характерная для Древнего Рима множественность источников права привела философов и юристов к выделению специального понятия права, объединяющего всю совокупность предписаний нормативного характера.

*Ключевые слова: римское право, рецепция римского права, правовая доктрина, юридическая конструкция.*

Древнеримской правовой культуре принадлежит центральное место в западной юридической традиции. Римская империя как первая организующая универсальная структура дает начало европейской цивилизации, что находит отражение во взаимосвязи римского права и современных европейских правовых систем. Эти тенденции исторической преемственности современного права по отношению к римскому нередко становятся предметом современных научных исследований. При этом проблема позитивного римского права, специфики правовых норм рассматриваемого периода нуждается в дальнейшем исследовании. Так, сторонники историко-правового направления изучения наследия римских юристов приходят к поразительному утверждению: «В романистике все еще недостаточно исследовано подлинное римское право: римский менталитет, терминология. Вполне очевидно, что эту задачу невозможно решить без изучения средневековой доктрины права. Только так можно понять, где право римское, а где – римское право глоссаторов» [10, с. 26].

Существует точка зрения, согласно которой римская юриспруденция представляет собой уже подлинную юридическую науку. Безусловно, римскими юристами использовались отдельные приемы научного юридического мышления, и тенденция к его теоретизации в Риме усилилась с I века до н. э. Однако это не сделало римскую юриспруденцию правовой наукой в строгом смысле слова. Римская классическая юриспруденция – явление, в котором теория не отделима от практики [11, с. 38].

Правовая доктрина известна уже на ранних этапах развития права. Наиболее известным римским юристам предоставлялось право толковать действующие законы. Результаты толкования признавались обязательными для всех должностных лиц и граждан. В 426 году н. э. в Риме был принят специальный закон, в соответствии с которым положения работ выдающихся юристов – Папиниана, Гая, Павла, Ульпиана и Модестина – признавались обязательными для судей. Это означало, что разъяснения римских юристов признавались ис-

## Проблемы и вопросы теории государства и права, конституционного и административного права

точником права: решение по делу могло быть вынесено со ссылкой на высказывания указанных юристов [14, с. 203]. При этом цель деятельности римских юристов состояла в том, чтобы приспособить действующее законодательство к изменяющимся общественным отношениям. Результатом этого стала кодификация Юстиниана – ряд теоретических положений, которым предстояло сыграть значимую роль в истории развития права [9, с. 62].

Широкое распространение в римском праве таких терминов, как «владение», «собственность», «мошеничество», «деликт», «кража» и десятки других, еще не означает, как указывает Дж. Берман, что они понимались как идеи, пронизывающие все нормы и определяющие их применимость: «Понятия римского права, как и его многочисленные нормы, были привязаны к определенным юридическим ситуациям. Римское право состояло из сложной сети норм; однако они существовали не как интеллектуальная система, а, скорее, как красочная мозаика практических решений конкретных юридических вопросов. Таким образом, можно сказать, что хотя в римском праве присутствовали понятия, там отсутствовало определение самого понятия» [4, с. 153]. В римском праве эпохи Юстиниана и до нее отсутствовали общие понятия, употреблялись лишь термины – имена конкретных явлений как в логической системе «имя – смысл – денотат».

Термины римского права, как и его «дефиниции», то есть точное изложение правовых норм, присутствующих в решениях по отдельным делам, были привязаны к конкретным ситуациям, юридическому контексту. Согласно правилу Яволена, «все нормы (*definitiones*) в гражданском праве опасны, ибо они почти всегда могут быть искажены». В постклассический период в римском праве появляется тенденция к повышению уровня абстракции. В первой половине II века юристы начинают с определенностью писать о нормах (*regulare*), которые хотя и выводятся из прецедентов, но могут рассматриваться и отдельно.

Однако и эти «нормы», несмотря на их отточенность и форму правовых принципов, имели значение также только в контексте содержания дел, в которых они когда-либо были применены, то есть в отношении к конкретным ситуациям.

