

ОТ СОВРЕМЕННОГО *SOFT LAW* К АНТИЧНОМУ *SOFT LAW**

Т. ГЬЯРО**



Томаш Гьяро, doctor habilitis, профессор юридического факультета Варшавского университета (Польша)

Мягкое право — парадоксальное понятие, означающее право, которое не в полной мере обязывает, но в то же время не является полностью неэффективным. История этого понятия начинается лишь с 1970-х гг., когда оно появилось в некоторых устных высказываниях британского юриста лорда Арнольда Дункана Макнейра (1885–1975). Однако предположительная новизна этого явления обязана исключительно исторической неосведомленности современных правоведов. На самом деле еще итальянский философ права Норберто Боббио (1909–2004) уделял значительное внимание тому факту, что средневековому каноническому праву были очень хорошо известны множество оптативов, таких как предупреждения (*responsa*) и советы (*consilia*). Тем не менее уже римское право периода принципата представляло собой мягкое право *par excellence* (по преимуществу). В рамках его обширного сектора «права юристов», состоявшего из различающихся и контрастирующих

мнений (*ius controversum*), которые были дискуссионными и широко обсуждались в правовом сообществе, юридические правила появлялись шаг за шагом в процессе юридического дискурса. Это предполагало допущение их постепенной нормативизации. По существу, римские юридические нормы и правила рассматривались как в большей или меньшей мере обязывающие в зависимости от того, до какой степени они разделялись сообществом юристов. Однако поздняя античность вызвала переход от «права юристов» к статутному праву. Этот период законотворчества закончился лишь с появлением средневековой школы итальянских глоссаторов, которые возродили старую римскую практику предпочтения советов перед командами.

* Перевод с итальянского языка выполнен С. Я. Сомовой (s_somova@mail.ru) под науч. ред. А. Д. Рудокваса (Rudokvas.A@jurfac.spb.ru) для публикации в журнале «Правоведение» с согласия автора по изданию: *Giaro T. Dal soft law moderno al soft law antico // Soft law e hard law nelle società postmoderne / a cura di Alessandro Somma. Torino, 2009. P. 83–100.*

Данная статья легла в основу доклада, прочитанного автором на международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы» (СПбГУ, 27–29 мая 2010 г.).

** Tomasz Giaro — doctor habilitis, Professor of the Law Faculty University of Warsaw (Poland).

E-mail: giaro@uw.edu.pl

© Giaro T., 2009

© Сомова С. Я., перевод на русский язык, Рудоквас А. Д., науч. ред. перевода, 2016

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: мягкое право, твердое право, римское право, *ius respondendi*, *ius controversum*, *responsa*, *consilia*.

GIARO T. FROM THE CONTEMPORARY SOFT LAW TO THE ANCIENT SOFT LAW

Soft law is a paradoxical concept meaning a law which is not fully binding, but on the other hand not fully ineffective. The history of the concept goes back only to the 1970s when it appeared in some oral statements of the British jurist Lord Arnold Duncan McNair (1885–1975). However, the assumptive novelty of this phenomenon is due exclusively to the historical ignorance of contemporary legal scholars. Indeed, the Italian legal philosopher Norberto Bobbio (1909–2004) had already drawn attention to the fact that the medieval canon law knew very well numerous optatives, such as notices (*responsa*) and pieces of advice (*consilia*). Nevertheless, as early as in the principate period the Roman law was the soft law par excellence. In its vast sector of ‘jurists’ law’ consisting of diverse and contrasting opinions (*ius controversum*) which were disputable and disputed in the legal community, the legal rules were emerging step by step in the process of legal discourse. This implied the admission of their gradual normativity. It means that the Roman legal rules were considered more or less binding according to their higher or lower grade of acceptance within the legal community. However, the late antiquity provoked the transition from the “jurist’s law” to the statute law. This period of legislation was terminated with the creation of the medieval school of Italian glossators who resuscitated the ancient Roman practice of giving advice rather than commands.

KEYWORDS: soft law, hard law, Roman law, *ius respondendi*, *controversum*, *responsa*, *consilia*.

1. ПОНЯТИЕ SOFT LAW

Термин *soft law*¹ представляет собой парадоксальное обозначение, поскольку он означает право не обязывающее, но, тем не менее, не лишённое некоторых последствий, по крайней мере в практическом плане. По мерке юридического позитивизма, согласно которому право проистекает из распоряжений законодателя, снабженных санкцией государственного принуждения, *soft law* попросту не является правом. Действительно, в отсутствие как законодательного оформления, так и предписанных процедур, а равно и гарантий исполнения может возникнуть лишь квазиправо — некий результат нереализованной попытки выработать какую-то норму, как это происходит, например, в случае, если международное соглашение не было ратифицировано, а потому и не вступило в силу.

Такое соглашение нужно поместить в карантин, где-то в вестибюле права, где толпяся предложения, проекты, директивы, рекомендации, стандарты, инструкции, резолюции, объявления, программы и заявления. Все эти проявления слабой нормативности — наряду с установками, мнениями, меморандумами, примечаниями, призывами, воззваниями, хартиями прав, руководящими принципами и правилами поведения — ждут законодателя, который мог бы превратить их в действующее право².

¹ *Soft law* (англ.) — мягкое право, *hard law* (англ.) — тяжелое (твердое) право. — Прим. науч. ред.

² *Lasserre V. Les directives europeennes // Vorzimmer des Rechts / Hrsg. R. M. Kiesow, D. Simon. Frankfurt/M., 2006. S. 145 usw.*

История понятия *soft law* относительно недавняя, восходящая к устным высказываниям британского юриста лорда Арнольда Дункана МакНэйра (1885–1975) по вопросам международного публичного права в 1970-е гг.³

Такое происхождение не должно удивлять, так как, во-первых, именно международное право, лишенное как централизованного законодателя, так и исполнительных органов, представляет собой исключительно *soft law*.

Во-вторых, в качестве источника *soft law* упоминается конституция, переполненная декларациями, не имеющими вполне нормативного характера и содержащими принципы, цели и ценности. Точно так же, как градостроительные планы в административном праве, конституция с точки зрения юридического позитивизма является лишь проектом, юридическая действительность которого представляется сомнительной⁴.

В-третьих, *soft law* представляет собой новый способ управления в Европе, в большей или меньшей степени опирающийся на механизм саморегулирования⁵.

Следовательно, *soft law* появляется там, где критерии совершенства правовой нормы высоки, например в международном праве, в котором требуется консенсус всех заинтересованных стран, либо в английском общем праве, где никакой прецедент не может быть установлен помимо какой-либо судебной тяжбы⁶.

В отношении закона *soft law* в настоящее время выполняет следующие функции:

1) функция предвосхищения (предправо), сопровождающая рождение правовых норм из явлений общественной жизни на первичном этапе того развития, которое проходит, начинаясь с обычая, любое право, не навязанное властью⁷;

2) дополнительная функция, или функция толкования, охватывающая «общие оговорки», ссылки на «добрые нравы» и кодексы профессиональной этики, а также прочие отсылки (*law-plus*), важность которых резюмируется в латинской сентенции *Quid leges sine moribus?* («Что такое законы без нравов?»);

3) альтернативная, или заменяющая, функция (*para-law*), которая позволяет обойти возможные недостатки применимого права, предлагая

³ *Distefano M.* Origini e funzioni del soft law // *Lavoro e diritto*. 2003. P. 18; *Wyrozumska A.* Instrumenty międzynarodowe niewiazace prawnie // *Ksiega Eugeniusz Piontek*. Krakow, 2005. P. 610.

⁴ *Achterberg N.* Influenzierende Normen // *Festgabe Ota Weinberger*. Berlin, 1984. S. 490 usw; *Zagrebel'sky G.* Il diritto mite. Torino, 1992. — См. также: *Guastini R.* Dalle fonti alle norme. Torino, 1992. P. 274 ss.

⁵ *Senden L.* Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation // <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html> (accessed: 08.08.2008). — См. также: *Peters A., Pagotto I.* Soft Law as a New Mode of Governance // http://www.eu-newgov.org/datalists/deliverables_detail.asp?Project_ID=04 (дата обращения: 08.08.2008).

⁶ *Gersen J. E., Posner E. A.* Soft Law // <https://law.uchicago.edu/files/pl213pdf> (дата обращения: 08.08.2008).

⁷ *Cantarella E.* Tra diritto e prediritto // *Dialogues d'Histoire Ancienne*. 1987. P. 149 ss.

его адресатам добровольно принять какой-то проект в порядке саморегулирования.

