

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

УДК 340.15

**М.В. БАЙТЕЕВА,**

*кандидат юридических наук, доцент*

*Казанский юридический институт*

*Российской правовой академии Министерства юстиции РФ*

### **РЕЦЕПЦИЯ РИМСКОГО ПРАВА И СТАНОВЛЕНИЕ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЫ В СИСТЕМЕ РОМАНО-ГЕРМАНСКОГО ПРАВА**

*В данной статье автор рассматривает основные этапы и характер влияния римского права на становление и развитие публичной сферы в континентальной системе права Европы. В статье также проводится сравнительный анализ противоречивых отношений между обычным и публичным правом в период рецепции в различных европейских странах.*

В процессе развития общества и государства политика играет решающую роль. Она не просто определяет их субъективную оценку, но и нередко использует для ментальной ориентации общества. Именно политика является ключевым фактором разделения публичной и частной сферы для выделения особого пространства "общего" интереса. С исторической точки зрения этот процесс не был закономерным или естественным, а развивался параллельно с рецепцией римского права, которая способствовала централизации государственной власти.

Эпоха становления публичного права, где были наиболее ощутимы элементы римских идей и оформление ими местных правовых институтов, началась примерно в XII в., сыграв ключевую роль в истории Европы. Процесс церковных реформ, которые провели Каролинги с помощью Бонифация, нередко сравнивали с подготовкой плацдарма для последующей централизации власти римско-католической церковью, что одновременно привело к бурному развитию и обособлению протестантизма [1, с. 16–34].

Путь к контролю государства над правом был начат через реформирование юстиции, так как практическая забота правосудия о справедливости обеспечивала обязанность подданных подчиняться власти. В начале рецепции римского права правовой порядок континентальной Европы развивался в направлении создания конкурирующих судов. Хотя определение подсудности регулировалось позже центральной властью, под влиянием римского права был сформирован смешанный процессуальный порядок, решающее значение в котором приобрело стремление к принятию независимых решений самоуправляемыми территориями. Пестрая поверхность судопроизводства Западной Европы базировалась вначале на индивидуальном характере спорных дел, исходя из приоритетов обычного права, принципов справедливости и учета частных интересов. В спорных случаях между сословиями и властью отдельных земель прибегали к услугам третейских судов, а чрезвычайный характер спора мог быть основанием созыва народного собрания. Поэтому появ-

ление государственных центральных судов, применявших римское право, вело к эрозии интересов местного самоуправления государственной властью [2; 3].

Старое судопроизводство создавалось как иммунитетам, так и земельным господством, которые означали власть в смысле защиты своих подданных, что оформляло "рассеянное" и неконтролируемое правосудие по всей территории, без обозначения топографических границ, в противоположность государственным судебным округам [2; 4]. "Старый" суд не спрашивал, имеет ли истец свободу или личные владения, а иммунитет защищал всех лиц, которые находились внутри границ земли без учета территориальной принадлежности субъектов [5, с. 47].

Различия между старым открытым судопроизводством и "закрытым" в форме судебных округов стали причиной узурпации власти. Судопроизводство в них развивалось в двух плоскостях. С одной стороны, судопроизводство определялось образованием "внутренних" норм и частным процессом, возникавшим из договорных отношений между сторонами споров и имевшим в основе обычное право. В этой плоскости изначально регулировались практически все отношения, вплоть до уголовного права. С другой стороны, это право было противопоставлено процессу, который оформлял плоскость внешних отношений и требовал признания центральной властью, стремившейся ограничить любые формы частного влияния. Вследствие этого новое судопроизводство стало для многих "закрытым", поскольку позитивное право стало регулировать процессуальный порядок в форме признания подсудности в пределах определенных территорий. Таким образом, территория централизованного европейского государства строилась не на объединении территорий отдельных земель, а на оформлении власти судебных округов.

Подчинение юстиции оказалось более простым делом, чем контроль над материальным правом, поскольку право (*jus*) уже с раннего Средневековья понимали как совокупность законов (*lex*) и устно передаваемых обыкновений (*mos*). Используя теоретические труды римских

юристов, папство стремилось закрепить то право, которое наиболее отвечало его интересам, что привело к признанию только писаных источников. Процесс разграничения писаного и неписаного права был начат еще в Риме, поэтому начиная с XIII в., писаное право окончательно оформило свой статус "*jus positivum*" и стало означать право, признанное авторитетом власти [6]. Изначально римское право признавалось как продукт правотворчества народа Рима, это послужило основанием для построения спекулятивных конструкций в различных политических теориях, соединявших понятия "суверенитет" и "высший авторитет". С этого времени началось наполнение понятия "суверенитет" сомнительным, с точки зрения всеобщего признания, содержанием о полноте и неограниченности власти государства, где право стало результатом признания закона господствующей власти [3, с. 297–299].