В современной теоретической науке представлено два подхода к пониманию норм права. Согласно первой, которой придерживается большинство ученых, норма права – это общеобязательное формально определенное правило поведения, установленное и обеспеченное государством и направленное на регулирование общественных отношений. Этой точки зрения придерживаются В. В. Лазарев, А. Б. Венгеров, А. В. Малько, В. Д. Перевалов, А. Ф. Черданцев и др. По мнению другой группы ученых, норма права – это общеобязательное веление, выраженное в виде государственно-властного предписания, регулирующего общественные отношения. Эта точка зрения В. К. Бабаева, М. И. Байтина, В. Н. Протасова и др. Представляется, что второе определение более соответствует содержанию императивных норм, в то время как понятие «правило поведения» охватывает содержание как диспозитивных, так и императивных норм права [15, с. 111–112]. Интересно, что аналогичное противопоставление, хотя и менее позитивистского характера, мы встречаем и у римских юристов. Папиниан утверждал, что «закон есть общее (для всех) предписание, решение опытных людей, обуздание преступлений, совершаемых умышленно или по неведению, общее (для всех граждан) обещание государства» [5, с. 87–89]. Упоминание о преступлении в этом отрывке явно указывает на императивные нормы.

Однако необходимо отметить, что римское право – это прежде всего частное право гражданина. Оно было создано для защиты частных собственников, агентов свободного рынка, находившихся под эгидой государства. В Древнем Риме допускалось также применение судебной практики в качестве источника права: «...поскольку законом введено то или иное правило, имеется удобный случай, чтобы было восполнено путем толкования или во всяком случае путем судебной практики то, что имеет в виду те же потребности». Особая роль при толковании римские юристы отводили обычаю: «Если дело идет о толковании закона, то прежде всего следует выяснить, каким правом пользовалось государство ранее в случаях такого рода; ибо обычай является лучшим толкованием закона». При рассмотрении вопроса о происхождении права и регулировании общественных отношений в *Дигестах* упоминается об обычае, но не дается

ему определения. Сказано лишь о том, что римский народ «начал пользоваться ... некоторым обычаем» после изгнания рексов. В качестве такового упоминается об обычае ежегодного установления понтификов, ведающих частными делами. Можно заключить, что под обычаем понималось правило поведения, одобренное молчаливым соглашением граждан, не имеющее письменной формы и соблюдаемое в течение многих лет. Далее, при отсутствии правовой нормы, регулирующей те или иные общественные отношения, Дигесты прямо предписывали применение обычая: «Долго применявшийся обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда не имеется писаного (закона)...». Обычай в Древнем Риме имел силу закона и назывался «правом, установленным нравами» [5, с. 87–89]. Такое положение дел объяснялось тем, что и обычаи, и законы приняты и применяются по воле народа. Разница между ними состоит в том, что закон одобрен голосованием и существует в письменной форме, а обычай – путем дел и действий, письменной же формы он не имеет.

О разграничении понятий «право» и «закон» римскими юристами свидетельствует приведенная в Дигестах позиция Юлиана о необходимости соответствия закона праву: «Тому, что установлено против смысла права, мы не можем следовать как юридическому правилу». В этом случае поднимался вопрос о соответствии понятий права и закона в том случае, если закон является правовым, отвечающим интересам общества, отражающим существующие в нем отношения. Так, применять норму права к определенным отношениям допускалось не только исходя из ее словесного выражения, но и в соответствии с ее общим смыслом, ибо, как считал Цельс, «знать законы – значит воспринять не их слова, а их смысл и значение». Для правильного применения закона необходимым признавалось полное изучение его текста: «Неправильно выносить решения или давать ответ на основании какой-либо части закона, без рассмотрения закона в целом» [5, с. 87–89].

Таким образом, процесс позитивации правовых норм в Древнем Риме и его результат – позитивное право, как отмечает Д. В. Дождев, отвечает тем же требованиям эквивалентности и соразмерности дозволенного и запрещенного, возможного и должного, которые мыслятся в данном обществе как

правильное и справедливое. В процессе позитивации эти требования предъявляются законодателю, ставя его возможный произвол под контроль общества и обеспечивая соответствие позитивной формы содержанию права [6, с. 76].

