

ПРАВОВЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ВОЗНИКНОВЕНИЯ
И ЭВОЛЮЦИИ ГОСУДАРСТВА:
ОЧЕРК ЮРИДИЧЕСКОЙ АНТРОПОЛОГИИ

Н. В. РАЗУВАЕВ*

В статье рассматриваются правовые и социокультурные предпосылки возникновения и эволюции традиционных государств древности и Средних веков. По мнению автора, традиционное государство представляет собой специфический историко-юридический феномен. Его отличительной чертой является то, что власть традиционного государства базируется на частноправовых институтах, прежде всего на праве собственности на землю, в древних и средневековых обществах имевшем многоуровневый, расщепленный характер. Это объясняется тем, что государство как социальный институт, будучи неотъемлемой частью правопорядка, воплощает в себе его важнейшие характеристики. А поскольку традиционный правопорядок основан на частном (имущественном) праве, то и государственная власть в традиционном обществе имеет имущественно-правовую природу. В качестве верховного собственника земли традиционное государство осуществляет господство над всеми лицами, связанными с государством имущественными отношениями по поводу земли. В статье делается вывод о том, что теоретическое осмысление традиционного государства и закономерностей его эволюции входит в предмет юридической антропологии как особой правовой дисциплины.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: социальная антропология, юридическая антропология, традиционное государство, эволюция государства, правопорядок, частное право, право расщепленной собственности на землю, верховный собственник, производные собственники, римское право.

RAZUVAEV N. V. LEGAL PREREQUISITES OF ORIGINATION AND EVOLUTION OF THE STATE: AN ESSAY OF LEGAL ANTHROPOLOGY

This article discusses the legal and socio-cultural prerequisites of origination and evolution of traditional states of Antiquity and the Middle Ages. According to the author, the traditional state is a specific historical and legal phenomenon. Its distinctive feature is that the power of the traditional State is based on private law institutions, in particular on the land ownership, in ancient and medieval societies having a multi-level splintered nature. This is because the state, as a social institution, as an integral part of

* Разуваев Николай Викторович — кандидат юридических наук, профессор Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы (СЗИУ РАНХиГС).

Razuvaev Nikolai Viktorovich — candidate of legal sciences, associate professor of the North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration.

© Разуваев Н. В., 2013

E-mail: nrasuvaev@yandex.ru

the legal order, embodies its essential characteristics. Since the traditional legal order is founded on the private (property) law, the state power in the traditional society has, therefore, the property and legal nature. As a supreme land owner, the traditional state exercises supremacy over all persons connected with the state by property relations over land. The article concludes that the conceptualization of the traditional State and its evolution is a subject of legal anthropology as a special legal discipline.

KEYWORDS: social anthropology, legal anthropology, traditional state, evolution of the state, legal order, private law, splintered land ownership, supreme proprietor, derivative owners, Roman law.

Юридическая антропология: предмет и задачи. Юридическая антропология является сравнительно молодой наукой, относительно недавно выделившейся из состава родственных ей научных дисциплин (прежде всего социальной антропологии, а также истории права) и еще не окончательно определившей свои предметные рамки, базовые исследовательские принципы, а также методологический инструментарий.¹ Как известно, первые попытки юридико-антропологического исследования были предприняты еще в классических трудах Г. С. Мэйна о древнем праве,² И. И. Бахофена о матриархате³ и М. М. Ковалевского о первобытном праве (преимущественно на материале правовых обычаев народов Кавказа).⁴

Однако эти исследования, как представляется, не послужили толчком к возникновению новой дисциплины, выступая лишь одним из разделов более традиционных для того времени социологической, исторической или этнографической наук. И лишь в наши дни увеличившийся объем фактических данных, подлежащих самостоятельному осмыслению, а также усложняющаяся и все более совершенствующаяся методология исследований, в числе прочих факторов, стали причинами активного размежевания различных дисциплин, каждая из которых концентрирует внимание на все более узком и специализированном сегменте действительности (как бы ни понимать эту последнюю). В результате начинает складываться *антропология* как комплекс наиболее фундаментальных знаний о человеке и его существовании в естественной и искусственной среде.⁵

Неясность такого понимания предмета, по сути не позволяющего отграничить специальные антропологии от общей (философской) антропологии, также занимающейся осмыслением фундаментальных проблем человеческого бытия, породила многочисленные попытки самоидентификации антропологического знания в системе научных знаний посредством

¹ Пучков О. А. Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве. Автореф. дис. ... д. ю. н. Екатеринбург, 2001; Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002; Дробышевский С. А., Калинин А. Ф. Введение в юридическую антропологию: Проблемы методологии права. Ч. 1. Чита, 2004; Агафонова Е. А. Юридическая антропология: концептуальные идеи и принципы. Автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов н/Д., 2009.

² Мэйн Г. С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2011.

³ Bahofen J. J. Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur. Stuttgart, 1861. — Фрагменты данного произведения в английском переводе: Bachofen J. J. Myth, Religion and Mother Right. Selected Writings. Princeton, 1992. P. 69–209.

⁴ См., напр.: Ковалевский М. М. 1) Первобытное право. М., 1886; 2) Закон и обычай на Кавказе. В 2 т. М., 1890 и др.

⁵ Культурология: XX век. Энциклопедия. В 2 т. Т. 1. СПб., 1998. С. 28.

сближения его с предметами социально-гуманитарных дисциплин. В итоге среди антропологов, стремящихся размежеваться с философией, наметились два диаметрально противоположных подхода. Согласно одному из них антропология представляет собой своего рода теоретический раздел этнографии, в рамках которого происходит осмысление тех фактических данных, накопление которых осуществляется в ходе полевых этнографических исследований.⁶ Сторонники другого подхода видят в антропологии своего рода «меганауку», интегративную форму знания о человеке как социальном существе в любых проявлениях его жизнедеятельности. При подобном восприятии очевидно, что антропология противопоставляется биологии как науке о природных основаниях человеческого существования,⁷ сближаясь в основных своих аспектах с философией и социологией и практически растворяясь в них.

Подобная двойственность положения была унаследована и юридической антропологией, отделившейся на Западе от социальной антропологии в начале 70-х годов XX в.⁸ Попытки лимитации предмета юридико-антропологических исследований, в конце концов, породили два ответа на вопрос «что такое антропология права?». Согласно одному из ответов эта наука изучает право первобытных («примитивных») народов, стараясь установить их качественные отличия от современного западного права,⁹ смыкаясь, таким образом, с этнографией (которая, вообще говоря, уделяет вопросам юридической регуляции жизни первобытного общества явно недостаточное внимание).

Сторонники подобного взгляда на вещи (прежде всего, Н. Рулан) внесли значительный вклад в развитие юридико-антропологических исследований, пролив свет на особенности правовых институтов ряда первобытных обществ. Однако нельзя не заметить, что антиэволюционизм и культуррелятивизм, присущие такому пониманию, значительно ослабили объяснительные возможности юридической антропологии, превращая ее в некоторых случаях в простое собирание правовых курьезов, призванных проиллюстрировать, в сущности, банальную мысль о том, что первобытное право, диаметрально отличаясь от современного западного, выполняет свои регулятивные функции ничуть не хуже последнего. Кроме того, стремясь любой ценой доказать названный тезис, ученые оказываются в плену позитивистских предубеждений, отождествляя современное право исключительно с установленными или санкционированными принудительной силой государства законами, к чему оно ни в коей мере не сводится. Например, Н. Рулан, критикуя классические дефиниции права, патетически восклицает: «Определять право через наказание означает то же самое, что определять здоровье через болезнь»,¹⁰ при этом забывая о том, что сегодня никто из юристов именно так право и не определяет.

Диаметрально противоположную точку зрения высказывают авторы, полагающие, что предметом юридической антропологии выступает любое (в том числе и прежде всего современное) право в его человеческом

⁶ См., напр.: *Леви-Строс К.* Структурная антропология. М., 2001. С. 7 и след.

⁷ *Философская антропология как интегративная форма знания* / под ред. Б. В. Маркова и А. В. Говоруна. СПб., 2001. С. 6 и след.

⁸ Одной из первых специальных работ в данной области можно считать исследование американского антрополога Л. Посписила (*Pospisil L.* Anthropology of Law. A Comparative Theory. New York, 1971).

⁹ См., напр.: *Рулан Н.* Юридическая антропология. М., 1999. С. 142.

¹⁰ Там же. С. 9.