Сегодня уже никто не сомневается в правах государства на монополию законотворчества и применение права. Хотя по генезису и своему назначению право было аналогично другим социальным нормам, ему повезло гораздо меньше в объятиях политики континентальной Европы и оно потеряло свой независимый статус. Централизация государственной власти не просто подчинила право и юстицию, она определила их особую роль в обществе, оформив постулат о том, что право есть средство власти. Поскольку для обеспечения суверенитета государству была необходима монополия на принуждение, это привело к введению запрета на применение самозащиты, которая олицетворяла границы поддержания правового мира. Таким образом, главным фактором, изменившим ход правовой истории, стал контроль государства над правом, обеспечивший возможность создавать и применять право в предсказуемом направлении, делая его послушным власти [7, с. 22].

Примерно с середины XVIII в. стало признаваться, что все право, исходящее от государства, является политическим правом, что фактически означало: "публичное" становится политическим через его связь с властью. Од-

нако нельзя было игнорировать тот факт, что даже внутри "публичных" отношений, их развитие могло происходить и из частной сферы, что потребовало определения различий политических отношений от неполитических. Начиная с 1783 г., после издания сочинений о естественном праве Херфнером и Мартини, в официальном употреблении появился термин "публичное право" как перевод римского *jus publicum* [6, с. 220–222]. Авторы обосновывали, что принятие законов имеет политическую природу, которая никак не связана с естественным правом. Хотя естественное право ими не упразднялось, оно было очевидным образом оттеснено на задний план. "Естественное право обосновывает естественную необходимость создания человеческих союзов, а следовательно, и создание государства", – писал Мартини [6, с. 223].

Естественное право начало подвергаться ревизии еще с С. Пуффендорфа. Многие в содержании естественного права отклонялось от общих, обозначенных в юридической науке тенденций. Прежде всего, это касалось добровольности отношений, свободы лица в определении своих обязательств, взаимность отношений, регулируемых договором. Однако вследствие рецепции римского права, право оказалось "замкнутым" на государстве, что позволило государству возвышаться над обществом. Так, право человека на естественную свободу, имевшую источником естественное право *jus naturale*, стало противопоставляться праву общества *jus sociale*, которое, в свою очередь, рассматривалось как продукт государства. Обозначилась четкая тенденция рассматривать право *jus civile* как право эмансипированного общества, достигшего состояния государственности [8]. Поскольку естественное право и право государства имели различные источники, но первое зависело от второго в своей реализации, это определило необходимость их объединения. Это позволило А. Шлёцеру рассматривать закон как вторжение государства в жизнь каждого в целях достижения "общего" блага [9].

Сторонники римского права, начиная с Г. Гуго, обосновали необходимость государ-

ственной защиты права через процесс, который совместно с конституционным правом должен быть частью публичного права [10]. После того как уголовное право, процессуальное право и административное право были объединены в публичное право, образовалась особая закрытая сфера, государству потребовались особые полномочия на принуждение. "Суверен – это тот, кто может обязать всех других через подчиняющий порядок", – писал Г. Геллер [11, с. 16]. Таким образом, по мнению О. Эрлиха, частное право, охватывающее сферу регулирования, которая была лишена собственного обеспечения и защиты, закономерно попало в зависимость от публичного права [6, с. 227–228].

Отделение публичной сферы от частной и перенос из второй в первую процессуального и уголовного права происходили очень болезненно для правовой науки. Дискуссии, сопровождавшие этот процесс, носили подчас ожесточенный характер, но имели скорее не теоретическое, а практическое значение, сопровождавшее кодификацию законодательства. "Перетягивание" ряда частноправовых отношений в государственную сферу объяснялось весьма просто: существование самостоятельной сферы с собственными источниками права, с собственным материальным и процессуальным обеспечением создавало конкурирующую силу, которая не вписывалась в понятие "суверенитет", и составляло прямую угрозу монополии власти государства [3; 6; 7]. Поэтому понятие государственного права во взаимосвязи с властью *majesties* давали такие известные юристы, как Гундлинг, Ахенваль, Шмальц, и с конца XVIII в. стало традиционным считать *jus publicum* правом государства и многие др. [12].