Что касается материи *soft law*, то в него входят:

— политические или этические нормы, включение которых в правовой порядок означает соединение права с моралью;

— продуктивные явления права, влекущие определенные практические и даже юридические результаты, создавая так называемые вторичные обязательства, которые заставляют принимать меры, необходимые для выполнения первичных обязательств⁸.

Хотя речь идет о механизмах, не являющихся строго юридическими, а потому относящихся к категории более низкой по сравнению с *hard law*, являющимся правом по существу, *soft law*, состоящее не столько из экстразаконных средств (*praeter legem*), сколько из подзаконных (*infra legem*), в действительности представляет собой практику, или обычай, который легко может превратиться в обычное право⁹.

Так, Суд первой инстанции Европейских Сообществ имеет обыкновение цитировать Хартию основных прав Европейского Союза, которая до сих пор рассматривается в свете принципов права, общих для стран-участниц, либо в свете внутренних и международных конституционных традиций. Таким образом, происходит трансформация этого судебного обычая в обычное право¹⁰.

Следует упомянуть также призывы, которые обращают иногда к судам стран — участниц Европейского Союза, требуя учитывать судебную практику, имеющуюся в других странах-участницах¹¹.

В области теории права с наступлением *soft law* сочетается растущая популярность мягкого позитивизма (*soft positivism*), который в большей или меньшей степени допускает мораль в качестве критерия действенности права¹².

2. ИСТОРИЯ ВОПРОСА

Хотя понятие *soft law* является относительно новым, однако, согласно предложению Бетти различать имя и вещь¹³, такая новизна не означает непременно новизны самого предмета.

⁸ Caron P. G. Il valore giuridico delle esortazioni del legislatore nel diritto canonico // Studi Vincenzo del Giudice. Vol. 1. Milano, 1953. P. 125 ss. — См. также: Bobbio N. Norma giuridica // Novissimo Digesto it. Vol. 11. Torino, 1965. P. 336.

⁹ Wyrozumska A. Instrumenty miedzynarodowe... P. 611 (mezzi); Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law // European Journal of International Law. 1999. Vol. 10. P. 513 ff. (trasformazione).

¹⁰ Pastore B. Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti // Lavoro e diritto. 2003. P. 7.

¹¹ Lundmark T. Soft stare decisis // Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft / Hrsg. R. Schulze, U. Seif. Tübingen, 2003. P. 161 usw.

¹² Greenberg M. How Facts Make Law // Legal Theory. 2004. Vol. 10. P. 157 ff.; Leiter B. Naturalizing Jurisprudence. Oxford, 2007. P. 121 ff.

¹³ Betti E. D. 42,1,63. Macerata, 1922. P. 216. — См. об этом: Stolfi E. I "diritti" a Roma // Filosofia politica. 2005. P. 384 ss.

Напротив, многие древние правовые явления только недавно получили крещение, например, «топика» Аристотеля в качестве метода, противоположного системному мышлению, открытая Теодором Фивегом; римское представление о праве как практике интерпретации, выдвинутое Рональдом Дворкином; наконец, понятие частичного действия позитивного права, опирающееся на концепцию *auctoritas*, выявленное Францем Гораком в античном «юриспруденциальном праве»¹⁴.

Иными словами, можно было бы даже сформулировать правило, пусть несколько разочаровывающее историков права, что явление прошлого только тогда воспринимается юристами всерьез, когда чем-либо напоминает современный тренд.

Таким образом, исторически наиболее важные юридические явления, значимость которых для современной жизни не признана, остаются в тени до тех пор, пока до них не дотронется волшебная палочка юриста — создателя позитивного права, и тогда они чудесным образом оживают.

Если свести историографию права к подобной функции восстановления памяти, то лишь она способна либо предложить многочисленные оправдания *a posteriori* для тех юридических решений, которые были приняты на основе совершенно иных данных, либо проследить историю современных терминов, идя обратно во времени, чтобы найти их зародыши в прошлом. Так часто поступают в историографии цивилистических догм, отыскивая их корни в древности. При таком подходе к исследованию историк берет на себя неблагодарный труд постоянно напоминать современным правоведам, в духе раввина Бен Акибы, что все уже было, а потому провозглашаемые ими новинки всего лишь кажутся таковыми. К сожалению, в случае с *soft law* это именно так: речь идет о подобной новинке, объявляемой таковой лишь в силу исторической неосведомленности современных юристов. В действительности же эта новинка давно существует.

Следовательно, *soft law* — новое название древнего феномена, так же как, например, лизинг¹⁵ и некоторые другие понятия, получившие названия на английском языке, который в наши дни играет роль латыни. Теория императивности права, возникшая в середине XIX в., согласно которой национальный законодатель признавался единственным творцом права, более или менее соответствовала реально существовавшим юридическим системам лишь до первых лет по окончании Второй мировой войны.

До этого недолгого периода даже в области законодательства преваляло понятие правомерности, определявшейся через представление об обычном или об общеупотребительном¹⁶.

Такое понятие, очевидно, соответствовало нормативности смягченного типа, что, однако, не было осмыслено на уровне теории ввиду ис-

¹⁴ Giaro T. Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und romische Rechtsgeschichte // Recherche dedicate a Filippo Gallo. Vol. 3. Napoli, 1997. P. 511 ss. — О понятии «топика» см.: Otte G. Die historische Topik und ihre Rezeption // Orbis Iuris Romani. 2006. S. 141 usw.

¹⁵ Zoz M. G. Fondamenti romanistici del diritto europeo. Torino, 2007. P. 43 ss.

¹⁶ Simon T. Geltung // Rechtsgeschichte. 2005. Bd. 7. S. 100 usw.

чезновения самого явления как предмета. Таким образом, тема *soft law* возникла только как вторичный результат кризиса позитивизма, который (согласно формуле Бентама «То, что не является кодексом, не есть право») сосредоточил свое внимание на жесткой нормативности кодекса, предполагая, что создание права есть исключительно проявление национального суверенитета¹⁷.

Текущий процесс декодификации, осмысленный также в 1970-е гг.¹⁸, приблизительно в то же время, когда начались разговоры о *soft law*, приводит к деградации кодекса благодаря специальным законам, а также при помощи доктрины и судебной практики и не в последнюю очередь — конституции.

Конституционные принципы действительно содержат своеобразное мягкое право, нацеленное на нормативный плюрализм и политический компромисс¹⁹.

Во избежание превращения истории права в цепь ошибок и недомолвок следует подчеркнуть, что юридический позитивизм, в настоящее время с полным правом разоблаченный как истинная мифология²⁰, в свое время складывался как нечто реальное и плотное, но постепенно эта реальность истощилась в ходе столь же реальных процессов декодификации и глобализации, которые свергли национального законодателя с пьедестала²¹.

Впрочем, в англосаксонской системе, для которой характерны *fairness* (справедливость) и *reasonableness* (разумность), *soft law* всегда занимало значительное место в юридической культуре, даже оставаясь «неназванным»²².

3. ПРОРОЧЕСТВО НОРБЕРТА БОББИО

Эпоха юридического позитивизма даже на континенте переживала неожиданные приливы *soft law*. Самый известный случай — «некодифицированный кодекс» 1928 г., применявшийся венгерскими судами в качестве «убедительного» источника права вплоть до 1960 г., когда в силу вступил первый гражданский кодекс Венгрии²³.

Однако подобные аномалии без труда были упрятаны в кабинет юридических редкостей. Современное массивное наступление *soft law* являет собой другую сторону тех процессов, которые настоятельно тол-

¹⁷ Sacco R. *Antropologia giuridica*. Bologna, 2007. P. 91 ss.

¹⁸ Irti N. *L'età della decodificazione*. 4^a ed. Milano, 1999 (первое издание — 1978 г.).

¹⁹ Zagrebelsky G. *Il diritto mite*. P. 11.

²⁰ Grossi P. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano, 2001.

²¹ Morawski L. *Pozytywizm twardy, pozytywizm miękki // Ius et Lex*. 2003. P. 327 ff.

²² Izdebski H. *Granice prawa jako instrument kształtowania standardów zachowań // Profesjonalizm w administracji publicznej / a cura di A. Debicka et al. Białystok, 2004. P. 84.*

²³ Gonczi K. *Kontinuität und Wandel im ungarischen Rechtssystem // Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen / Hrsg. T. Giaro. Frankfurt/M., 2007. S. 80 usw.; Giaro T. *L'Occidente in Oriente // Scritti per Gennaro Franciosi. Napoli, 2007. P. 1096 ss.**

кают, с одной стороны, к декодификации, а с другой — к европеизации и глобализации. Эти процессы, отнимающие полномочия у национальных властных органов, протекают главным образом в секторах международного и транснационального права, в которых отсутствует признанный законодатель. Сверх того, кодифицирующий позитивизм лишил прежнюю юриспруденцию ее компетенции в области правотворчества в той сфере, где такое правотворчество протекало именно по правилам *soft law*. Согласно с рассуждением Густава Гуго, юриспруденция разделилась *in partes tres* (лат. на три части): на историю, философию и юридическую догматику, каждая из которых значительно ослаблена в плане креативности²⁴.