измерении.¹¹ Данная позиция позволяет избежать недостатков, присущих узко «этнографической» трактовке правовой антропологии, и вместе с тем выявить некие универсальные свойства права как феномена специфически человеческого бытия. При этом, однако, нельзя не отметить, что изучение антропологического аспекта правовых явлений не может считаться прерогативой данной дисциплины, поскольку в той или иной мере осуществляется всеми отраслями юридического знания, в том числе философией, социологией и общей теорией права. На наш взгляд, для выявления предметных рамок юридической антропологии следует исходить из того, что эта дисциплина теоретическая и, следовательно, в отличие от этнографии, не может руководствоваться чисто описательными, индивидуализирующими методами.¹²

Вместе с тем поле теоретических обобщений антропологии вообще и юридической антропологии в частности ограничено ее связью с историческими дисциплинами, включая ту же этнографию как своего рода *alter ego* антропологии. Иными словами, основной задачей данной дисциплины выступает формирование на основании фактических данных, получаемых историческими науками, своего рода «теории истории»¹³ как комплекса типологических характеристик, выражающих основные особенности и качественное своеобразие обществ прошлого в их соотношении с современными обществами. Понимаемой таким образом антропологии в системе социальных наук принадлежит то вакантное место, которое в нашей стране до недавнего времени занимал «исторический материализм», а за рубежом — так называемая историческая социология, оказавшаяся в значительной мере несостоявшимся проектом.¹⁴

Что же касается юридической антропологии, то она оказывается особо необходимой стороной правового познания, поскольку заполняет весьма ощутимую лауну между общей теорией и историей права и государства. В самом деле, становится практически общим местом утверждение, согласно которому юристы-теоретики практически не обращаются к истории права, а если и делают это, то лишь для того, чтобы дополнительно проиллюстрировать те или иные общие положения. С другой стороны, историки права, занятые накоплением и описанием исторических фактов, очень редко позволяют себе какие-либо общетеоретические выводы, стараясь при этом, чтобы они не слишком расходились с постулатами теоретиков. Как следствие, те исторические факты, которые не укладываются в прокрустово ложе теорий либо прямо противоречат им, остаются необъясненными.

Думается, что объяснение и обобщение множества исторических фактов и создание единой теории государства и права прошлого может

¹¹ См. подробнее: *Социальная антропология права современного общества* / под ред. И. Л. Честнова. СПб., 2006. С. 17 (автор раздела — И. Л. Честнов).

¹² О различии индивидуализирующей и генерализующей методологий см. подробнее: *Риккерт Г. Два пути теории познания // Новые идеи в философии (Теория познания. III)*. СПб., 1913. С. 51–52; *Дильтей В. Описательная психология*. СПб., 1996. С. 32 и след.; *Weber M. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tübingen, 1963. S. 495–544; 602–643.

¹³ *Медведев И. П. Заметки на полях одной недавно опубликованной книги // Византийские очерки. Труды российских ученых к XX Международному конгрессу византинистов*. СПб., 2001. С. 41.

¹⁴ См., в частности: *Becker H. P., Barnes H. E. Social Thought from Lore to Science*. New York, 1961; *Sociology and History. Theory and Research* / ed. by W. Cahman, N. Boskoff. London, 1964; *Wehler H. U. Geschichte als Historische Sozialwissenschaft*. Fr. a/M., 1979.

стать одной из наиболее перспективных задач юридической антропологии, призванной, таким образом играть роль своего рода палеонтологии права и государства. В этом своем качестве антропология становится также и учением об эволюции права и государства от их зарождения до наших дней. Следует отметить, что указания на неразрывную связь антропологии с историей часто встречаются в работах зарубежных антропологов, причем как тех, кто, подобно Л. Уайту, стоял на позициях эволюционизма,¹⁵ так и тех, кто (как Ф. Боас) занимал антиэволюционистскую позицию.¹⁶ Заметим, что в отечественной литературе сходные идеи о предмете и задачах антропологии в целом и юридической антропологии в частности высказывались С. А. Дробышевским,¹⁷ полагавшим, что «юридическая антропология преимущественно занимается изучением традиционных обществ, исследуя их быт и культуру, а также систему властных отношений и нормативного регулирования».¹⁸

Итак, предметом юридической антропологии выступают генезис и эволюция права и государства как правового явления, а также их специфика в традиционном обществе. В настоящей статье мы попытаемся дать общую характеристику традиционного государства и права, рассмотрев юридические предпосылки происхождения и особенности традиционной государственности.

Общие и специальные предпосылки возникновения государства. Говоря о происхождении государства, мы должны выделить, наряду с *общими*, также и *специальные предпосылки*. К общим предпосылкам следует отнести, с одной стороны, комплекс взаимосвязанных социально-экономических факторов, обусловивших переход некоторых первобытных обществ от чисто присваивающего хозяйства к присваивающе-производящему, а затем и к производящему. К числу указанных факторов относится серия кардинальных технологических сдвигов, произошедших в период так называемой неолитической революции, доместикация ряда животных и растений, а также последовавшие за этим разделения общественного труда (в первую очередь, труда земледельческого и скотоводческого).¹⁹ С другой стороны, важное место в числе общих предпосылок возникновения государства занимает формирование системы мифологических представлений и соответствующих им ритуальных процедур.

Вполне уместно будет именовать эту систему мифов и ритуалов *культуром плодородия*, подразумевая под плодородием воспроизводство любых природных благ, будь то продукты земледелия или скотоводства. Важно

¹⁵ См., напр.: Уайт Л. Эволюция культуры. Развитие цивилизации до падения Рима // Уайт Л. Избранное: Эволюция культуры. М., 2004. С. 47–50.

¹⁶ Boas F. 1) The Methods of Ethnology // American Anthropologist. 1920. Vol. 22. N 4; 2) History and Science in Anthropology: a Reply // Ibid. 1936. Vol. 38. N 1; cf.: Benedict R. Franz Boas as Ethnologist // Franz Boas. 1858–1942. New York, 1943. P. 27.

¹⁷ Дробышевский С. А. 1) Политическая организация общества и право: историческое место и начало эволюции. Красноярск, 1991; 2) Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Автореф. дис. ... д. ю. н. СПб., 1994.

¹⁸ Социальная антропология права современного общества / под ред. И. Л. Честнова. С. 17 (автор раздела — И. Л. Честнов).

¹⁹ О влиянии разделения труда на процесс становления государства см.: Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. По поводу исследований Льюиса Г. Моргана. М., 1989. С. 165–169; Карнейро Р. Л. Теория происхождения государства // Раннее государство, его альтернативы и аналоги / под ред. Л. Е. Гринина, Д. М. Бондаренко, Н. Н. Крадина и А. В. Коротаяева. Волгоград, 2006. С. 56; Childe V. G. Man Makes Himself. London, 1936. P. 82–83 и др.

отметить, что в любом аграрном обществе на ранних этапах его эволюции культ плодородия включает в себя не только систему мифологических представлений, образующих его смысловой стержень и оформляющих его ритуальные процедуры, но и изготовление орудий труда, а также обработку земли, представляющие собой важную часть ритуала. Данная мысль неоднократно высказывалась этнографами и антропологами еще в начале XX столетия.²⁰ Критикуя позицию тех ученых, которые исходили из представления о первичности мифа и производности от него ритуала,²¹ сторонники указанной концепции утверждали, что не миф предшествует ритуалу, а, напротив, ритуал порождает миф.²² На сегодняшний день этот тезис сделался общепризнанным, получив развернутое обоснование на конкретном историческом материале в трудах как зарубежных,²³ так и отечественных авторов.²⁴

В числе прочего исследователями было отмечено, что ритуал, подобно всякому иному культовому действию, организует себя в соответствии с определенными правилами, являясь древнейшим социокультурным регулятором человеческого поведения. На это обстоятельство указывает, в частности, этимология самого слова *ритуал*, проанализированная В. Н. Топоровым.²⁵ Данное слово в ряде языков восходит к древнеиндийскому *ritá-* (*ritá-*), происходящему от индоевропейской основы *r-* (*ar-*) с глагольным значением «соединять, присоединять», «пригонять (друг к другу)», «прилаживать», «устраивать», «связывать». Таким образом, по мысли древнего человека, благодаря правильно совершенному ритуалу обеспечивались порядок как во Вселенной, так и в обществе (мыслившихся в качестве зеркального отображения друг друга) и взаимосвязь всех их элементов.

Примечательно, что категория *ritá*, к которой восходит слово *ритуал*, сыграла значительную роль в индийской правовой мысли.²⁶ Постепенно, по мере развития правового мышления, категория «рита» сливается

²⁰ Режабек Е. Я. Мифомышление: Когнитивный анализ. 2-е изд. М., 2012. С. 78–91.

²¹ См., напр.: *Brinton D. Religions of Primitive Peoples*. London; New York, 1905. P. 112–113; *Preuss K. Th. Der religiöse Gehalt der Mythen*. Tübingen, 1933. S. 21–30 и др.