Единодушного признания деления на сферы частного и публичного права еще не было, но всеми признавалось, что первая сфера образуется из частных интересов отдельных лиц, а вторая – из общих интересов государства и общества. В 1789 г. Г. Гуго стал подчеркивать, что деление на публичную и частную сферу можно вывести только из отношений, которые они регулируют. Но его ссылка на Рим имела весьма слабые аргументы. В Риме не было сек-

тора, который можно было назвать государственным, а земля делилась на муниципальную, которой владели горожане, и экзимированную, где преобладали крестьянские общины. Между III и V вв. стало традиционным так называемое "магнатское" землевладение, при котором в руках собственников были сосредоточены административная и судебная власть [13]. "В области идеологии власть долго пыталась сохранить древние полисные культы, а христианство было сильно своим отрицанием этнических и сословных перегородок (по апостолу Павлу, "нет ни эллина, ни иудея, ни свободного, ни раба"), организованностью, щедрой взаимопомощью и помощью другим", – писал И.М. Дьяконов [14, с. 84].

Все это наводило на мысль, что противопоставление государственной и частной сферы являлось фактическим противопоставлением интересов, обосновывающих претензии на монополию центральной власти, которой в Риме никогда не было. Если бы в Риме *jus publicum* опиралось на принуждение, оно бы вступило в конфликт с обычным правом, традиционно занимавшимся применением права. Значение рецепции римского права состояло в том, что принуждение облачили в особую форму, благодаря которой не нужно стало "искать" истину в праве, надо было только применять уже имеющееся. На месте "живого" и гибкого права появился трафарет, который с помощью отработанной техники стал применяться в различных ситуациях.

Если рассматривать законодательство как средство, которое служит только для достижения целей, то оно превращается в догматизированное право, лишенное жизни. "В современном государстве публичные службы как бы дублируют родительскую власть, над неспособными к самостоятельным действиям и ответственности детьми. Национализация договорного права, трудовых отношений, контроль частной сферы являются примером экспансии государства", – писал О. Эрлих [6, с. 243]. Однако ни расширение сферы вторжения государства в жизнь общества, ни существование публичного права не "снимает" жизнь частного

права, а границы между ними стирает сама реальность.

Конечно, власть государства в условиях суверенитета, при осуществлении своих задач, постоянно нуждается в праве. Это происходит потому, что "политическая точка зрения помещает право в телеологическую цепь, то есть ряд целей и средств. Построение иерархии в этой цепи требует дифференциации и создания особых условий для власти. Поэтому наиболее сильным моментом власти становится контроль над правом и монополия на принуждение. Деление жизни общества на публичную и частную сферу создало особое пространство власти, где позитивное право устранило ее конкурентов. Обозначение этих тенденций отразило готовность власти образовывать свои политические институты [3, с. 9]. "Формальная пара "публичное – частное" было лишь отрицанием частного, и значение этой формулы может быть определено только через историю изменения значения "публичное", – подчеркивал О. Бруннер [15, с. 146–147].

Окончательное разделение на публичную и частную сферу было оформлено в правовом порядке XIX в. с помощью понятия "суверенитет". Носитель суверенитета, существовавший до эпохи абсолютизма, всегда имел противопоставленный суверенитет народа, умаление которого приводило к революционным переменам в политической жизни общества. Через делегирование власти государство не просто оторвалось от традиционного общества с его естественно-правовым основанием частного права. Оно оформило интересы власти в закрытой сфере публичной жизни, ставшей недоступной для общества. "Все политические союзы, в которых не усматривалась личность государства, были отнесены к частноправовым структурам общества", – подчеркивал О. Бруннер [15, с. 148].

Понимание суверенитета в духе Нового времени стало предпосылкой создания единой государственной власти, которая подчинила сферу определенной территории, где проживали подданные, называемые народом государства. Государственная территория, народ государства

и государственная власть стали тремя основными понятиями современного учения о государстве. Хотя формально публичная сфера принадлежала всем, кто создавал государство, она стала недостижимой вследствие делегирования суверену власти. Принцип такого делегирования превратился в сущностный принцип организации государства, изменив содержание понятия "политика".

Практически незатронутой рецепцией осталась в Европе лишь Англия, что позволило ей сформировать систему права, принципиально отличную от континентального права. Хотя можно говорить об определенном практическом аспекте влияния рецепции, выразившемся в сохранении властного стиля предписаний, обозначенного термином "*civil law*", это сделало необходимым только изучение в Англии римского права. В отличие от континентальной Европы, Англия никогда не задавалась вопросом об основе существования государства, поскольку протестантизм, соединенный со светской властью, делал излишним отстаивание суверенитета. И если на континенте история концентрировалась на средствах легитимации власти и политических институтах государства, то в Англии задачи истории состояли в поддержании континуитета обычного права. Такой континуитет, подчеркивали Э. Вильямс и Э. Барнет, оформлялся через интерпретацию фактов и обстоятельств, где интересы власти как бы отодвигались на задний план [16].