Таким образом, дуализм права (*ius*) и закона (*lex*) появляется уже в Древнем Риме. Основанием для него стали: а) множественность источников римского права, б) использование *ius* как собирательного понятия для обозначения совокупности источников права (в формальном значении) римского права (законов, постановлений сената, указов магистратов, обычаев и пр.) и в) стремление обосновать наличие объективных законов справедливости и «справедливого» по природе. *Ius* в отличие от *lex* – понятие многозначное. М. Бартошек приводит следующие основные значения *ius*: право, в отличие от нравов, обычая, бесправия, объективное право, совокупность правовых норм и институтов (от права в целом до правовых предписаний в отдельных нормах), право, созданное правовой наукой, субъективное право, правомочия отдельного лица в рамках объективного права, субъективное право в целом во всех своих взаимосвязях, право в судопроизводстве, труды правоведов [2, с. 163–167]. С точки зрения Ф. Дыдынского, *ius* – это «право а) в объективном смысле б) обнимает собой правила и нормы, определяющие порядок совместной жизни людей... в) правило, положение, источник права... г) право в силу судебного решения... д) особое обозначение *Ius* правило гражданского права против преторскому праву... С другой стороны, под *ius* понимают также преторское право... е) наука права... В субъективном смысле – есть свободная воля человека, способность свободного действия... совокупность всех имущественных прав известного лица» [7, с. 272]. Римский юрист Павел наряду с различием *ius naturale* и *ius civile* понимает *ius* в том числе как судебное решение претора и само место судебного разбирательства [5, с. 87–89].

*Ius* нередко использовалось как синоним закона для обозначения совокупности источников (в формальном значении) римского права (законов, постановлений сената, указов магистратов, обычаев и пр.). Цицерон также использует термин право (*ius*) в различных значениях, но основное внимание Цицерона при анализе юридической проблематики на-

## Проблемы и вопросы теории государства и права, конституционного и административного права

правлено на определение понятия права в объективном смысле [13, с. 359]. И *ius* у него зачастую обозначает нормативное предписание (аналогично *lex*). В таком значении термин *ius* продолжал применяться на протяжении всего рассматриваемого периода – от Цицерона до Руссо.

Кроме этого, *ius* понимается также как творчество судьи, процесс и результат применения закона. Знаменитое определение Цельса («право есть искусство доброго и справедливого») является лаконичным определением *ius* в значении, близком к пониманию «права» у Аристотеля [3, с. 19]. «Справедливое» определено законом и в узко юридическом значении сводится к равенству (*equis aequitas*), а «добро» означает исправление недостатков закона.

Таким образом, характерная для Рима множественность источников права привела к выделению специального понятия, объединяющего всю совокупность предписаний нормативного характера. Таким понятием и стало *ius*. В связи с этим особый интерес представляет вопрос, относится ли *ius* к позитивному или естественному праву. Поскольку речь шла о праве как таковом, а не о конкретных актах нормативного характера или их совокупности (постановления народа, сенатусконсульты и пр.), то это право (*ius*) было наделено всеми качествами, которые считались обязательными для истинного, справедливого права. Однако для определения естественного права, противостоящего позитивному и воплощавшему истинную справедливость, существовало другое понятие. Этот максимум требований воплощало в себе *ius naturale* (естественное право), которое не может быть сведено к постановлениям народа, сенатусконсультам и прочим источникам. *Ius naturale* (естественное право) стало понятием, обозначающим «справедливое» как таковое право, «справедливое» по природе. Писанные законы, сенатусконсульты и другие источники объединяются понятием *ius civile* (позитивное право), которое наиболее близко современным представлениям о позитивном, то есть писаном праве. Таким образом, можно сделать вывод, что в Древнем Риме существовало общее родовое понятие права *ius*, включавшее в себя в качестве видов и естественное право, и позитивное право [8, с. 43]. Этот вывод весьма значим для исследования правопонимания в Древнем Риме: видовые понятия

как разновидности общего родового понятия хотя и логически разводятся и разграничиваются, но никогда не конкурируют, и жесткое противопоставление их друг другу также отсутствует, так как есть единая общая категория, которая объединяет, примиряет и обеспечивает их синтез.

Как отмечает М. В. Байтеева, в процессе рецепции римского права в период Средневековья подчинение юстиции оказалось более простым делом, чем контроль над материальным правом, поскольку право (*jus*) уже с раннего Средневековья понимали как совокупность законов (*lex*) и устно передаваемых обыкновений (*mos*). Используя теоретические труды римских юристов, государство и церковь стремились закрепить то право, которое наиболее отвечало их интересам, что привело к признанию только писаных источников. Процесс разграничения писаного и неписаного права был начат еще в Риме, поэтому начиная с XIII века, писаное право окончательно оформило свой статус «*jus positivum*» и стало означать право, подкрепленное авторитетом власти. Изначально римское право признавалось как продукт правотворчества народа Рима, это послужило основанием для построения спекулятивных конструкций в различных политических теориях, соединявших понятия «суверенитет» и «высший авторитет». С этого времени началось наполнение понятия «суверенитет» содержанием, связанным с полнотой и неограниченностью власти государства, где право стало результатом признания закона господствующей власти, что в дальнейшем сыграло значительную роль в развитии позитивистского учения [1, с. 107].