С точки зрения доктрины, наступление *soft law* заставляет отказаться от позитивистского концептуального аппарата, прежде всего от его главного постулата, согласно которому проводится четкое отделение нормативного предписывающего текста от научного комментария, имеющего чисто описательный характер.

Доктринальное *soft law*, которому удается убеждать с помощью уговоров и советов, должно отвергнуть пригрезившееся юридическому позитивизму правоведение, игнорирующее ценностный подход к праву, заменяя его своего рода переизданием античного «правоведения» — *ius prudentia*. В ходе исследований онтологического статуса советов, исходящих от совещательных органов, Норберт Боббио почти полвека тому назад со всей очевидностью предсказал, что логики и аналитики восстаноят в правах этот тип аргументации и что в таком случае «он, скорее всего, будет принят за нечто новое ввиду того, что исследователи данного типа несколько глухи, вольно или невольно, к истории»²⁵.

Так и случилось. *Soft law* ныне воспринимается как исключительная новинка постмодернистской юридической систематики, которой предстоит соединиться с примитивным *hard law* эпохи модерна²⁶, становясь в научном плане открытием, обязанным своим появлением недавней вспышке гения более осторожной доктрины. Глухотой по отношению к истории, которую отмечал Боббио, обычно считается незнание римского права. Правда, история *soft law* начинается не с Рима, а уже с древней Месопотамии. Самым выдающимся памятником ему, в действительности, служит кодекс, изданный царем Хаммурапи в XVIII в. до н. э., в котором не только в прологе и эпилоге, но и в нормативной части содержатся многочисленные предписания без соответствующих санкций. Таковы не только нормы относительно цен и содержания определенных контрактов, но даже предписания об особой защите некоторых должников, а также многочисленные предписания по вещному и семейному праву и праву наследования²⁷.

²⁴ Marini G. L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giuspositivismo tedesco. Milano, 1969. P. 162 ss.

²⁵ Bobbio N. Comandi e consigli // Raccolta Arturo Carlo Jemolo. Vol. 4. Milano, 1963. P. 75.

²⁶ Izdebski H. Granice prawa... P. 81.

²⁷ Harke D. Das Sanktionensystem des Codex Hammurapi. Wurzburg, 2007. S. 13 usw.

Однако следует напомнить, что так называемые вавилонские кодексы служили прежде всего отчетами царей перед богами, предупреждениями населению и призывами к наследникам идти по пути справедливости. Если говорить об их нормативной силе, то неизвестно, были ли разработаны эти кодексы, о применении которых в судебной практике последующих времен не сохранилось никаких сведений, как законодательные акты либо оказались скорее просто отрывками литературных или научных текстов²⁸.

Они могли быть представлены как результат предшествовавшей судебной практики самого царя, которая, в свою очередь, могла отразить ранее утвердившееся обычное право²⁹.

Столь же часто исследователи настаивают, что основной целью издания вавилонских кодексов была своеобразная саморепрезентация царя, а нормативная часть была только идеальной моделью³⁰.

4. РИМСКОЕ SOFT LAW

Методология канонического права с давнего времени включает в себя разного рода пожелания, в особенности призывы и советы³¹. Латинским термином *consilia* (советы) обозначались мнения, подобные *responsa* (ответам) римских юристов, оставленные современникам и потомкам и обнародованные представителями европейской юридической догматики, начиная с так называемых средневековых комментаторов. В силу того что такое мнение находится на грани повелительности³², этот тип «юриспруденциального» права отличается мягкой нормативностью. Однако именно в качестве в основном *soft law* должно быть охарактеризовано римское частное право эпохи принципата, так называемое классическое право, которое при более пристальном анализе демонстрирует, насколько оно далеко от повелительности, свойственной юридическому позитивизму эпохи кодексов³³.

В частности, в секторе, свободном от авторитарной нормативности и состоявшем по большей части из противоречивых мнений юристов (*ius controversum*), процесс формирования *communis opinio* (общего мнения

²⁸ *Selb W.* Antike Rechte im Mittelmeerraum. Wien, 1993. S. 141; *Wesel U.* Geschichte des Rechts. München, 1997. S. 83.

²⁹ *Westbrook R.* The Nature and Origins of the Twelve Tables // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung. 1988. P. 86 ff; *Stepien M.* Kodeks Hammurabięgo. Warszawa, 2000. P. 59 ss.

³⁰ *Renger J.* Noch einmal: Was war der "Kodex" Hammurapi? // Rechtskodifizierung und soziale Normen / Hrsg. H.-J. Gehrke. Tübingen, 1994. S. 27 usw.; *Pfeifer G.* Die Gesetze des Königs Hammurapi // Examinatorium Rechtsgechichte / Hrsg. M. Schmoeckel, S. Stolte. Köln, 2008. S. 3 usw.

³¹ *Caron P. G.* Il valore giuridico...; *Bobbio N.* Comandi e consigli... P. 75 ss.; *Sobanski R.* Metodologia prawa kanonicznego. Katowice, 2004. P. 39 s.

³² *Bobbio N.* Comandi e consigli... P. 98.

³³ *Masi Doria C.* Praetor is, qui ius... dabit summum // Studii Luigi Labruna. Napoli, 2007. P. 323 s.

доктрины) означал постепенную позитивизацию римского права путем «юриспруденциального» дискурса.

Римское «юриспруденциальное» право вместе с английским *judge made law* (судебным правотворчеством) относится к числу открытых правовых систем, противопоставленных континентальным системам, закрытым посредством кодификации³⁴.

Хотя римское право разделяет с английским правом его казуистический характер, оно, тем не менее, отличается от него как раз своей противоречивой природой. Не имея формальной иерархии, типичной для национальных судебных систем, «юриспруденциальное» право опирается только на личный авторитет отдельных юристов. Уже три знаменитых основателя римской юриспруденции полемизировали в 30–40-е гг. II в. до н. э. относительно права собственности на ребенка, родившегося от рабыни, находившейся в узупрукте (*Cic. fin. 1. 12*)³⁵. В этом смысле кажется ложным представление о римском праве как о мраморном памятнике, символизированное законодательством Юстиниана, названным впоследствии *Corpus Iuris Civilis* (Свод гражданского права), которое всем своим положениям придало одинаковое значение закона. Право эпохи принципата напоминало скорее строительную площадку в разгар работы, в нем было полным-полно инструментов слабой нормативности, таких как рекомендации, советы и предложения.

Тот общеизвестный факт, что римская юриспруденция никогда не стремилась выработать единого понятия правовой нормы³⁶, может объясняться слишком большим разнообразием свойственных ему нормативных суждений, отличавшихся от стандартных форм приказа³⁷.

Однако почти такую же феноменологию незавершенной нормативности можно наблюдать в римском публичном праве.

Несмотря на отсутствие писаной конституции Рим всегда обладал правовым порядком (*Staatsordnung*) и государственной практикой (*Staatspraxis*), преимуществом которых, по удачному выражению Кристиана Мейера, была некоторым образом «развивающаяся конституция»³⁸.

³⁴ Zoz M. G. *Fondamenti romanistici...* P. 35 s. — Ср.: *Vincenti U.* *Giustizia e metodo.* Torino, 2005. P. 3 s.

³⁵ Здесь и далее ссылки на античные источники (в том числе на источники римского права) даются в тексте статьи по общепринятой с XIX в. и по настоящее время системе сокращений, предполагающей возможность найти соответствующее место источника по любому изданию текста (в том числе по изданию его перевода с латыни на любой другой язык). Описание этой системы см., напр.: *Дыдынский Ф. М.* *Латинско-русский словарь к источникам римского права: по изданию 1896 г. М.: Спарк, 1998. С. 11–13. — Прим. науч. ред.*

³⁶ *Giuro T.* *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung.* 1994. S. 70.

³⁷ *Melillo G.* *La giurisprudenza romana tra le sistematiche e la riflessione economica // Studia et documenta historiae et iuris.* 2005. P. 565 ss.

³⁸ *Kunkel W., Wittmann R.* *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik.* München, 1995. S. XIV, 15. — О выражении Мейера см.: *Guarino A.* *La democrazia a Roma.* Napoli, 1979. P. 20.