²² *Smith W. R. Lectures on the Religion of the Semites*. London, 1907. P. 18; *Genner A. van. Mythes et légendes d' Australie. Études d'ethnographie et de sociologie*. Paris, 1908. P. XCV; *Marett R. The Threshold of Religion*. London, 1909. P. 150; *Скворцов-Степанов И. И. Страх смерти против исторического материализма // Скворцов-Степанов И. И. Избранные атеистические произведения*. 3-е изд. М., 1959. С. 387 и др.

²³ *Harrison J. E. 1) Prolegomena to Study of Greek Religion*. Cambridge, 1903; *Cornford F. V. From Religion to Philosophy*. London, 1913; 2) *The Origin of Attic Comedy*. London, 1914; 3) *A Ritual Basis of Hesiod's Theogony // The Unwritten Philosophy*. London, 1950; *Hook S. H. Myth and Ritual*. Oxford, 1933; *Raglan F. R. S. Myth and Ritual // Journal of American Folklore*. 1955. Vol. 68. N 270; *Van Baal I. Dema Description and Analysis of Marind-Anim Cultur (South New Guinea)*. The Hague, 1966. P. 206–207 и др.

²⁴ См., в частности: *Богораз В. Г. Чукчи*. Л., 1939. Т. II. С. 47; *Францов Ю. П. У истоков религии и свободомыслия*. М., 1972. С. 293, 298, 300 и след.; *Топоров В. Н. 1) О ритуале. Введение в проблематику // Архаический ритуал в фольклорных и раннелитературных памятниках*. М., 1988; 2) Предисловие // *Евзлин М. Космогония и ритуал*. М., 1993. С. 18; *Токарев С. А. Что такое мифология? // Токарев С. А. Ранние формы религии*. М., 1990. С. 528–531.

²⁵ *Топоров В. Н. О ритуале. Введение в проблематику*. С. 43 и след.

²⁶ *История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В. С. Нерсисянц*. М., 1986. С. 125.

с понятием «дхарма», обозначающим обязанность, долг,²⁷ поглощаясь им.²⁸ Однако уже слово *ritá* в значении «связывать» несет в себе очевидный, хотя еще и не вполне выраженный правовой смысл, становящийся особенно наглядным при сопоставлении его с латинским глаголом *obligare* — «вязать, связывать», производное от которого существительное *obligatio* имеет целый ряд собственно юридических значений, в том числе и «обязательство».²⁹ Таким образом, мы видим, что уже древнеиндийское *ritá*, помимо всего прочего, содержит в себе идею правовой обязательности, хотя и выступающей как единое целое с обязательностью религиозной.

Эта идея еще нагляднее проявляется в семантике родственных одноязычных слов других индоевропейских языков. Например, латинское наречие *rite* обозначает не только «по обряду религии», «с надлежащими церемониями», «с соблюдением религиозных обрядов», но и «надлежащим образом», «как следует», «правильно», а также «по обычаю», «по обыкновению». Существительное *ritus* имеет значения «религиозный обряд», «религиозные церемонии», «обычай», «обыкновение». Далее, прилагательное *ratús*, помимо всего прочего, означает «юридически действительный», «имеющий законную силу» (как, например, в выражениях *ratum habere* или *ratum dicere*). Кроме того, наречие *rite* этимологически соотносится и с другими латинскими словами, прежде всего *recte* — «прямо», «правильно, хорошо», *rectus* — «прямой, честный», «сообразный с долгом», «нравственный, добродетельный».

В семантике рассмотренных слов проявляет себя идея не только религиозного, но и нравственного долженствования, находящегося в прямой связи с долженствованием юридическим.³⁰ И хотя в рассмотренном лексическом ряду еще отсутствует существительное, которое могло бы быть употреблено в значении «право» (как известно, право в латыни обозначалось словом *ius*), этот пробел был восполнен в позднейших романских языках (а также ряде германских языков), где существительные со значением «право» (*фр. droit, ит. diritto, англ. right, нем. Recht* и др.) этимологически выводятся из латинских прилагательных *rectus* и *directus*.³¹ В этом ученые усматривают проявление широко распространенных у германцев на стадии перехода от первобытности к раннегосударственному строю мифологических представлений. Согласно этим представлениям (присущим, разумеется, не только германцам, но другим древним народам) право «формируется по образцу универсального космического закона, управляющего вселенной».³²

Поэтому не вызывает сомнения, что древнейшие ритуалы (и в том числе ритуалы плодородия) имели — пусть и в весьма своеобразной, с современной точки зрения, форме — *юридическое опосредствование*

²⁷ *Lingat P.* The Classical Law of India. Berkeley, 1973. P. XII–XIII.

²⁸ *Varma V. P.* Studies in Hindu Political Thought and its Metaphysical Foundation. Delhi, 1974. P. 116.

²⁹ *Дыдынский Ф. М.* Латинско-русский словарь к источникам римского права. М., 1997. С. 373.

³⁰ *Иванов В. Г.* История этики древнего мира. Л., 1980. С. 6.

³¹ См. об этом подробнее: *Разуваев Н. В.* Соотношение категорий права и закона в европейской правовой культуре // Правовой режим законности: вопросы теории и истории. Материалы межвузовской конференции / под ред. Д. И. Луковской. СПб., 2001. С. 35–40.

³² *Топорова Т. В.* Древнегерманские представления о праве и правде // Логический анализ языка. Истина и истинность в культуре и языке. М., 1995. С. 32.

и являлись той необходимой правовой основой, на которой возникает традиционное государство. Отсюда мы можем сделать вывод о том, что традиционное государство имеет не просто социальную, но *правовую природу*, а право выступает *специальной предпосылкой* возникновения государства. При этом, как будет показано далее, власть традиционного государства имела частноправовой характер и базировалась на *имущественном праве* в качестве своего юридического основания. Она была производна от принадлежащего традиционному государству права верховной собственности на землю и по своим основным характеристикам воспроизводила хозяйственное господство собственника в отношении принадлежащего ему имущества. Как следствие, собственническое господство в отношении земли порождало политическую власть и политическое господство, выступавшие своеобразным продолжением последнего. Не случайно, в частности, как показали исследования современных романистов, даже в столь высокоразвитом традиционном правопорядке, как римское частное право, многие институты частного права, особенно те из них, которые были так или иначе связаны с институтом права собственности, имели чисто силовой характер.

Например, в римском праве собственнику предоставлялась возможность при помощи силы отобрать свое имущество у несобственника, т. е. применить к нему принуждение, что в современных условиях считается исключительной прерогативой государственной власти. Иными словами, в римском праве действовал принцип административно-властного подчинения собственнику всех несобственников, находящихся в сфере его хозяйственного господства и связанных с ним обязательственными отношениями по поводу имущества (прекаристов, а также иных детенторов, коммодатариев, депозитариев, арендаторов и т. п. лиц). Таким образом, налицо было *юридическое неравенство* собственника и несобственников, позволявшее ему в своих интересах оказывать силовое воздействие на последних.³³ Важная причина этого неравенства, на наш взгляд, состоит в нерасчлененности частноправового и публично-правового аспектов правопорядка, присущего традиционному обществу.

Частное право как основа правопорядка в традиционных обществах. Представляется, что частноправовой характер государственной власти в традиционном обществе может быть объяснен, в первую очередь, несовпадением темпов эволюционной динамики объективного и субъективного права, породившим парадоксальную ситуацию длительного существования субъективных прав при отсутствии объективного права как соционормативного регулятора. Данное обстоятельство, к сожалению, не получило надлежащего осмысления в юридической теории, где практически безраздельно господствует тезис о наличии прямой причинно-следственной связи между генезисом государства и возникновением права как системы норм, установленных или санкционированных этим последним.

Так, в отечественной литературе широким признанием пользуется концепция А. И. Першица, согласно которой историческим прообразом права в объективном смысле являлись первобытные мононормы, синкретично сочетавшие в себе элементы юридических, моральных и религиозных императивов. Мононормы, полагают сторонники данной концепции, будучи инструментом регуляции человеческого поведения в первобытном обществе, вместе с тем не являются правом, каковое зарождается

³³ Германов А. В. От пользования к владению и вещному праву. М., 2009. С. 171–172.

с возникновением государства и получает свое закрепление в творимых государством законах. Таким образом, именно появление законодательства, с этой точки зрения, приводит к распаду мононорм и возникновению норм права (а также их неофициальных коррелятов в виде морально-религиозных норм).³⁴

Гипотеза о существовании первобытных мононорм породила достаточно оживленную дискуссию, вызвав немало критических замечаний, в том числе и со стороны юристов-теоретиков.³⁵ Однако то обстоятельство, что право как соционормативный регулятор появляется с переходом человеческих обществ от первобытности к цивилизации, мало кем из ученых ставится под сомнение. Между тем такая позиция не позволяет объяснить, почему в традиционных обществах нормы права выступали в неразрывном единстве с моралью или религией и получали свое теоретическое осмысление исключительно в морально-религиозном контексте.