Совершенствование римского права привело в дальнейшем к приоритетной роли законодательного (кодифицированного) регулирования в странах романо-германской правовой семьи (в отличие от семьи общего права) и к ограничению использования юридической доктрины в качестве источника права в правоприменительной деятельности. Интересным в рассматриваемой связи представляется замечание И. М. Хужоковой, которая, рассуждая о значимости исторического противостояния между кодексом и доктриной в государствах, унаследовавших от Рима тип научной рациональности и юридическую технику, приходит к следующему выводу: «Взаимоотношения этих двух источников права складывались очень непросто: в евро-

пейской истории сюжет о «запрете цитирования» юристов имел место неоднократно» [12, с. 21].

Таким образом, деятельность римских юристов оказала огромное влияние на развитие права. Это объясняется высокой культурой римского права, новое открытие и прочтение которого в этот период повлекло за собой его рецепцию. Многие положения римской юриспруденции остаются актуальными и привлекают внимание исследователей до настоящего времени, многие современные понятия и юридические конструкции берут начало именно в римском праве и могут быть объективно поняты и объяснены лишь с учетом данного обстоятельства.

### Литература

1. Байтеева, М. В. Рецепция римского права и становление публично-правовой сферы в системе романо-германского права / М. В. Байтеева // Актуальные проблемы экономики и права. – 2010. – № 2 (14). – С. 106–111.
2. Бартошек, М. Римское право. Понятия, термины, определения / М. Бартошек. – М.: Юрид. лит., 1989. – 448 с.
3. Батиев, Л. В. Современные поиски «интегративной» теории права и античный опыт определения права / Л. В. Батиев // Вестник Московского государственного областного университета. – 2011. – № 3. – С. 14–19.
4. Берман, Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / Г. Дж. Берман. – М.: Ad Marginem, 1999. – 432 с.
5. Дигесты Юстиниана. Т. 1. Кн. 1–4 / отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – 584 с.
6. Дождев, Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / Д. В. Дождев / под ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА. 1997. – 704 с.
7. Дыдынский, Ф. Латинско-русский словарь к источникам римского права / Ф. Дыдынский. – Варшава: Типография К. Ковалевского, 1896. – 372 с.
8. Кофанов, Л. Л. Понятия *lex* и *ius* в римском архаическом праве / Л. Л. Кофанов // Древнее право. *Ius antiquum*. – 2003. – № 1 (11). – С. 40–53.
9. Недилько, Ю. В. Толкование позитивного права с позиции римских юристов / Ю. В. Недилько // Общество и право. – 2009. – № 1 (23). – С. 59–62.
10. Полдников, Д. Ю. Договорные теории глоссаторов / Д. Ю. Полдников. – М.: Academia, 2008. – 352 с.
11. Томсинов, В. А. Юриспруденция в Древнем Риме (классический период) / В. А. Томсинов // Вестник Московского университета. – 1995. – № 2. – С. 35–45.
12. Хужокова, И. М. О цитировании юристов / И. М. Хужокова // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2010. – № 6. – С. 18–31.
13. Цицерон, Марк Туллий. Диалоги о государстве – о законах / Марк Туллий Цицерон. – М.: Наука, Ладомир, 1994. – 223 с.
14. Червонюк, В. И. Теория государства и права / В. И. Червонюк. – М.: ИНФРА-М, 2009. – 704 с.
15. Шамаров, В. М. Актуальные проблемы современной российской теории права: монография / В. М. Шамаров. – М.: Альфа-М: ИНФРА-М, 2017. – 192 с.

**Асташов Дмитрий Сергеевич** – аспирант кафедры теории государства и права, конституционного и административного права, Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск. E-mail: dmitriysergeevich.astashov@mail.ru.

**Соловьева Алина Антоновна** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, конституционного и административного права Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск. E-mail: araukaria@yandex.ru.

Статья поступила в редакцию 16 июня 2017 г.

## LAW AND LEGISLATION IN ANCIENT ROME: ORIGINS OF POSITIVE LAW

**D. S. Astashov, A. A. Soloviova**

*South Ural State University, Chelyabinsk, Russian Federation*

The article is devoted to the problem of the origin of the earliest ideas about the meaning of positive law in the jurisprudence of Ancient Rome and the ancient Roman legal consciousness and legal culture. The distinction between law and legislation, the role and status of positive law in the legal system, its evaluation from the point of view of compliance with the idea of law – ideas, specific to different types of legal consciousness of a later period originated in the legal doctrine of Ancient Rome. The problem of norms of the Roman law is examined from the point of view of modern ideas about the rule of law; its features in relation to this historical period are distinguished. The authors come to the conclusion that the characteristic of Ancient Rome multiplicity of sources of law led philosophers and lawyers to the allocation of a special concept of law, uniting the entire set of regulations of the normative nature.