Анализ подобного рода, проведенный недавно относительно генезиса и структуры античного международного права, подтверждает сказанное Аристотелем (*Politica* II. 5.14, 1269a, 20–21), по мнению которого любая правовая норма не может гарантировать себе подчинения иначе, чем через обычай (*ethos*)³⁹.

Подход римлян к проблеме нормативности имел также в некотором смысле аналогичный эмпирический характер: нормы рассматривались прежде всего с их фактической стороны и выражались глаголом *solere* (иметь обыкновение, обыкновенно случаться) в индикативе⁴⁰.

Этот глагол со всей очевидностью выдает происхождение от обычая многих юридических институтов, например усыновления, основание которого в соответствующем разбирательстве «обычно устанавливается» (*quaeri solet*) (*Cic. dom.* 36) и отчуждения недвижимости, каковая «обычно подлежит манципации» (*solent mancipari*) (*Gai.* 1.121)⁴¹.

Такие институты превалировали в общей картине частного права, которое поэтому можно определить не как искусственно созданное, а как (подобно римской конституции) поступательно развившееся благодаря постепенным и осторожным поправкам к традиции. Органический рост римского права проявился, кстати, в стилистической сдержанности юридического языка. Императив употреблялся только в принятых народным собранием законах, а нормативная часть преторского эдикта и *senatus consulta* (постановлений сената), как правило, ограничивалась менее категоричной формой конъюнктива в настоящем времени. В императорских конституциях императив встречался только в рескриптах, направлявшихся магистратам, например в рескриптах Адриана (*D.* 42.1.33) и Антонина Пия (*Ulp. coll.* 3.3.3)⁴².

5. «РАЗВИВАЮЩИЙСЯ» ПРАВОПОРЯДОК

Из всех источников власти римского правового порядка, развивавшегося по нарастающей, несомненно, императивный и принудительный характер имел только закон, принятый народным собранием. Со своей традиционно приказной формулой требования к судебным органам о проведении определенных процессуальных действий *velitis iubeatis* («Постановите и одобрите») (*Gell.* 5.19.9) закон в качестве парадигмы сильной нормативности исполнял функцию меры силы для всех остальных источников права.

Несмотря на это, даже обязательность законов, принятых народным собранием, с самого начала была небесспорной. На самом деле законы чаще всего касались особых случаев, связанных с отдельными лицами,

³⁹ *Norr D.* 1) *Aspekte des römischen Völkerrechts.* München, 1989; 2) *Die fides im römischen Völkerrecht.* Heidelberg, 1991. S. 29.

⁴⁰ *Giario T.* *Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio // Marriage / a cura di Z. Sluzewska, J. Urbanik.* Warszawa, 2005. P. 84 ss.

⁴¹ *Giario T.* *Diritto come prassi // Studii Luigi Labruna.* Napoli, 2007. P. 2236 s.

⁴² *Wieacker F.* *Römische Rechtsgeschichte.* Bd. 1. München, 1988. S. 280 usw.; *Giario T.* *Römische Rechtswahrheiten.* Frankfurt/M., 2007. S. 201 usw.

иногда они не предусматривали санкций (*leges imperfectae*) и до издания закона Публилия 399 г. до н. э. нуждались в ратификации со стороны сената (*auctoritas patrum*).

Постепенно юридическая сила была признана за римскими законами, регулирующими отношения в сфере публичного права, впрочем, опять же с учетом возможности постепенной утраты ими принудительной силы ввиду долгого их несоблюдения на практике⁴³.

Большая часть республиканских законов, таких как законы XII Таблиц и закон Аквилія, сохраняли силу до конца эпохи принципата, однако зачастую не применялись в их буквальном значении⁴⁴.

Таким образом, длительное сохранение ими законной силы компенсировалось утратой их нормативности. В рамках римского правопорядка, в котором в поздний период республиканского строя и в начале императорской эпохи доминировали обычное и «юриспруденциальное» право, немногочисленные законы, утвержденные народным собранием, выполняли чисто вспомогательную роль.

Законы, лишенные по сравнению с обычаем инновационных элементов, были признаны излишними уже во времена республиканских юристов, таких как Квинт Муций Понтифик (Pomp. D. 49.15.5.3)⁴⁵.

Нормативность экстралегальных источников власти, появившихся только в более позднее время, очень долго оставалась неопределенной, превращая римское право в правопорядок, отличавшийся, с одной стороны, плюрализмом нормотворческих факторов, не упорядоченных посредством писаной конституции, а с другой — превалированием обычного права и юриспруденции (доктрины).

Незначительное распространение авторитарного права сочеталось с низкой степенью его нормативности, которая медленно вырабатывалась практикой правоприменения на основе политической власти отдельных творцов права.

Постановления сената (*senatus consulta*) были лишь рекомендациями с особым содержанием, адресованными обладавшим юрисдикцией магистратам. Эдикт был просто программой преторской юрисдикции, состоявшей из лаконично выраженных обещаний предоставления мер правовой защиты, которые часто сводились к общим оговоркам, таким как *causa cognita* (по выяснении дела) и *iusta causa* (правомерное основание), а также процессуальных средств их реализации исключительно примерного характера, которые требовали адаптации к конкретным случаям. Преторский эдикт превращается в нормативный акт только в начальный период принципата, о чем свидетельствует уже само упоминание моральных пред-

⁴³ Подробнее см.: *Giario T.* Romische Rechtswahrheiten. S. 202 usw. — Об утрате нормой силы ввиду ее неприменения на практике (*desuetudo*) см.: *Waldstein W., Rainer J. M.* Romische Rechtsgeschichte. 10. Aufl. München, 2005. S. 116; *Wieacker F.* Romische Rechtsgeschichte. Bd. 2. München, 2006. S. 80 usw.

⁴⁴ *Flach A.* Fortgeltung des Zwölf Tafelrechts. Frankfurt/M., 2004.

⁴⁵ *Giario T.* Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz // *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*. 1987. S. 49.

писаний (*praecepta*), которые, по мнению Сенеки, принуждали бы своих адресатов так же, «как эдикт» (Ер. 94.47)⁴⁶.

Несмотря на это, преторское право оставалось по существу юрисдикционным обычаем претора, который «имел обыкновение» предоставлять определенные юридические средства защиты, такие как иски (Gai. 4.69; 4.112) или интердикты (Gai. 4.148)⁴⁷.

Такую же чисто фактическую юридическую силу имели с самого начала и императорские рескрипты, после инкорпорации эдикта императором Адрианом принявшие на себя ту функцию адаптации гражданского права к меняющимся условиям гражданского оборота, которую ранее выполняло преторское право. Издание рескриптов определенного содержания описывалось римскими юристами в эмпирическом стиле, подобном стилю, в котором описывался преторский эдикт, т. е. с употреблением глагола «иметь обыкновение» (*solere*)⁴⁸.

Речь шла о конкретных процессуальных решениях, применимость которых в аналогичных случаях была неопределенной⁴⁹.

Императорское право и право «юриспруденциальное», в конце концов, оба содержавшие в себе одну и ту же казуистику, обильную, но слабо упорядоченную, цитировались наравне в таких выражениях, как фраза Трифонина «*placuit et rescriptum est*» (принято и определено рескриптом) (D. 27.1.44.2) или выражение Марциана «*iuris civilis ratione et constitutionibus cautum*» (установлено общими принципами гражданского права и конституциями) (D. 35.1.33 pr). Напротив, Ульпиан иногда объяснял свое *placet* с помощью отсылки к императорскому законодательству, например «*ut est et constitutum*» (как и установлено (конституцией принцепса)) (D. 4.4.3.1) или «*ut est rescriptum*» (как предписано рескриптом) (D. 38.16.1.1), приводя в некоторое равновесие юриспруденцию и канцелярию.

6. AUCTORITAS КАК ОСНОВА ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ

Кроме самого понятия правовой нормы, в Риме не было и соответствующего термина для обозначения юридической силы права. Эту функцию выполнял глагол *valere* (иметь силу) как в литературных (Cic. leg. 2.23; Gell. 17.7.3), так и в юридических источниках (Gai. 3.122; Ulp. D. 17.2.29.1; D. 47.12.3.5), но только в исключительных случаях, а использование Гаем выражения «принимает силу закона» (*legis vicem optinere*) подтвердило отсутствие понятия законной силы⁵⁰.

⁴⁶ Wieacker F. Romische Rechtsgeschichte. Bd. 1. S. 463, 471. — См. также: Giaro T. Romische Rechtswahrheiten... S. 203.