Не случайно западная философская мысль, вплоть до эпохи Нового времени, чаще всего рассматривала правовые проблемы как часть более широкой нравственной проблематики, доказывая внутреннее единство правовых и моральных норм.³⁶ Об исключительной устойчивости таких представлений свидетельствует, например, описываемый в мемуарах Веспасиано да Бистиччи³⁷ диспут флорентийских гуманистов Джованни Аргиропуло и Отто Николини, обсуждавших в присутствии Козимо Медичи проблему соотношения «законов права» и «моральной философии» и отдававших безусловный приоритет последней.³⁸ В то же время на Востоке, где секуляризация духовной культуры и общественной жизни происходила замедленными темпами, право выступало в качестве одного из аспектов религиозной (как в индуизме, исламе и иудаизме) либо морально-религиозной (как в конфуцианстве или буддизме) нормативности.³⁹

Исходя из этого делались попытки доказать, что в традиционном обществе объективное право составляло неотъемлемую часть религии и генетически производно от нее. Данная мысль была сформулирована еще эволюционистами XIX в., в частности Дж. Д. Фрээрером⁴⁰ и Н. Д. Фюстель де Куланжем.⁴¹

³⁴ Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. М., 1979. С. 215, 217–218; Бромлей Ю. В., Подольный Р. Г. Создано человечеством. М., 1984. С. 179; Социально-экономические отношения и соционормативная культура. М., 1986. С. 91–92; История первобытного общества. Эпоха классового образования / под ред. Ю. В. Бромлея. М., 1988. С. 454–455.

³⁵ См. подробнее: Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. С. 55–56 (автор раздела — Г. В. Мальцев).

³⁶ См., напр.: Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Соч. В 4 т. М., 1983. С. 160 и след.; Монтескье Ш. Л. О духе законов // Монтескье Ш. Л. Избранные произведения. М., 1955. С. 417; Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права // Руссо Ж. Ж. Трактаты. М., 1965. С. 192.

³⁷ Bisticci V. da. Vite di uomini illustri del secolo XV. Firenze, 1859. P. 266 ff.

³⁸ См. подробнее: Баткин Л. М. Итальянское Возрождение: проблемы и люди. М., 1995. С. 159–160.

³⁹ Разуваев Н. В. Два пути развития права и государства // Личность. Культура. Общество. Междисциплинарный научно-практический журнал социальных наук. 2005. Т. VII. Вып. 4 (28). С. 271–280.

⁴⁰ Фрээрер Дж. Д. Золотая ветвь. Исследование магии и религии. М., 1980. С. 29–30, 63; Frazer J. G. Psyche's Task. A Discourse Concerning the Influence of Superstition on the Groth of Institution. London, 1909. P. 4–30.

⁴¹ Фюстель де Куланж Н. Д. Гражданская община древнего мира. СПб., 1906. С. 188–189.

Впоследствии этнографы и антропологи,⁴² а затем и историки права⁴³ перешли от отдельных предположений к развернутому изучению магико-религиозного содержания первобытных правовых институтов, причем труды эти нашли исключительно живой отклик у юристов скандинавской школы, выдвинувших тезис о религиозно-мистическом характере права как социального явления не только в традиционном, но отчасти и в современном обществе.⁴⁴

Даже римское право, дальше всего ушедшее по пути отделения от морали и религии, поражает исследователя удивительной малочисленностью и своеобразием наличествующих в нем норм, оказываясь, по замечанию А. Ваке, исключительно «бедным на законы».⁴⁵ Предельная усложненность существовавшей в республиканском Риме процедуры принятия законов, ориентированных к тому же на Законы XII таблиц и формализованные в них обычаи (см.: Cic. De orat., I, 40),⁴⁶ не позволяла римскому законодательству надлежащим образом реагировать на изменяющиеся с развитием общества жизненные условия.⁴⁷ Как следствие, законы в Риме всегда оставались лишь небольшой видимой надстройкой, под которой скрывалась обширная праторская деятельность, имевшая, как мы теперь назвали бы, подзаконный характер. Так, в предклассический период истории римского права (IV–I вв. до н. э.) данную функцию осуществляли преторы и другие магистраты,⁴⁸ а в классический (и отчасти постклассический) особую роль начинает играть доктрина.⁴⁹ При этом обращает на себя внимание то обстоятельство, что деятельность как преторов, так и юристов классической эпохи была направлена не столько на формулирование общих правил поведения, сколько на анализ конкретных случаев из практики (казусов), т. е. имела прецедентный характер.

Иными словами, как преторские эдикты, так и *responso* юристов не содержали в себе никаких норм в материально-правовом смысле, но лишь давали в процессуальном плане указания судье, какое именно ему следует принять решение в той или иной ситуации. Данное обстоятельство отмечается учеными уже применительно к преторским эдиктам, представлявшим

⁴² См., в частности: *Radcliff-Brown A. R.* 1) Religion and Society // The Journal of the Royal Anthropology. 1945. Vol. 75. N 1. P. 38–39; 2) The Social Anthropology. London; Henley; Boston, 1977. P. 122–123; *Malinowsky B.* Crime and Custom in Savage Society. New York, 1959. P. 2; *Малиновский Б.* Магия, наука и религия // Магический кристалл. Магия глазами ученых и чародеев. М., 1994. С. 89.

⁴³ *Diamond A. S.* Primitive Law. London, 1950. P. 54, 161; *Hoebel E. A.* The Law of Primitive Man. Cambridge, 1954. P. 257 ff.; *Schott R.* Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften // Die Funktion des Rechts in den modernen Gesellschaften. Bd. 1. Bielefeld, 1970. S. 117–120.

⁴⁴ *Olivercrona K.* 1) Law as Fact. Copenhagen, 1939. P. 115; 2) The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt // Scandinavian Studies in Law. Vol. 3. Stockholm, 1959; *Hägerström A.* Recht, Pflicht und Bildende Kraft des Vortrages. Stockholm, 1965. S. 84–85.

⁴⁵ *Vake A.* Юридические афоризмы и ассимиляция европейских правопорядков // Цивилистические исследования. Вып. 3 / под ред. Б. Л. Хаскельберга и Д. О. Тузова. М., 2007. С. 457.

⁴⁶ *Дождев Д. В.* Римское частное право. 3-е изд., испр. и доп. М., 2008. С. 95.

⁴⁷ *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 186.

⁴⁸ См. подробнее: *Седаков С. Ю.* Роль квинтского претора в создании норм римского частного права предклассического периода // Древнее право. 1996. № 1.

⁴⁹ *Разубаев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л.* Источник права: классическая и постклассическая парадигмы. СПб., 2011. С. 18 и след.

собой не что иное как систематизированный набор таких указаний,⁵⁰ однако еще более наглядно данное свойство источников римского права проявляется в работах юристов,⁵¹ не обладавших, естественно, той властью, которая позволяла бы им формулировать общеобязательные нормы. Как показывает анализ трудов римских авторов, под «правилами» (*regulae*) они понимали не что иное, как краткую характеристику судебного дела, о чем свидетельствует, в частности, недвусмысленное высказывание Павла: «Правилом называется то, что вкратце излагает существующее дело. Не из правила выводится право, но из существующего права возникает правило. Следовательно, посредством правила передается краткое описание дел».⁵²

Следовательно, правило, по мнению юристов, есть обобщенное право (*ius*), которое, в свою очередь, рассматривалось в качестве формального момента типической жизненной ситуации, неотделимого от этой последней. Такой вывод содержится в некоторых высказываниях классических авторов, приведенных в Дигестах Юстиниана.⁵³ Анализ этих, а также ряда других, высказываний приводит к мысли о том, что римские юристы понимали под правами не общие нормы, а субъективные права, являющиеся формой конкретных правовых отношений, складывающихся в обществе. Именно в качестве совокупности этих отношений, в конечном итоге, и существовало римское право. В таком случае «правилами» будут являться опирающиеся на базовые правовые ценности и принципы доктринальные или легальные формулировки этих конкретных субъективных прав, позволяющие «свести множественность случаев к единому знаменателю»⁵⁴ и способствующие типизации правоотношений.

Подобное понимание находит свое подтверждение и в памятниках законодательства, в частности, в Институциях Юстиниана, где проводится следующее разграничение писаного и неписаного права: «Наше право подразделяется далее на право либо писаное, либо неписаное, как говорят греки, на писаные либо неписаные законы. Писаное право включает в себя законы, плебисциты, сенатусконсульты, постановления императоров, эдикты магистратов, мнения юристов».⁵⁵ Таким образом, разделяя право на писаное (*scripto, εγγραφοι*) и неписаное (*sine scripto, αγραφοι*), данный текст не просто

⁵⁰ Савельев В. А. Римское частное право (проблемы истории и теории). М., 1995. С. 48.