**Keywords:** *Roman law, reception of Roman law, legal doctrine, legal concept.*

### References

1. Bajteeva M.V. [The reception of Roman law and the formation of the public law in the system of Roman-German law]. *Aktual'nye problemy jekonomiki i prava [Actual problems of economics and law]*, 2010, no. 2 (14), pp. 106–111. (in Russ.)
2. Bartoshek M. *Rimskoe pravo: Ponjatija, terminy, opredelenija* [Roman law: Concepts, terms, definitions]. Moscow, 1989, 448 p.
3. Batiev L.V. [Modern search for an “integrative” theory of law and an individual experience of defining law]. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta [Bulletin of the Moscow State University]*, 2011, no. 3, pp. 14–19. (in Russ.)
4. Berman G. Dzh. *Vera i zakon: primirenje prava i religii* [Modern search for an “integrative” theory of law and an individual experience of defining law]. Moscow, 1999, 432 p.
5. *Digesty Justiniana. Kn. 1–4* [Justinian's digestions. Vol. 1–4]. Moscow, 2002, 584 p.
6. Dozhdev D. V. *Rimskoe chastnoe pravo* [Roman private law]. Moscow, 1997, 704 p.
7. Dydinskij F. *Latinsko-russkij slovar' k istochnikam rimskogo prava* [Latin-Russian dictionary to the sources of Roman law]. Varshava, 1896, 372 p.
8. Kofanov L. L. [The concepts of *lex* and *ius* in Roman archaic law]. *Drevnee pravo. Ivs antiqvvm. [Ancient law. Ivs antiqvvm]*, 2003, no. 1 (11), pp. 40–53. (in Russ.)
9. Nedi'ko Ju. V. [Interpretation of positive law from the position of Roman lawyers]. *Obshhestvo i pravo [Society and law]*, 2009, no. 1 (23), pp. 59–62. (in Russ.)
10. Poldnikov D. Ju. *Dogovornye teorii glossatorov* [Treaty theory glossators]. Moscow, 2008, 352 p.
11. Tomsinov V. A. [Jurisprudence in Ancient Rome (classical period)]. *Vestnik Moskovskogo universiteta [Bulletin of Moscow University]*, 1995, no. 2, pp. 35–45. (in Russ.)
12. Huzhokova I. M. [On citing lawyer]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedenija [Journal of Foreign Law and Comparative Law]*, 2010, no. 6, pp. 18–31. (in Russ.)
13. Ciceron Mark Tullij. *Dialogi o gosudarstve – o zakonah*. [Dialogues about the state – about the laws]. Moscow, 1994, 223 p.
14. Chervonjuk V. I. *Teorija gosudarstva i prava* [Theory of Government and Rights]. Moscow, 2009, 704 p.
15. Shamarov V. M. *Aktual'nye problemy sovremennoj rossijskoj teorii prava: monografija* [Actual problems of modern Russian theory of law: monograph]. Moscow, 2017, 192 p.

**Dmitry Sergeevich Astashov** – postgraduate student of Theory of State and Law, Constitutional and Administrative law Department, South Ural State University, Chelyabinsk, Russian Federation. E-mail: dmitriysergeevich.astashov@mail.ru.

**Alina Antonovna Soloviiova** – Candidate of Sciences (Law), Associate Professor of Theory of State and Law, Constitutional and Administrative law Department, South Ural State University, Chelyabinsk, Russian Federation. E-mail: araukaria@yandex.ru.

*Received 16 June 2017.*

---

**ОБРАЗЕЦ ЦИТИРОВАНИЯ**

Асташов, Д. С. Право и закон в древнем Риме: у истоков позитивного права / Д. С. Асташов, А. А. Соловьева // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». – 2017. – Т. 17, № 3. – С. 71–77. DOI: 10.14529/law170313.

**FOR CITATION**

Astashov D. S., Soloviiova A. A. Law and legislation in Ancient Rome: origins of positive law. *Bulletin of the South Ural State University. Ser. Law*, 2017, vol. 17, no. 3, pp. 71–77. (in Russ.) DOI: 10.14529/law170313.

---