⁴⁷ Giaro T. Problemi romani... S. 84 usw.

⁴⁸ Giaro T. Diritto come prassi... S. 2241 usw.

⁴⁹ Vacca L. La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Torino, 1989. P. 65 ss.; Wieacker F. Romische Rechtsgeschichte. Bd. 2. S. 75 usw.; Giaro T. Romische Rechtswahrheiten... S. 203 usw.

⁵⁰ Giaro T. 1) Geltung und Fortgeltung... S. 66 usw.; 2) L'art de comparer les cas // Studia et documenta historiae et iuris. 1994. P. 510.

Единственным термином, применявшимся ко всем источникам права, была *auctoritas*⁵¹.

Это чисто римское понятие, квинтэссенция аристократического общества позднего республиканского периода, прекрасно выражает идею слабой нормативности, заключая в себе не властную компетенцию, но просто способность убеждать. Как свидетельствует Тацит, народные собрания германцев следовали за своими предводителями скорее в силу «авторитета убеждения» (*auctoritas suadenti*), нежели из-за «власти приказа» (*iubendi potestas*) (Germ. 11.5). В Риме так же *auctoritas* отграничивалась и от *potestas* (Cic. Pis. 8; leg. 3.28; Mon. Ancyr. 34), и от *imperium* (Cic. Cat. 37; Liv. 1.7.8), и от *ius* (Cic. leg. 2.31), но термин ассоциировался скорее с простым советом (*consilium*) (Cic. rep. 2.14; Phil. 1.1).

Таким образом, в эпоху принципата римская юриспруденция постепенно признала власть отдельных творцов права, ссылаясь на «авторитет народа» — *auctoritas populi* (Gai. 1.98), авторитет преторов (Gai. 3.224), сената (Gai. D. 7.5.2.1; Pomp. D. 1.2.2.12), принцепса (Tryph. D. 41.1.63.4) и сведущих юристов (*prudantium*) (Pap. D. 1.1.7 pr.)⁵².

Авторитет права (*auctoritas iuris*) приписывался как законодательству (Pap. D. 50.1.15 pr), так и юриспруденции (Pomp. D. 1.2.2.49; Pap. D. 40.7.36) и обычному праву (Paul. D. 1.3.36).

Некая определенная *auctoritas* соотносилась с отдельными источниками права, т. е. с законами (Ulp. D. 24.2.11.1; Marci. D. 48.16.1.4), постановлениями сената (*senatus consulta*) (Ulp. D. 27.9.9; Marci. D. 47.22.3.1), с эдиктами наделенных юрисдикцией магистратов (Sev.-Ant. C. 2.1.3; I. 1.2.7), с императорскими конституциями как в форме «декретов» (Pap. D. 36.1.52), так и «рескриптов» (Ulp. D. 48.22.7.10), а также, наконец, с судебными решениями нижестоящих инстанций, упоминающимися в источниках, будучи снабженными *auctoritas*, в виде либо *rei iudicatae* (Call. D. 1.3.38; Maec. D. 36.1.67.2), либо *sententiae* (Mod. D. 48.2.18; Al. C. 7.64.1)⁵³.

Мягкое понятие *auctoritas* в качестве краеугольного камня римского суждения об источниках права весьма подходит для юриспруденции (доктрины). Именно как *auctoritas*, которая Цицероном приписывается «экспертам права» (*iuris periti*) (top. 28), а Папинианом — «сведущим» юристам (*prudentes*) (D. 1.1.7 pr.), была определена интерпретация права, лишенная какой-либо опоры в законе, подобно гражданскому праву Помпония (D. 1.2.2.12), состоявшему из одного только толкования «без записи» (*sine scripto*). С этим последним слилась юридическая сила обычного права, которое, чтобы быть определенным, всегда нуждалось в интерпретации. Юриспруденция, притом что она при случае принимала за основание юридической силы обычного права «волю» (*voluntas*) или «народное согласие»

⁵¹ Brunt P. A. The Fall of the Roman Republic. Oxford etc., 1988. P. 321 ff.; Domingo R. Auctoritas. Barcelona, 1999.

⁵² Stolff E. Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani // Rivista di Diritto Romano. 2001. P. 42 s.

⁵³ Giaro T. Romische Rechtswahrheiten... S. 205 usw.

(*consensus populi*)⁵⁴, определила их как факторы, которые проявлялись эволюционным путем. Юлиан по этому поводу говорил о «введенном нравами и обычаем» (*moribus et consuetudine inductum*) (D. 1.3.32 pr), Гермоген — об «одобренном долгим обычаем» (*longa consuetudine comprobata*) (D. 1.2.35)⁵⁵.

Так же, как правовые институты воспринимались в их обычном реальном виде, юриспруденция определялась римлянами как обычная интерпретация, например, в высказывании Помпония «Мы имеем обыкновение интерпретировать более человечно» (*humanius interpretari solemus*) (D. 35.1.112.2) или в высказывании Ульпиана «установлено... что обычно определяется» (*constat... quod definiri solet*) (D. 24.1.5.8). Следовательно, еще более, чем современная наука права, римская юриспруденция представляла собой диффузную законодательницу, которая упорно игнорировала предупреждение Сенеки «*iubeat, non disputet*» (пусть приказывает, а не рассуждает) (Ер. 94.38). Двойная интеллектуальная и авторитарная природа мнения юриста отразилась в игре слов у Цицерона, в которой в результате достижения уважения благодаря дарованию автора (*ingenio auctore*) отвечавшие обрели силу «скорее авторитета, чем дарования» (*auctoritate plus quam ingenio*) (de or. 1.198). Принципиально декларативная природа ответа юриста, признанная Цицероном во фразе «что следует ответить» (*quod oportet respondere*) и противопоставленная *ius controversum* (Mur. 28), сохранилась и в начале принципата до введения «права ответа» (*ius respondendi*), которое, между прочим, имело единственной целью привести в порядок хаотическую практику юридических консультаций последнего периода республиканской эпохи (Pomp. D. 1.2.2.49)⁵⁶.

7. ИНДУКТИВНАЯ ДЕЙСТВЕННОСТЬ

Нормативный эффект ответов авторитетных юристов (*responsa*), которые в отличие от властных источников уже Цицерон (de or. 1.239; Planc. 62) оценивал как истинные или ложные⁵⁷, оставался привязанным к их познавательному смыслу. Как ответы юристов в эпоху республики, так и ответы, оставленные юристами, наделенными «правом ответа» (*ius respondendi*), имели силу исключительно для определенного процесса и только в случае, со всей очевидностью описанном императором Адрианом, когда наблюдалось полное согласие юрисконсультов (Gai. 1.7)⁵⁸.

⁵⁴ Behrends O. Die Gewohnheit des Rechts // Die Begründung des Rechts / Hrsg. D. Willoweit. München, 2000. S. 95 usw.; Landolt P. L. Naturalis obligatio. Köln, 2000. S. 191 usw.; Cascione C. Consensus. Napoli, 2003. P. 129 ss.

⁵⁵ Stolfi E. Recensione a Dovere // De iure. Gerion, 2002. P. 748 ss.; Dovere E. De iure. 2^a ed. Napoli, 2005. P. 43 ss.

⁵⁶ О *ius respondendi* см.: Talamanca M. Pomp. sing. ench. D. 1,2,2,49 // Studii Luigi Labruna. Napoli, 2007. P. 5499 ss.

⁵⁷ Подробнее см.: Giaro T. Dogmatische Wahrheit... S. 34, nt. 106. — См. также: Marci. D. 40.5.50.

⁵⁸ Kaser M. Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Wien, 1986. S. 19; Stolfi E. Per uno studio... P. 40 ss.

При повторном рассмотрении уже ранее решенного вопроса римский юрист, однако же, не был привязан ни к сформировавшейся судебной практике, ни к общему мнению (*communis opinio*) своих коллег, ни даже к своим собственным ранее высказанным мнениям.

Если уже юристы позднего этапа республиканской эпохи часто представлены в источниках в качестве тех, кто «обычно утверждает» (*soliti dicere*)⁵⁹, то это объясняется тем, что даже нормативность согласованных ответов (*responsa*) объяснялась только в индуктивном порядке. То же справедливо для императорских рескриптов, которые, будучи плохо архивированы и плохо опубликованы⁶⁰, тем не менее повторялись для увеличения их обязательности.