⁵¹ См. об этом: Dawson J. P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor, 1968. P. 114–117; Берман Г. Дж. Западная традиция права: Эпоха формирования. 2-е изд. М., 1998. С. 132–133.

⁵² Paul., 16 ad Plaut., D. 50, 17, 1: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius summat, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur.*

⁵³ См., напр.: Pomp., 25 ad Sab., D. 1, 1, 3, 3: *Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae επί τὸ πλειστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου.* — Права следует устанавливать, как сказал Теофраст, для тех случаев, которые встречаются часто, а не для тех, которые происходят неожиданно; Cels., 5 dig., D. 1, 1, 3, 4: *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.* — Права не устанавливаются исходя из того, что может произойти в единичном случае; Idem., 17 dig., D. 1, 1, 3, 5: *...nam ad ea potis debet aptari ius, quae et frequenter et faci, quam quae perraro eveniunt.* — Ибо право должно быть главным образом приспособлено к тому, что случается часто и легко, а не весьма редко. Ср., однако: Ulp., 3 ad Sab., D. 1, 1, 3, 8: *Iura non singulas personas, sed generaliter constituuntur.* — Права устанавливаются не для отдельных лиц, а общим образом.

⁵⁴ Kaser M. *Römische Rechtsregeln und angewandte Juristenmethod*. Wien; Köln; Graz, 1986. S. 148.

⁵⁵ I. 1, 2, 3: *Constat autem ius nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud graecos τῶν νομῶν οἱ μὲν εγγραφοὶ οἱ δὲ αγραφοὶ. Scriptum autem ius, est, lex, plebiscitum senatusconsultum, principium placita, magistratum edicta, responsa prudentum.*

противопоставляет закон, а также иные письменные источники обычаям. Речь, на наш взгляд, идет здесь еще и о том, что всякое писаное право вырастает из многообразия конкретных жизненных ситуаций и вытекающих из них юридических отношений. В конечном итоге положения письменных источников римского права предстают перед нами в виде совокупности развернутых формулировок субъективных прав, имевших, естественно, в момент своего установления участниками отношений неписаный характер.

Такая ситуация (наличие субъективных прав и правовых отношений при отсутствии соответствующих им норм объективного права) была, по нашему мнению, характерна не только для римского, но и для любого традиционного правового порядка Древности и Средних веков, тем более на стадии возникновения государства. Лишь с началом эпохи Нового времени, по мере перехода от традиционного к современному (индустриальному) обществу, сначала в Западной Европе и Северной Америке, а затем и в других регионах мира, где хотя бы формально имеет место рецепция западного права и правовой культуры,⁵⁶ происходит активная *нормализация* права. Она была обусловлена формированием национальных государств и национальных правовых систем, с одной стороны, и целым рядом духовных факторов, среди которых важное место занимает рационализм, присущий духовной культуре нового времени, — с другой.

Иными словами, зарождение права в субъективном смысле (правовых отношений и субъективных прав) происходит в недрах первобытного строя и предшествует появлению традиционного государства. Напротив, возникновение объективного права как самостоятельного, обособленного от морали и религии соционормативного регулятора сопутствует переходу от традиционного общества к современному в эпоху Нового времени и является одним из слагаемых данного процесса. Отметим, что нормализация, о которой идет речь, в указанную эпоху затронула не только право, но и ряд других сфер духовной культуры. В частности, лингвисты констатируют происходившее в европейских языках XVII–XVIII вв. активное складывание языковых (лексических, грамматических, орфографических и морфологических) норм и их кодификацию разнообразными средствами.⁵⁷

В подобных условиях традиционный правовой порядок во всех своих аспектах (в том числе и в государственно-властных) мог иметь *исключительно частноправовой характер*. При этом было бы неверно приписывать частному праву в традиционном обществе те признаки, которые выделяют ученые применительно к современному частному праву (в том числе децентрализацию, применение диспозитивного метода регулирования, равенство участников регулируемых отношений, координационность последних и т. п.), противопоставляя его современному же публичному праву.⁵⁸

⁵⁶ Об особенностях и ходе рецепции западных правовых норм дальневосточным, исламским и индусским правом: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Сравнительное частное право. М., 2011. С. 288 и след.

⁵⁷ *Семенюк Н. Н.* Формирование литературных норм и типы кодификационных процессов // Языковая норма: Типология кодификационных процессов. М., 1996. С. 27–28; *Кодухов В. И.* Общее языкознание. 5-е изд. М., 2012. С. 17.

⁵⁸ См., напр.: *Savigny K. F.* System des heutigen römischen Recht. Bd. I. Berlin, 1840. S. 27; *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37–48; *Иоффе О. С.* Цивилистическая доктрина промышленного капитализма // Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 73 и след.; *Черепяхин Б. Б.* К вопросу о частном и публичном праве // Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 96; *Агарков М. М.* Ценность частного права // Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. М., 2002. Т. 1. С. 51 и след.; *Дарвина А. Р.* Частное право:

В то же время частное право обладает рядом свойств, которые неизменно присущи ему на любом этапе развития, что, собственно, и позволяет нам констатировать частноправовой характер традиционного правопорядка (и традиционного государства соответственно).⁵⁹

Одно из важнейших таких свойств было рассмотрено еще Л. И. Петражицким, отмечавшим, что частное право направлено на обеспечение интересов индивида, в то время как право публичное обеспечивает достижение общего блага.⁶⁰ Исходя из подобного понимания становится очевидно, что частное право может применяться к регулированию отношений не только между равными, но и между *неравными* субъектами (отношений власти-подчинения), выполняя тем самым функции публичного права. В данной сфере оно в конкретно-исторических условиях традиционного общества приобретает форму так называемого *господского права*, которое Петражицкий противопоставляет *социально-служебному*, т. е. публичному праву современного общества.⁶¹

Наряду с указанным свойством частному праву присущи также и некоторые другие особенности, делавшие данный способ регуляции единственно возможным в традиционном обществе. Сюда относится характер связи между правоотношениями и регулируемыми их нормами в публичном и частном праве. Если в праве публичном норма всегда предшествует отношению, возникающему в результате ее применения, то частное право предполагает приоритет правового отношения перед общей нормой.⁶² Последняя может либо формулироваться в результате законодательного обобщения однотипных правовых отношений, либо даже вовсе отсутствовать, что и имело место в традиционном обществе на стадии зарождения государства. Эта характерная для частноправового регулирования первичность правоотношений и субъективных прав перед объективным правом становится предпосылкой того, что именно в частном праве находят широкое применение так называемые *индивидуальные нормы*,⁶³ устанавливаемые самими участниками регулируемого правоотношения *ad hoc*.⁶⁴

его содержание и роль в современных условиях развития Российского государства // Право и политика. 2003. № 8; Мальцев Г. В. К вопросу о частном и публичном праве // Право и гражданское общество в современной России. М., 2003; Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 142; Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. М., 2009. С. 159; Александрова С. П. Ответственность в сфере частноправовых отношений // Правовая система России: Реалии и проблемы модернизации. Сб. науч. статей / под общ. ред. А. А. Старовойтова. СПб., 2012. С. 120–124 и др.

⁵⁹ Данное обстоятельство отмечалось некоторыми юристами еще в конце XIX и начале XX в. (см., в частности: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 40).

⁶⁰ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 575.

⁶¹ Там же. С. 57.

⁶² Гражданское право. В 2 ч. / отв. ред. В. П. Мозолин и А. И. Масляев. М., 2003. Ч. 1. С. 39 (автор раздела — В. П. Мозолин).

⁶³ Об индивидуальных нормах см. подробнее: Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. I (1). М., 1950. С. 163; Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 15; Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 109–110; Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 272; Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М., 2001. С. 110; Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 703–704 и др. — Примечательно, что феномен индивидуальной речевой нормы неоднократно привлекал к себе внимание лингвистов (*Национально-культурная специфика речевого поведения* / отв. ред. А. А. Леонтьев. М., 1977. С. 48–50; Степанов Ю. С. Французская стилистика в сравнении с русской. М., 2003. С. 39, 288–289; Долинин К. А. Интерпретация текста: французский язык. 2-е изд., испр. и доп. М., 2005. С. 52).

⁶⁴ Кашанина Т. В. Частное право. М., 2009. С. 41.

Наконец, еще одной важной особенностью частного права, проявившей себя, как мы видели, уже в римском праве, следует считать специфический набор источников. Если источниками публичного права в современных условиях выступают нормативно-правовые акты и нормативные договоры,⁶⁵ то источниками права частного могут также являться обычай, прецедент, судебная практика, принципы права, доктрина.⁶⁶ Эти, пользуясь терминологией Д. В. Храмова,⁶⁷ «нетрадиционные» для современного правопорядка источники были вполне традиционными в древних и средневековых обществах. Более того, некоторые из них (как, например, доктрина в римском праве, а также ряде других правопорядков прошлого) могли становиться даже главенствующими, что, на наш взгляд, неопровержимо указывает на частноправовой характер этих правопорядков.