Многие юристы связывают рецепцию с необходимостью "рационализации" старого обычного права Европы и объясняют этот процесс повторяющимися в истории аналогиями унификации национального права. В частности, вспоминают процесс гомогенизации французского обычного права в XV в., без учета того, что рационализация права, в этом смысле, была противоположна национализации, поскольку связывалась с необходимостью трансформации традиционно-символических идей в рационально-систематические, которые поздней рецепции так и не удалось [17]. Благодаря рецепции произошло закрепление центральной власти в светских и религиозных сферах жизни

общества и право обособилось от других социальных норм [3]. Вместе с тем, через рецепцию римского права произошло ухудшение правового положения многих социальных групп. Римское право неизбежно влекло кодификацию, где "общее" снимало "отдельное" в интересах. Поэтому, например, в восточных немецких территориях были закрыты специальные доступы в суды крестьянству, поскольку регулирование многих аграрных вопросов стало осуществляться на основе признания правового статуса субъектов.

Наиболее негативная сторона рецепции римского права затронула социально-правовую сторону жизнь общества, поскольку она оформила в праве обществе следующие тенденции:

- возник процесс ослабления правового сознания;
- был потерян смысл "живого" права через введение в него номинализма и формализма;
- право стало доступным только профессиональным юристам [18, с. 24].

В результате рецепции римского права в континентальной системе права обозначилась общая тенденция подчинения права власти. Именно этот процесс, как подчеркивает Э. Кассирер, питает сегодня прогрессирующую экспансию государства и ведет к трансформации власти, которая, начав развиваться в поздней античности, достигла своей кульминации в наше время [19].

#### Список литературы

1. Удальцова З. В. Генезис феодализма в Европе // История Европы. Средневековая Европа. – М.: Наука, 1992.
2. Willoweit D. Deutsche Verfassungsgeschichte. – 3 Aufl. – München, 1997.
3. Reinhard W. Geschichte des modernen Staates. – München: Vlg. C.H. Beck, 2007.
4. Blockmans W. Geschichte der Macht in Europa. – Antwerpen, 1997.
5. Below G. Territorium und Stadt. Aufsätze zur deutschen Verfassungs-, Verwaltungs-, Wirtschaftsgeschichte. – München und Berlin: Verlag von R. Oldenbourg, 1923.
6. Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Erster Teil. Das jus civile, jus publicum, jus privatum. – Berlin. Verlag Carl Hezmanns, 1902.
7. Rümelin M. Die Rechtssicherheit. Tübingen: J.T.B. Mohr (Paul Siebeck), 1924.

8. Coing H. Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte. – Berlin, Tübingen, 1950.
9. Schlözer A.L. Allgemeines Statsrecht und Stats Verfassungslehre. – Göttingen, 1793.
10. Hugo G. Lehrbuch des Naturrechts. – Berlin: Glashütten/Ts., 1971.
11. Heller H. Die Souveränität. – Berlin und Leipzig: Ver. Walter de Gruyter & Co, 1927.
12. Art. Recht / Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politisch – sozialen Sprache in Deutschland/ hrg. von Otto Brunner. – Stuttgart, Bd. 6. – 1 Aufl. 1990.
13. Meier Ch. Res publica amissa. Eine Studie zu Geschichte und Verfassung der römischen Republik. – Frankfurt, 1988.
14. Дьяконов И.М. Пути истории. От древнейшего человека до наших дней. – М.: Наука. Издательская фирма "Восточная литература", 1994.
15. Brunner O. Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter // Ver. Rudolf M. Rohrer. – Baden bei Wien, 1939.
16. Williams Ernest N. The Eighteenth-Century Constitution, 1688–1815. Documents and Commentary. – Cambridge, 1960; Barnett Anthony. (Hr). Power and The Throne. The Monarchy Debate. – London, 1994.
17. Algazi G. Herrengewalt und Gewalt der Herren im späten Mittelalter: Herrschaft, Gegenseitigkeit und Sprachgebrauch. – Frankfurt, 1988.
18. Mitteis H. Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität // Abhandlungen der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Jahrgang 1947.
19. Cassirer E. Der Mythos des Staates. – Zürich, 1978.

*В редакцию материал поступил 12.03.10.*

---

*Ключевые слова:* публичное право, рецепция римского права, обычное право, легитимация права, юридический процесс, разделение публичного и частного права, континуитет.

---