В отличие от законов, но точно так же, как рескрипты, ответы авторитетных юристов часто (*Ulp. D. 40.4.9 pr*) или очень часто (*saepissime*) данные по одинаковым проблемам (*Diocl. C. 5.14.6*), не считались излишними. Напротив, ввиду того что непостоянство (*inconstantia*) ставит под сомнение авторитет (*Cic. Ac. 2.69*), Квинт Муций в деле Курия подчеркнул, что его отец всегда (*semper*) защищал определенную позицию (*Cic. Brut. 197*), а Гай в своем комментарии к эдикту настаивал, что «старые» юристы решили некую проблему достаточно определенно (*satis constanter*) (*D. 28.5.32 pr.*)⁶¹.

Ту же роль для усиления действенности играли восхваления собственного постоянного, такие как у Юлиана «часто обращал внимание» (*saepe animadverti*) (*D. 37.5.6*) или «часто отвечаем» (*saepe respondimus*) (*D. 50.16.201*); у Ульпиана «никогда не сомневался» (*numquam dubitavi*) (*D. 7.1.17.3*), «всегда одобрял решение Лабеоны» (*semper Labeonis sententiam probavi*) (*D. 5.1.18.1*; *D. 23.1.9*); а также у Павла — «всегда одобрял решение Юлиана» (*semper probavi Iuliani sententiam*) (*D. 19.1.43*). А потому Ульпиан мог завершить свой отчет, содержащийся в комментарии к брачным законам Августа, словами «так очень часто писал Юлиан» (*ita Iulianus saepissime scribit*), а предлагая свое суждение о действительности этой интерпретации — «и этим правом мы пользуемся» (*eoque iure utimur*) (*D. 37.14.16 pr.*).

Бинарный код «действительный — недействительный», вероятно, мог бы применяться в некой гипотетической, уже завершенной юридической системе чисто позитивистского характера⁶², но римский правопорядок в эпоху принципата находился в состоянии постоянной реконструкции. Напротив, ход его эволюции, базировавшийся на принятии выдвинутых отдельными юристами нормативных предложений со стороны всего сообщества интерпретаторов, сделал практически неиспользуемым различие права и его познания. Констатация действенности какой-либо нормы

⁵⁹ *Giuro T. Diritto come prassi...* P. 2247.

⁶⁰ См. из последних работ: *Zoz M. G. Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza.* Trieste, 2007. P. 200.

⁶¹ Об этих текстах см.: *Wieacker F. Romische Rechtsgeschichte.* Bd. 1. S. 497, nt. 34; 592, nt. 107.

⁶² *Peters A., Pagotto I. Soft Law...* P. 6 ff.; *Giuro T. Romische Rechtswahrheiten...* S. 591, 595.

и интерпретационное определение ее содержания, скорее, смешивались, как это обычно происходит в сфере автономной этики, лишенной какой бы то ни было вертикальной структуры⁶³.

Это требовало наличия постепенно растущей нормативности, которая исходила, впрочем, уже из самого характера «юриспруденциального» ответа, особенно предупреждающего типа, каким являлся простой совет⁶⁴.

И напротив, современная романистика различает (по-видимому, слишком схематично) противоречивое право и непротиворечивое право, при этом преувеличивая до некоторой степени важность первого⁶⁵.

Понятие «противоречивое право» (*ius controversum*), известное Цицерону (Mur. 28: off. 3.91), Квинтилиану (7.6.1) и Геллию (12.13.3), оказывается на самом деле чуждым тем юристам, которые, будучи далеки от какого бы то ни было релятивизма, предполагают наличие лишь одного справедливого решения, достижимого в ходе дискурсивной догматизации. Расхожее представление о нем стоит во главе «юриспруденциальной» традиции, определяющей *sententia*, принятую интерпретативным сообществом, как использованную (*qua utimur*) (D. 35.2.49 pr.), а отклоненное решение — как неиспользованное (*nec utimur*) (D. 20.6.6.2)⁶⁶.

Консенсус означает в юриспруденции, ввиду того что она есть специальная отрасль знания, общее согласие всех экспертов (*omnes periti*), упомянутое уже Алфеном Варом (D. 8.5.17.1), а впоследствии в виде выражений *ab omnibus* (всеми) и *vulgo receptum* (общепринято) — Нерацием и Папинианом соответственно (D. 19.1.11.8; D. 22.1.2).

В диахроническом измерении консенсус распространяется на несколько предыдущих поколений, как, например, у Цицерона, который цитирует в качестве действующего права (*habeo ius pontificium*) (leg. 2,52) практику III в. до н. э., восходящую к Тиберию Корунканию⁶⁷.

8. РАСПРЕДЕЛЕННАЯ НОРМАТИВНОСТЬ

Степень полноты достигнутого согласия в «юриспруденциальных» текстах традиционно уточнялась посредством сопряжения глагола «представляется» (*placet*) со словами «некоторым» (*quibusdam*) (Gai. 2.243; 4.66; Ulp. D. 43.13.1.6) и «большинству» (*plerisque*) (Gai. 2.7; D. 29.1.17.4).

⁶³ Giaro T. Geltung und Fortgeltung... S. 88.

⁶⁴ Lombardi L. Saggio sul diritto giurisprudenziale. Milano, 1967. P. 17 ss., 62 ss.; Bretone M. Storia del diritto romano. Roma; Bari, 1987. P. 161 s., 214; Wieacker F. Romische Rechtsgeschichte. Bd. 1. S. 554 usw.

⁶⁵ Giaro T. 1) Über methodologische Werkmittel der Romanistik // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung. 1988. S. 260, nt. 297; 2) Geltung und Fortgeltung... S. 75. — Однако см.: Talamanca M. Pubblicazioni pervenute // Bulletin dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja". 1989–90. P. 869 s.

⁶⁶ Тексты в: Giaro T. Diritto come prassi... P. 2249; Stolfi E. Per uno studio...

⁶⁷ Giaro T. Romische Rechtswahrheiten... P. 214.

То же относится и к выражениям «некоторым представлялось» (*quibusdam placuit*) (Gai. 4.29) и «большинству представлялось» (*plerisque placuit*) (Gai. 2.208; Iul. D. 43.20.4; D. 39.3.3pr.).

Простое выражение «представляется» (*placet*) практически совпадало с обобщающими выражениями «всеми представляется» (*omnibus placuit*) у Павла (D. 3.3.61; D. 16.2.21) либо «знатокам представляется» (*prudenter placet*) или «представлялось» (*placuit*) у Юлиана (D. 28.6.31), Папиниана (D. 17.1.54 pr.) и Ульпиана (D. 50.1.6.2), хотя у Гая выражение «но представляется» (*sed placet*) (D. 19.2.2.1) в его работе «*Res cottidianae*» («Повседневные дела») должно было бы соответствовать более точному выражению «но большинству представлялось» (*sed plerisque placuit*) (Gai. 3.147) в его же «Институциях».

По этой причине выражения «представляется» (*placet*) или «представлялось» (*placuit*) и «решено» (*receptum est*), использованные Гаем (Gai. 3.160) и Папинианом (D. 40.5.23.3) в качестве синонимов, означали общепринятые мнения юристов.

Ввиду того что только такие мнения рассматривались в качестве действующего права, им всегда было необходимо одобрение говорящего, легитимированного отвергнуть традиционные нормы, что придавало римскому «юриспруденциальному» праву гибкий характер⁶⁸.

В пределах еще недогматизированного права, которое Макс Казер называл «рождающимся»⁶⁹, принцип согласия уступил, следовательно, процедуре оценки, основанной на мнении большинства⁷⁰.

Так, Яволен (D. 29.2.62 pr) и Помпоний (D. 32.85) отвергли отдельные суждения Лабейона с помощью простой формулы: «(но) мы пользуемся иным правом» (*(sed) alio iure utimur*), а Гай таким же образом поступил с высказываниями Сабина, Сервия и Прокула (Gai. 2.154; 3.179; 4.163).

Незначительность роли, отводившейся в юриспруденциальном дискурсе личному авторитету, подтверждается многочисленными анонимными цитатами «некоторых лиц» (*quidam*); среди них Ульпиан упоминал иногда (D. 4.2.14.5; D. 5.3.13.8) знаменитых юристов, которых он сам очень ценил, например Юлиана. Недавний авторитет Помпония с его «*Enchiridium*» («Руководство») и Прокула (D. 1.2.2.52), а равно авторитет Туберона Младшего решительно отвергал Цельс (D. 33.10.7.2).

В таком свете оправдание многих решений исключительно цитатами из «многих авторов» (*multi auctores*) (Cic. Саес.)⁷¹, высмеянное Цицероном как поборником научной юриспруденции (Ep. 7.10; 7.17), должно быть приписано причинам, отличным от обычной для римлян веры в авторитет.

⁶⁸ Подробнее см.: *Giario T. Diritto come prassi...* P. 2258 s.