Зарождение расщепленной собственности на землю в первобытном праве. Итак, мы видим, что поскольку в момент возникновения традиционного государства правопорядок базировался исключительно на частном праве, то и само оно имело частноправовую природу. Будучи способом организации частноправового господства, традиционное государство вырастает из имущественных прав, в первую очередь права собственности на землю, которое, на наш взгляд, являлось важнейшим институтом традиционного правопорядка в целом. Специфической чертой права собственности на землю в традиционных обществах являлась ее *расщепленный* характер.⁶⁸ Суть данной конструкции состоит в том, что один участок земли находился в собственности двух или более субъектов, между которыми существовали иерархические отношения. При этом обладатель верховной, или прямой, собственности (*dominus directus*) осуществлял политическое господство над всеми, кто находился на принадлежащей ему земле, в том числе и над обладателями права непосредственной, или производной, собственности (*dominium utile*). В содержание же правомочий последних входило, прежде всего, хозяйственное господство над землей и ее держателями — крестьянами, которым она принадлежала в качестве прекария.⁶⁹

Наличие у производных собственников вещных прав на землю порождает у них ряд обязанностей перед верховным собственником, и прежде всего обязанностей военной и административной службы.⁷⁰ Именно из этой совокупности обязанностей, имеющих имущественный характер, вытекают отношения, составляющие структуру традиционного государства.

⁶⁵ Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы. С. 103 и след.

⁶⁶ Малько А. В., Храмов Д. В. Значение нетрадиционных источников частного права в урегулировании предпринимательства в современной России // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 1.

⁶⁷ Храмов Д. В. 1) Судебный прецедент как нетрадиционный источник российского частного права // Право и государство: теория и практика. 2009. № 5 (53); 2) Правовые принципы как нетрадиционные источники российского частного права // Новая правовая мысль. 2009. № 5; 3) Частноправовая доктрина как нетрадиционный источник российского частного права // Доктрина права. 2009. № 3–4.

⁶⁸ Landsberger E. Die Glosse des Accurius und ihre Lehre von Eigentum. Leipzig, 1883. S. 82–88.

⁶⁹ Иоффе О. С. Цивилистическая доктрина феодализма // Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. С. 57.

⁷⁰ См. подробнее: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность // Венедиктов А. В. Избр. труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2004. С. 142 и след.

Наиболее наглядно отмеченные особенности проявили себя именно в феодальных государствах Западной Европы. Вместе с тем само право расщепленной собственности на землю со всеми его наиболее характерными особенностями наблюдается практически во всех традиционных правовых порядках.

Более того, предпосылки для формирования права расщепленной собственности на землю начинают складываться еще в первобытном обществе, причем наиболее ранние его элементы встречаются в верхне-палеолитических и мезолитических доземледельческих общинах.⁷¹ В числе прочего, этому способствует двухуровневая структура таких общин, которые, будучи более высоким уровнем общности, как правило, включали в себя в качестве первичного, или низшего, уровня род либо несколько родов, представлявших собой группу лиц, объединенных квазикровным (тотемным) родством.⁷² При этом иерархически род занимал более привилегированное положение, чем община, включавшая в себя не только сородичей, но и пришлых (в том числе женщин, находящихся в вирилокальном, или мужчин — в уксорилокальном браке с членами рода), чей статус был, естественно, ниже.

Другой предпосылкой расщепления права собственности на землю в первобытном обществе являлось распределение функций между общиной и родом: в то время как первая выполняла главным образом хозяйственную деятельность, второй осуществлял культовые (ритуальные) функции,⁷³ что в свою очередь не могло не отразиться и на реализации принадлежащих им прав. В частности, по наблюдениям Р. и К. Берндтов, у австралийского племени гунвинггу (Западный Арнемленд) выделялись два отмеченных выше основных уровня социальной общности, а именно патрилинейный вирилокальный род (*гунмугугур*), из которого могли выделяться небольшие хозяйственные группы (именуемые исследователями «ордами»), и община как наиболее широкая общность, включающая в себя как род, так и «орды». Сообразно этому у гунвинггу разграничивалось и право собственности на землю, причем, как показывают ученые, если право общинной собственности имело по большей части экономическое содержание, то родовая собственность на землю была по своему содержанию не экономическим, а религиозным феноменом.⁷⁴ Сходное распределение прав на землю существовало и у австралийских тиви, у которых правами пользования землей обладали община и в равной мере все ее члены, а владельцами той же земли являлись или считали себя члены рода.⁷⁵

Иными словами, при реализации имущественных прав общиной на первый план выходило правомочие пользования, обеспечивавшее возможность последней присваивать и эксплуатировать ресурсы, связанные с землей. Напротив, в задачи рода входило, прежде всего, осуществление правомочия владения землей как статической принадлежностью в ее не только формально-юридическом, но и в культовом аспекте, включавшее

⁷¹ См. подробнее: Кабо В. П. Первобытная доземледельческая община. М., 1986. С. 35 и след.

⁷² Stanner W. E. H. 1) The Daly River Tribes // Oceania. 1933. Vol. 3. N 4; 2) Aboriginal Territorial Organisation: Estate, Range, Domain and Regime // Oceania. 1965. Vol. 36. T1; Shapiro W. Residential Grouping in Northeast Arnhem Land // Man. 1973. Vol. 8. N 3.

⁷³ Falkenberg J. Kin and Totem. Oslo, 1962.

⁷⁴ Berndt R. M., Berndt C. H. Man, Land and Myth in North Australia. Sydney, 1970. P. 212–216.

⁷⁵ Goodale J. C. Tiwi Wives. Seattle; London, 1974. P. 99.

также защиту земельной собственности от посягательств со стороны других общин и родов. По мере разложения первобытного строя происходит целый ряд сопутствующих друг другу видоизменений как в социальной структуре общества, так и в оформлении имущественных прав на землю. В результате слияния общин возникают надобщинные структуры (племена)⁷⁶ с их потестарной организацией, что приводит к образованию нового типа политической структуры, а именно вождества-чифдом.⁷⁷ При этом к главе вождества переходят собственнические правомочия на целый ряд земельных объектов, в том числе ничейные, невозделанные и захваченные у соседних племен земли.⁷⁸ Кроме того, в результате разложения родовой организации род утрачивает свое прежнее значение и из его состава обособляются семьи, выступающие теперь полноправными собственниками родового имущества и земли.⁷⁹

Одновременно упорядочивается и усложняется система имущественных прав на землю и окончательно складывается иерархия расщепленной собственности, на вершине которой находилось право верховной собственности, обычно принадлежащее племени в целом либо племенному вождю в тех случаях, когда этот последний обладает достаточным объемом власти для утверждения своих собственнических прав,⁸⁰ а производными правами обладали общины и патриархальные (большие) семьи. Наконец, на низших ступенях иерархии находились те лица, которым земля принадлежала на ограниченном вещном праве (владения или пользования) либо на обязательственном праве (арендаторы и иные держатели). Неудивительно, что в традиционном обществе подобная иерархия имущественных прав очень скоро стала мыслиться как показатель неравенства социальных статусов, а затем и власти-подчинения владельцев, пользователей и держателей земли ее непосредственным собственникам, а тех, в свою очередь, — верховному собственнику.⁸¹

Традиционное государство и право расщепленной собственности на землю на Древнем Востоке и в античном мире. Таким образом, право расщепленной собственности на землю в смысле распределения правомочий между иерархически соподчиненными собственниками

⁷⁶ В фундаментальном и одном из наиболее авторитетных в настоящее время исследований истории первобытного общества племена именуются «этно-социальными организациями более крупными, чем община» (История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины / под ред. Ю. В. Бромлея. М., 1986. С. 219).

⁷⁷ Oberg K. Indian Tribes of Northern Matto Grosso. Washington, 1953; Fried M. H. 1) On the Evolution of Social Stratification and the State // Culture in History / ed. S. Diamond. New York, 1960. P. 720 f.; 2) The Evolution of Political Society. An Essay in Political Anthropology. New York, 1967. P. 185–226; Service E. Primitive Social Organisation. P. 132–169; Johnson A. W., Earle T. The Evolution of Human Societies: From Foraging Group to Agrarian State. Stanford (Cal.), 1987. P. 209 и др.

⁷⁸ См., напр.: Летурно Ш. Эволюция собственности. 2-е изд. М., 2012. С. 69 и след.

⁷⁹ См., напр.: Диков Н. И. 1) Палеолитическое жилище на камчатской стоянке Ушки IV // Сибирь и ее соседи в древности. Новосибирск, 1970. С. 41; 2) Древние культуры Камчатки и Чукотки. Автореф. дис. ... д. и. н. Новосибирск, 1971. С. 16.