⁶⁹ *Kaser M. Romische Rechtsquellen...* S. 36 (*werdendes Recht*). — В то же время для *M. Talamanca* всякое «юриспруденциальное» право по своей природе противоречиво (*Talamanca M. 1*) *Pubblicazioni pervenute // Bulletin dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*. 1988. P. 761; 2) *Pubblicazioni pervenute...* 1989–90. P. 872; *D'Ippolito F. Del fare diritto nel mondo romano*. Torino, 2000. P. 125).

⁷⁰ *Giario T. Diritto come prassi...* P. 2251.

⁷¹ *Giario T. Romische Rechtswahrheiten...* S. 228 (*Autoritatsglaubigkeit*).

В эпоху Цицерона, лишённую какой бы то ни было «охраны законов» (*legum custodia*) (leg. 3,46), подобные цитаты значительно упрощали определение той нормы, которую следовало применить. Особенно цитаты, составленные по схемам Ульпиана «у него говорится» (*relatum est apud aliquem*) (D. 4.4.16.1; D. 11.5.1.3; D. 28.5.35.3; D. 39.3.3 pr); «есть некое высказывание» (*exstat sententia alicuius*) (D. 39.2.15.12; D. 42.4.7.16; D. 43.20.1.17; D. 44.4.4.8), прежде всего сообщали информацию о содержании источников самого древнего «юриспруденциального» права, служа историческими свидетельствами более, чем свидетельствами догматическими⁷².

В этом плане Помпоний вспоминал (D. 1.2.2.35) великих республиканских юристов, которыми римское право (*iura*) было не только создано (*orta*), но и передано (*tradita*), подчеркивая, что труды Квинта Муция стали известны только через записи Сервия Сульпиция (D. 1.2.2.42), точно так же, как труды некоторых его учеников стали известны через записи Ауфидия Намуза (D. 1.2.2.44).

Труды старших коллег служили для римского юриста, следовательно, скорее источником познания, а не источником создания права. Цитаты не заменяли рациональную мотивацию, излишнюю для действующего права, но представлявшую, однако, единственное возможное доказательство «юриспруденциальной» традиции, включённой в текущую практику. Эта функция цитирования получает подтверждение в той манере, в которой юриспруденция толковала императорское законодательство. Система, где не происходила публикация рескриптов, хотя они и были главным источником права с эпохи правления Адриана, заставляла юристов цитировать их в основном по сообщениям коллег, включая чисто устные и даже просто полученные понаслышке⁷³.

Консульский декрет Атея Капитона о браке между патроном и вольноотпущенницей был процитирован Ульпианом с использованием выражения «говорят... постановил» (*fertur decrevisse*), а следовательно, равным образом по косвенной традиции (D. 23.2.29)⁷⁴.

9. ОТ АНТИЧНОГО *SOFT LAW* К СОВРЕМЕННОМУ *SOFT LAW*

Тот факт, что «юриспруденциальные» авторитеты так же мало связывали римского юриста, как и судебные прецеденты, не снижает значения той роли, которую играли авторитеты для юридического дискурса в чисто практическом плане. Тем не менее согласие большинства оставалось решающим фактором. Несмотря на почтение, которое Ульпиан выказывал по отношению к Юлиану⁷⁵, юрист из Тира упоминал далее, что, с одной сторо-

⁷² *Giuro T.* Prawda i autorytet w jurysprudencji rzymskiej // *Schedae Iuridicae Universitatis Jagellonicae*. 1989. P. 29 ss.

⁷³ *Giuro T.* Diritto come prassi... P. 2243 s.; *Zoz M. G.* Le costituzioni imperiali... P. 197 s.

⁷⁴ *Waldstein W.* Operae libertorum. Stuttgart, 1986. S. 165; *Masi Doria C.* Matrimoni e tresche libertine // *Marriage / a cura di Z. Sluzewska, J. Urbanik.* Warszawa, 2005. P. 126 s.

⁷⁵ Подробнее см.: *Giuro T.* Prawda... P. 36, nt. 29; *Stolfi E.* Per uno studio... P. 7, nt. 29.

ны, «многие другие» (*alii plerique*) последовали за Юлианом (D. 2.14.10.2), а с другой — его мнение «отмечено многими» (*a multis notata*) (D. 5.1.16).

В плане действительности оставался нетронутым коллективный авторитет юриспруденции в ее полноте, который лишь иногда подменялся, как в одном отрывке Марциана, перечислением отдельных авторитетов: «Лабеон написал... Требацию представляется... это мнение и Помпоний одобряет... с чем и Юлиан согласен» (*Labeo scribit... Trebatio placere... quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est*) (D. 18.1.45).

Подобным же образом Ульпиан доложил, что неопределенность относительно определения срока действия легатов по предоставлению содержания была рассеяна пятью юристами, т. е. это сделали «Лабеон, и Сабин, и Цельс, и Кассий, и Юлиан» (*Labeo et Sabinus et Celsus et Cassius et Iulianus*) (D. 36.2.12.1), а в другом месте (FV. 75.3–4) он защищал Юлиана от объединенной оппозиции в лице Марцелла, Маурициана, Папиниана, Нерация и Помпония⁷⁶.

Упоминание мнения коллег обычно не сочеталось с употреблением каузальных союзов «так как» (*quia*) и «потому что» (*quoniam*), за исключением высказываний Ульпиана «потому что и Сцевола» (*quoniam et Scaevola*) (D. 4.4.11.1) и «так как и Юлиан» (*quia et Iulianus*) (D. 13.4.2.6). Чаще использовались менее четкие выражения типа «как и» (*ut et*), «а потому» (*idque*), «и таким образом» (*et ita*) либо «что и» (*quod et*)⁷⁷.

Иногда Ульпиан использовал менее определенных союзы и союзные слова «ведь» (*enim*) (D. 36.4.5.29), «поэтому» (*etenim*) (D. 7.1.23.1), «ибо» (*nam*) (D. 7.2.1.3), «ибо и» (*nam et*) (D. 2.11.4.5), которые можно понимать в иллюстративном значении «то есть».

В одном его суждении оценка стандартной формулой: «решение, одобренное рескриптом (конституцией)» (*sententia rescripto (constitutione) comprobata*) (D. 35.1.7 pr.; D. 37.5.5.6; Coll. 12.7.6) — дополнена личной оценкой «и это справедливо, поскольку установлено, что» (*et merito, constat enim...*) (D. 28.6.2.4), чем Ульпиан отметил преобладание «юриспруденциального» права.

Используя лексику *hard law* и *soft law*, можно сказать, что это означает победу слабой нормативности над нормативностью сильной.

В эпоху поздней античности произошел знаменитый переход от казуистического «юриспруденциального» права к праву законодательства. Уже в правление Диоклетиана (284–305 г. н. э.) были составлены полуофициальные компиляции, ознаменовавшие государственную монополию на правотворчество, которая полностью завершила свое формирование при Константине Великом (306–337 г. н. э.)⁷⁸.

⁷⁶ Stolfi E. Per uno studio... P. 12 ss.; Giaro T. Romische Rechtswahrheiten... S. 224, 493 usw., 509 usw.

⁷⁷ Подробнее см.: Giaro T. 1) Prawda... p. 36, nt. 31; 2) Diritto come prassi... p. 2256.

⁷⁸ Vincenti U. La tendenza verso la codificazione nell'esperienza giuridica romana dei secoli IV–VI D. C. // L'eredità dell'Europa / a cura di C. Tugnoli. Bologna, 1997. P. 27 ss.

Переход к законодательному авторитаризму, однако, отделил глубоким рвом право от юриспруденции, которая окончательно разделилась на анонимное управление юстицией, доверенное императорским канцеляриям, и доктрину, заключенную в стенах восточных школ правоведения.

Эти школы, предназначенные исключительно для сохранения наследства римской юриспруденции, воспринимаемого в качестве действующего права, культивировали чисто пассивное его изучение под вывеской классицизма⁷⁹, пока компиляция Юстиниана в силу своей претензии на полноту (Const. Tanta. 12) не довершила упразднение всех предшествовавших источников права.

Первые запрещения интерпретации, объявленные Константином, были повторены затем Юстинианом, который, провозглашая себя единственным «как создателем, так и толкователем» законодательства (*tam conditor quam interpres*) (C. 1.14.12.5), запретил его толкования (*interpretationes*), дискредитировавшие себя как «порчу» (*perversiones*) (Const. Tanta. 21)⁸⁰.