⁸⁰ Летурно Ш. Эволюция собственности. С. 69 и след., 101 и след.

⁸¹ См. об этом, напр.: Сказкин С. Д. Очерки по истории западноевропейского крестьянства в Средние века // Сказкин С. Д. Избранные труды по истории. М., 1973; Неусыхин А. И. Собственность и свобода в варварских правдах (очерки эволюции варварского общества на территории Западной Европы в V–VIII вв.) // Неусыхин А. И. Проблемы европейского феодализма. Избранные труды. М., 1974. С. 192–201; Гуревич А. Я. Проблемы генезиса феодализма в Западной Европе. М., 1970. С. 27–30.

различных уровней выступает, вообще говоря, в качестве своеобразной юридической универсалии, присущей всем традиционным правовым порядкам мира. Так, у африканского народа баротсе (Замбия) еще в середине прошлого века высший правитель — *литунга* был и верховным собственником земли, которой наделялись на праве производной собственности деревенские вожди. Они же в свою очередь передавали земельные участки в пользование рядовым общинникам. Последние несли за это трудовые и натуральные повинности как в пользу вождя, так и в пользу верховного собственника — *литунги*.⁸² В ряде других раннегосударственных образований Африки власть правителя также вытекала из принадлежащего ему права собственности на землю. Так, например, в южноафриканском государстве Момотапа (VIII–XVIII вв.) правитель (*мвене мутапа*) являлся собственником всех завоеванных земель, а также рудников.⁸³

Показательными являются данные, приводимые исследователями кочевых племен бедуинов и туарегов.⁸⁴ Так, бедуинские шейхи Северной Аравии, будучи носителями права верховной собственности на землю, осуществляли ряд властных полномочий в отношении производных собственников и держателей земли. В частности, им принадлежало право собирать дань с обрабатывающих плодородные земли крестьян-феллахов.⁸⁵ Кроме того, они собирали подати с городских жителей — торговцев, ремесленников, паломников к святым местам и иных лиц, находившихся под их «покровительством».⁸⁶ Аналогичную картину дают и поземельные отношения в традиционных обществах кочевых туарегов.⁸⁷

Все сказанное позволяет сделать вывод о том, что право собственности на землю возникает уже на самых ранних стадиях развития традиционного общества, еще до появления государственности. Это, на наш взгляд, позволяет возразить тем авторам, которые полагают, будто юридический институт права собственности окончательно оформляется лишь в обществах, достигших своей социальной, культурной и политической зрелости. В частности, речь идет об отсутствии в примитивных и раннегосударственных обществах четких юридических различий между правом собственности и владением.⁸⁸

Нам представляется, что в контексте традиционного правового порядка даже и не возникало потребности в разграничении понятий собственности и владения. Отсутствие четкой юридической границы между владением и собственностью объясняется расщепленностью, многоступенчатостью права собственности в традиционном обществе, в связи с чем любой производный собственник являлся по отношению к собственнику верховному лишь своего рода владельцем, обладающим имуществом на основании

⁸² Синицына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978. С. 93.

⁸³ Коновалова И. Г. Средневековый Восток. М., 2007. С. 481.

⁸⁴ Першиц А. И. Некоторые особенности классового образования и раннеклассовых отношений у кочевников-скотоводов // Становление классов и государства / отв. ред. А. И. Першиц. М., 1976. С. 300.

⁸⁵ Burckhardt I. L. Bemerkungen über die Beduinen und Wahaby. Weimar, 1831. S. 95.

⁸⁶ Musil A. Arabia Petrea. Bd. III. Ethnologischer Reisebericht. Wien, 1908. S. 336.

⁸⁷ Lhote H. Les touareg du Haggar (Ahaggar). Paris, 1955. P. 207.

⁸⁸ В частности, такую мысль на материале Египта эпохи Древнего царства (ок. 2778–2220 гг. до н. э. согласно датировке Э. Бикермана) высказывает Ю. Я. Перепелкин (см.: Перепелкин Ю. Я. История Древнего Востока. Зарождение древнейших классовых обществ и первые очаги рабовладельческой цивилизации. Часть вторая. Передняя Азия. Египет / под ред. Г. М. Бонгард-Левина. М., 1988. С. 341).

правомочий, делегированных ему верховным собственником. Высказанные выше соображения подтверждаются, в числе прочего, данными сравнительно-исторического языкознания. Так, в древнеегипетском языке имелось специальное слово (dt), обозначавшее как собственника, так и соответствующее право; на письме это слово передавалось иероглифом змеи.⁸⁹ Подобное выделение всей совокупности объектов, принадлежащих в качестве его достояния частному лицу, и противопоставление этого частного достояния имуществу других лиц и государства не может долгое время осуществляться лишь в плане фактических отношений, оно с неизбежностью предполагает и юридическое свое оформление.⁹⁰

В контексте исследуемой нами проблемы представляется важным отметить многозначность (полисемантизм) мифологемы змеи, а также родственных мифологических образов (например, дракона, саламандры и т. п.), находящихся, как известно, в тесной и непосредственной связи с символикой огня,⁹¹ которая в сознании древних народов устойчиво ассоциировалась с государственной властью.⁹² Примечательно, что существовавшая в традиционной культуре метафорическая связь змеи и огня принадлежит к числу наиболее устойчивых. Подтверждением этому являются как широко распространенные у большинства народов мифологические образы огненных змеев, так и то обстоятельство, что змеи могли использоваться в земледельческих обрядах, включавших в себя ритуал возжигания огня. Так, в частности, по словам Дж. Д. Фрэзера, еще в середине XIX в. в ряде сельских общин Франции крестьяне во время праздника летнего солнцестояния сжигали змей в кострах.⁹³ Подобные мифологические представления являлись универсальными, так как не ограничены рамками отдельных культур, а проявляются в том или ином виде практически по всему миру. Для сравнения достаточно обратиться к религиозным представлениям гватемальских и юкатанских майя, нередко придававших своему верховному богу Итцамне рептильные черты, изображая его в виде огнедышащего Змея-Крокодила.⁹⁴ При этом, как отмечает А. А. Бородатова, теоним Itzam-na, или Itzam-[cit]-nga, имел своей основой корень tz'am, «царский трон»⁹⁵ и изображался на письме соответствующим иероглифом.

Обращаясь к развитым традиционным правопорядкам, мы видим в них повсеместное сохранение права расщепленной собственности на землю, что позволяет отказать от предположения, согласно которому расщепление собственнических прав характерно лишь для эпох зарождения права и государства либо их временного ослабления и децентрализации (подобных феодализму). Так, элементы права расщепленной собственности на землю существовали в античную эпоху в Греции и Риме,

⁸⁹ Перепелкин Ю. Я. Частная собственность в представлении Египтом Старого царства // Палестинский сборник. Вып. 16 (79). М.; Л., 1966. С. 121.

⁹⁰ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. 2-е изд. М., 2002. С. 14.

⁹¹ Мифологический словарь / под ред. Е. М. Мелетинского. М., 1992. С. 222–223, 409.

⁹² См. подробнее: Разуваев Н. В. Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008. С. 186–192.

⁹³ Фрэзер Дж. Д. Золотая ветвь. Исследование магии и религии. С. 612.

⁹⁴ Весьма выразительные изображения такого рода встречаются на фресках из Ошкинтока (Amador Naranjo A. El origen del mundo en Oxxintok // Oxxintok. Madrid, 1969. P. 160–161).

⁹⁵ Бородатова А. А. «Язык суйва»: архаическая загадка в ритуале подтверждения власти у майя XVI в. // Власть в аборигенной Америке. М., 2006. С. 245.

где верховным собственником земли являлась гражданская община, члены которой были производными собственниками участков, выделяемых им из публичного земельного фонда (*γηνα κοινά*; *ager publicus*).⁹⁶ Соответственно этому распределялась и власть между частными собственниками земли (домовладыками) и общиной, чье политическое господство над своими членами ограничивалось властью отца семейства в частных делах в отношении членов семьи.⁹⁷ Представляется, что именно в этом состоит основное значение категорий *ius privatum* и *ius publicum*, в понимании римских юристов.

В римском праве такое разграничение властных полномочий общины и глав семейств получило свое терминологическое оформление в категориях *imperium* и *potestas*. Термином *imperium* обозначалась военно-политическая власть высших республиканских магистратов, тогда как слово *potestas* обозначало власть всех без исключения должностных лиц. Вместе с тем юридическая доктрина придавала данной категории более широкое значение. По определению Ульпиана, его «следует понимать в обобщающем смысле как относящееся и к подвластному сыну, и к рабу».⁹⁸ Таким образом, словом *potestas* обозначались не только полномочия должностного лица, но и власть домовладыки (*patria potestas*), т. е. оно выражало как публично-, так и частноправовое властвование. Важно отметить при этом, что власть отца семейства вытекала из его статуса единственного полномочного собственника совокупного семейного имущества (*familia*).