Таким образом, прекратила свое существование старинная дилемма двойственного статуса интерпретаций, связанная с нормативным плюрализмом и превалированием обычного права, модальности существования которого в республиканскую эпоху распространились также на право, исходящее от источников власти. Наступила эпоха законодательства, заключенного в системе сильной нормативности, продолжавшаяся вплоть до того времени, когда «юриспруденциальное» *soft law* возродилось в школе болонских глоссаторов.

Настоящее время, давно пребывающее в посткодификационной эпохе, ознаменовано отступлением *hard law*. И наоборот, в том, что касается исторических исследований, признав важную роль *soft law* в действующем праве, романистика может спокойно приступить к его открытию в прошлом.

References

- Achterberg N. *Influenzierende Normen. Festgabe Ota Weinberger*. Berlin, 1984.
Behrends O. *Die Gewohnheit des Rechts. Die Begründung des Rechts*. Hrsg. D. Willoweit. München, 2000.
Betti E. *D. 42, 1, 63*. Macerata, 1922.
Bobbio N. *Comandi e consigli. Raccolta Arturo Carlo Jemolo*. Vol. 4. Milano, 1963.
Bobbio N. *Norma giuridica. Novissimo Digesto it.* Vol. 11. Torino, 1965.
Bretone M. *Storia del diritto romano*. Roma, Bari, 1987.
Brunt P. A. *The Fall of the Roman Republic*. Oxford etc., 1988.
Cantarella E. *Tra diritto e prediritto. Dialogues d'Histoire Ancienne*. 1987.
Caron P. G. *Il valore giuridico delle esortazioni del legislatore nel diritto canonico. Studi Vincenzo del Giudice*. Vol. 1. Milano, 1953.

⁷⁹ *Wieacker F.* *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. 2. S. 263 usw.

⁸⁰ *Ibid.* S. 300.

- Cascione C. *Consensus*. Napoli, 2003.
- D'Ippolito F. *Del fare diritto nel mondo romano*. Torino, 2000.
- Distefano M. Origini e funzioni del soft law. *Lavoro e diritto*. 2003.
- Domingo R. *Auctoritas*. Barcelona, 1999.
- Dovere E. *De iure*. 2nd ed. Napoli, 2005.
- Flach A. *Fortgeltung des Zwolftefelrechts*. Frankfurt/M., 2004.
- Gersen J. E., Posner E. A. *Soft Law*. Available at: <https://law.uchicago.edu/files/pl213pdf> (accessed: 08.08.2008).
- Giario T. Diritto come prassi. *Studii Luigi Labruna*. Napoli, 2007.
- Giario T. Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz. *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoia"*. 1987.
- Giario T. Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts. *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. 1994.
- Giario T. L'art de comparer les cas. *Studia et documenta historiae et iuris*. 1994.
- Giario T. L'Occidente in Oriente. *Scritti per Gennaro Franciosi*. Napoli, 2007.
- Giario T. Prawda i autorytet w jurysprudencji rzymskiej. *Schedae Iuridicae Universitatis Jagellonicae*. 1989.
- Giario T. Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio. *Marriage*. A cura di Z. Sluzewska, J. Urbanik. Warszawa, 2005.
- Giario T. Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und römische Rechtsgeschichte. *Ricerche dedicate a Filippo Gallo*. Vol. 3. Napoli, 1997.
- Giario T. *Römische Rechtswahrheiten*. Frankfurt/M., 2007.
- Giario T. Über methodologische Werkmittel der Romanistik. *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. 1988.
- Goncz K. Kontinuität und Wandel im ungarischen Rechtssystem. *Modernisierung durch Transfer zwischen den Weltkriegen*. Hrsg. T. Giario. Frankfurt/M., 2007.
- Greenberg M. How Facts Make Law. *Legal Theory*, 2004, vol. 10.
- Grossi P. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano, 2001.
- Guarino A. *La democrazia a Roma*. Napoli, 1979.
- Guastini R. *Dalle fonti alle norme*. Torino, 1992.
- Harke D. *Das Sanktionensystem des Codex Hammurapi*. Würzburg, 2007.
- Hillgenberg H. A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10.
- Irti N. *L'età della decodificazione*. 4^a ed. Milano, 1999.
- Izdebski H. Granice prawa jako instrument kształtowania standardów zachowań. *Profesjonalizm w administracji publicznej*. A cura di A. Debicka et al. Białystok, 2004.
- Kaser M. *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*. Wien, 1986.
- Kunkel W., Wittmann R. *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*. München, 1995.
- Landolt P. L. *Naturalis obligatio*. Köln, 2000.
- Lasserre V. Les directives européennes. *Vorzimmer des Rechts*. Hrsg. R. M. Kiesow, D. Simon. Frankfurt/M., 2006.
- Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford, 2007.
- Lombardi L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 1967.
- Lundmark T. Soft stare decisis. *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Hrsg. R. Schulze, U. Seif. Tübingen, 2003.
- Marini G. *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giuspositivismo tedesco*. Milano, 1969.
- Masi Doria C. Matrimoni e tresche libertine. *Marriage*. A cura di Z. Sluzewska, J. Urbanik. Warszawa, 2005.
- Masi Doria C. Praetor is, qui ius... dabit summum. *Studii Luigi Labruna*. Napoli, 2007.

- Melillo G. La giurisprudenza romana tra le sistematiche e la riflessione economica. *Studia et documenta historiae et iuris*. 2005.
- Morawski L. Pozytywizm twardy, pozytywizm miękki. *Ius et Lex*. 2003.
- Norr D. *Aspekte des römischen Volkerrechts*. München, 1989.
- Norr D. *Die fides im römischen Volkerrecht*. Heidelberg, 1991.
- Otte G. Die historische Topik und ihre Rezeption. *Orbis Iuris Romani*. 2006.
- Pastore B. Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti. *Lavoro e diritto*. 2003.
- Peters A., Pagotto I. *Soft Law as a New Mode of Governance*. Available at: http://www.eu-newgov.org/datalists/deliverables_detail.asp?Project_ID=04 (accessed: 08.08.2008).
- Pfeifer G. Die Gesetze des Königs Hammurapi. *Examinatorium Rechtsgechichte*. Hrsg. M. Schmoekel, S. Stolte. Köln, 2008.
- Renger J. Noch einmal: Was war der "Kodex" Hammurapi? *Rechtskodifizierung und soziale Normen*. Hrsg. H.-J. Gehrke. Tübingen, 1994.
- Sacco R. *Antropologia giuridica*. Bologna, 2007.
- Selb W. *Antike Rechte im Mittelmeerraum*. Wien, 1993.
- Senden L. *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation*. Available at: <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html> (accessed: 08.08.2008).
- Simon T. Geltung. *Rechtsgeschichte*, 2005, Bd. 7.
- Sobanski R. *Metodologia prawa kanonicznego*. Katowice, 2004.
- Stepien M. *Kodeks Hammurabi*. Warszawa, 2000.
- Stolfi E. I "diritti" a Roma. *Filosofia politica*. 2005.
- Stolfi E. Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani. *Rivista di Diritto Romano*. 2001.
- Stolfi E. Recensione a Dovere. *De iure*. Gerion, 2002.
- Talamanca M. Pomp. sing. ench. D. 1,2,2,49. *Studia Luigi Labruna*. Napoli, 2007.
- Talamanca M. Pubblicazioni pervenute alla Direzione. *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoia"*. 1989–90.
- Talamanca M. Pubblicazioni pervenute. *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoia"*. 1988.
- Talamanca M. Pubblicazioni pervenute. *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoia"*. 1989–90.
- Vacca L. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. Torino, 1989.
- Vincenti U. *Giustizia e metodo*. Torino, 2005.
- Vincenti U. La tendenza verso la codificazione nell'esperienza giuridica romana dei secoli IV–VI D.C. *L'eredità dell'Europa*. A cura di C. Tugnoli. Bologna, 1997.
- Waldstein W. *Operae libertorum*. Stuttgart, 1986.
- Waldstein W., Rainer J. M. *Römische Rechtsgeschichte*. 10. Aufl. München, 2005.
- Wesel U. *Geschichte des Rechts*. München, 1997.
- Westbrook R. The Nature and Origins of the Twelve Tables. *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. 1988.
- Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. 1. München, 1988.
- Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. 2. München, 2006.
- Wyrozumska A. Instrumenty międzynarodowe niewiazace prawnie. *Ksiega Eugeni-usz Piontek*. Krakow, 2005.
- Zagrebel'sky G. *Il diritto mite*. Torino, 1992.
- Zoz M. G. *Fondamenti romanistici del diritto europeo*. Torino, 2007.
- Zoz M. G. *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*. Trieste, 2007.