С понятием *potestas* была связана и другая частноправовая категория — *auctoritas*, которой обозначалась в основном распорядительная власть собственника над принадлежащей ему вещью,⁹⁹ т. е. в отличие от *potestas* это слово не осложнялось никакими публично-правовыми коннотациями. Наличие у лица *auctoritas* позволяло ему исключить из сферы хозяйственного господства любых неуправомоченных субъектов, в особенности чужаков (*hostes*), чем обеспечивались непрерывность и неотъемлемость права собственности.¹⁰⁰ Для того чтобы исключить потенциальную возможность перехода права собственности к чужакам, т. е. лицам, не принадлежавшим к семье, *auctoritas* собственника трактовалась как вечная (*aeterna*).¹⁰¹

Впрочем, в культурно-исторической ситуации, когда даже человек в принципе мог быть уподоблен вещи,¹⁰² действие *auctoritas* распространялось не только на объекты имущественных прав, но и на людей. Так обстояло дело, например, в гражданском и уголовном процессах, где ответчик (*reus*) в случае проигрыша дела оказывался во власти истца, становясь, по сути, имуществом последнего. Не случайно *res* и *reus* в латыни являются

⁹⁶ Савельев В. А. Власть и собственность: юридические аспекты собственности в праве классического периода // Древнее право. 1996. № 1. С. 119.

⁹⁷ См. подробнее об этом в нашей работе: Разуваев Н. В. Специфика государственной власти как основа типологической характеристики античного государства // История государства и права. 2007. № 23. С. 27–30.

⁹⁸ *Ulp.*, 29 ad ed., D. 15, 1, 1, 5: *Potestatis verbum communiter accipientum est tarn in filio qua in servo.*

⁹⁹ Машкин Н. А. Эдикты Августа из Киренаики // ВДИ. 1938. № 3. С. 191.

¹⁰⁰ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. С. 244.

¹⁰¹ См. об этом подробнее: Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. М. 1996. С. 132–133.

¹⁰² Смирин В. М. Патриархальные представления и их роль в общественном сознании римлян // Культура Древнего Рима. М., 1986. Т. II. С. 21 и след.

однокоренными словами, происходящими от одной индоевропейской основы *reH₁-, обозначающей «вещь, имущество».¹⁰³ Истец же, в свою очередь, назывался словом *auctor*, «лицо, обладающее *auctoritas*», из чего с непреложностью явствует, что в процессе истец (обвинитель) противостоял ответчику (обвиняемому) как собственник противопоставит вещи. Любопытно, что сходная семантика прослеживается и в современных европейских языках. Например, английское слово *bailment* обозначает одновременно и освобождение лица из-под стражи на поруки либо под залог, и передачу вещи на хранение.

Отмеченные свойства предопределили трансформацию категории *auctoritas* в эпоху Империи. Уже Август в своих «Деяниях» писал, что с момента установления единовластного правления, имея *potestas* не больше, чем у других магистратов, он превосходил их принадлежавшей ему *auctoritas*.¹⁰⁴ Отсюда фактически следует, что императорская власть в Риме базировалась именно на праве верховной собственности на землю, причем вся территория империи была приравнена к имуществу, находившемуся в личной собственности Августа. Особенно наглядным и осознанным представлением о наличии у императора *aeterna auctoritas* над территорией империи стало в III в. н. э., когда сама эта последняя оказалась подверженной нашествиям извне, со стороны тех, кого римлянам свойственно было считать чужаками и варварами. Отголоски данной идеи встречаются, в частности, на реверсах монет некоторых императоров III в. (Филиппа Араба, Тацита, Проба и др.), где появляются надписи типа *ROMAE AETERNAE*.¹⁰⁵ Наличие у императора права верховной собственности на землю (*dominium directum*), разумеется, не исключало поземельной собственности частных лиц. Последние, однако, все более начинали рассматриваться как собственники вторичные, производные. Недаром именно с конца III в. в юридической терминологии происходит слияние категорий *possessio* и *dominium* с последующим полным вытеснением последней из непосредственного обихода и заменой ее термином *proprietas*.¹⁰⁶ Таким образом, основы формирования средневековой категории права феодальной собственности, предопределившей особенности развития феодальной западноевропейской государственности, были заложены еще в римском праве I–III вв.

Более того, у нас имеются все основания полагать, что право расщепленной собственности на землю лежало в основе традиционного правопорядка и традиционной государственности не только западных, но и восточных народов. Так, в Древней Индии, где право частной собственности было весьма развитым, оно соотносилось с другими формами права собственности, прежде всего общинной и государственной (царской). Индийская доктрина различала также категории собственности (обозначавшейся термином *svarta*) и держания (*bhukti*).¹⁰⁷ Это вполне тождественно разграничению категорий: *dominium* — *possessio* — *detentio (precario)* в римском и средневековом западноевропейском праве. Примечательно,

¹⁰³ Дьяконов И. М. Архаические мифы Востока и Запада. 2-е изд. М., 2005. С. 25–26.

¹⁰⁴ RGDA, p. 34: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri, qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt.*

¹⁰⁵ Ростовцев М. И. Общество и хозяйство в Римской империи. М., 2001. Т. 2. С. 272–273.

¹⁰⁶ Липшиц Е. Э. Право и суд в Византии IV–VIII вв. Л., 1976. С. 55.

¹⁰⁷ Jolly J. *Recht und Sitte: Grundriss der Indo-Arischen Philologie und Altertumskunde*. Strassburg, 1896. S. 90.

что и в Древней Индии царь также считался «господином земли», т. е. ее верховным собственником (см.: Законы Ману VIII, 3, 9), однако непосредственное хозяйственное господство осуществлялось теми, у кого эта земля находилась в «производной собственности». Как верховный собственник земли царь имел право получать шестую часть собираемого урожая в виде налога (Артхашастра I, 13). При этом царь мог передавать право на сбор налогов частным лицам,¹⁰⁸ что весьма напоминает систему, практиковавшуюся в феодальной Западной Европе.

Естественно, что, будучи верховным собственником всего земельного фонда, правитель выступал в качестве непосредственного собственника тех земель, которые входили в царский фонд. Причем эти земли, например, в Древнем Эламе, также передавались частным лицам вместе с теми или иными имущественными правами, позволяя владельцам пользоваться определенными иммунитетами от государственных повинностей. Эти иммунитеты получили широкое распространение на Востоке начиная с IX в. до н. э.¹⁰⁹ Между тем наличие иммунитетов чаще всего сопутствует праву расщепленной собственности на землю, что позволяет нам сделать вывод об окончательном и практически повсеместном распространении данного института в восточном обществе указанной эпохи. Таким образом, получивший теоретическое осмысление в средневековой Европе, институт права расщепленной собственности на землю активно развивается как в западных, так и в восточных обществах древности. Так, для той же Индии историки констатируют наличие двухуровневой иерархии собственности: собственности-суверенитета и производной (податной) собственности.¹¹⁰ Отношения поземельной собственности возникали и укреплялись и в кочевых, скотоводческих обществах,¹¹¹ что также влекло за собой зарождение у них государственности в виде довольно специфических «кочевых империй».

Таким образом, можно прийти к выводу, что *государство в момент своего зарождения является частноправовой категорией*. Последующая эволюция государства, будучи рассмотрена в своем юридическом аспекте, представляет собой *процесс постепенной «публикации» государства, его трансформацию из частноправового в публично-правовой институт*.

¹⁰⁸ Gopal L. On Feudal Polity in Ancient India // Journal of Indian History. 1963. Vol. 41. N 2. P. 40.

¹⁰⁹ История Древнего Востока. Зарождение древнейших классовых обществ и первые очаги рабовладельческой цивилизации. Часть первая. Месопотамия / под ред. И. М. Дьяконова. М., 1983. С. 410–412.

¹¹⁰ Алаев Л. Б. О характере общественного строя в средневековой Индии // Очерки экономической и социальной истории Индии. М., 1973. С. 116–122; Медведев Е. М. 1) О товарно-денежных отношениях в индийском городе второй половины I тысячелетия н. э. // Ближний и Средний Восток. Товарно-денежные отношения при феодализме. М., 1980. С. 142–145; 2) Хартия Вишнушены как источник по истории раннесредневекового города // Древняя Индия. Язык, культура, текст. М., 1985. С. 230.

¹¹¹ Голден П. Б. Государство и государственность у хазар: власть хазарских каганов // Феномен восточного деспотизма: структура управления и власти / отв. ред. Н. А. Иванов и Л. С. Васильев. М., 1993.