

ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагая вниманию читателя этот сборник, я исходил из определенного идеологического и стилевого единства включенных в него работ. Мне кажется, их объединяет тема, вынесенная в название книги, — европейская традиция частного права.

Здесь представлены исследования по теории права, историко-правовому и сравнительно-правовому методу и специальные исследования отдельных правовых институтов, в которых всеобщее и вневременное единство права (что и формирует правовую традицию), освобождающее действие правовой формы, у которого нет национальных и исторических границ, выражено наиболее отчетливо. Это работы по принципу добросовестности (правовому по содержанию, пусть и этически окрашенному), вещному и обязательственному праву.

К вещному праву я отношу и владение, где, кажется, вопрос о формировании правом свободной личности субъекта правового общения стоит институционально, и залоговое право, которое показывает, насколько отвлеченным от материального субстрата может быть содержание права на вещь.

Обязательственное право представлено общими вопросами, включая институт делегации, где оборотоспособность обязательства одновременно и воплощается, и отрицается: попытка распорядиться имущественной стороной обязательства как объектом оборачивается установлением между сторонами самого личного из всех обязательств — поручения, так что обязательственное правоотношение зримо разлагается на личную и имущественную составляющую, анатомически раскрывая наблюдателю свою структуру.

К проблематике общей части обязательственного права относится и вопрос о каузе обязательства — нормативного средства преобразования социально-экономических целей сторон в правовые интересы, значимого фактического контекста — в юридическое содержание отношения, ключевого реквизита сделки, который отвечает также за параметры ответственности и способности договора адаптироваться к новым обстоятельствам.

Из специальных договоров в сборник включены работы по купле-продаже, раскрывающие абсолютный потенциал обязательственного правоотношения и возвращающие нас к вопросам владения, вещного права и приобретения права собственности.

Большинство представленных в сборнике текстов были и прежде общедоступны. Здесь хотелось положить их рядом и позволить им говорить друг с другом, дополняя и раскрывая имеющиеся смыслы. Несколько важных исследований были опубликованы только на иностранных языках. Без них соответствующие рубрики сборника были бы неполны, и я также включил их в настоящее издание.

Новое издание позволило мне отследить и восполнить упущения прежних. Некоторые сочинения по моему недосмотру или (реже) по произволу редактора лишились отдельных строк или слов, что приводило к смысловым искажениям, в некоторых ошибки закрались в переводы или в научный аппарат. В настоящей редакции эти недочеты по возможности устранены. Ряд статей монографического характера получил надлежащую рубрикацию и аннотирование. Содержательные исправления и дополнения в публикации не вносились.

Приношу искреннюю благодарность Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева, моим коллегам по Российской школе частного права, содействие которых сделало возможным это издание.

Москва, июль 2021 г.

**ПРАВО, СПРАВЕДЛИВОСТЬ,
ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА**

ПОНЯТИЕ СПРАВЕДЛИВОСТИ (AEQUITAS) В РИМСКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ*

Принцип права... есть лишь прямое выражение справедливости:
я утверждаю мою свободу как право, поскольку признаю
свободу других как их право.

Владимир Соловьев. Оправдание добра

1. В общественном сознании право совпадает с формами его фиксации и выражения — *позитивным правом* (законом). На место объективно существующей исторически обусловленной формы общественных отношений, определяющих равенство участников и ценность каждого из конфликтующих интересов, ставится официально-властный порядок разрешения споров и определения правил поведения, который удерживает с подлинным понятием права только то общее, что является равным для всех (*принцип формального равенства*).

Редукция (сужение понятия) имеет свое оправдание в том, что позитивное право представляет собой результат усилий всего общества по точному выражению и закреплению в рецептивном виде достигнутого понимания права — как в общих смыслах, так и применительно к отдельным ситуациям, конфликтам интересов. Такая фиксация становится отправной точкой дальнейших рассуждений о праве, основанием судебных решений, источником поиска правовых начал в новых, ранее неизвестных ситуациях — тем, что формирует *правовую традицию* народа, особый профессионально ориентированный дискурс, понятийный контекст, позволяющий учитывать наработки прошлых поколений мыслителей и вносить новое в уже известное, выдерживая преемственность представлений и единство смыслов, вкладываемых в те или иные понятия. Норма позитивного права представляет собой обобщение этого опыта, клетку в общей системе фиксированных (достигнутых) представлений о праве и одновременно — единицу реально действующего права, правило поведения в данном (отдельном) случае. Это одно из явлений социальной культуры, квант общественной памяти, историческое и актуальное богатство народа, его опыт и потенциал.

* Впервые опубликовано в издании: Журнал Московской Патриархии. 2011. № 11. С. 60–66.

2. Позитивное право существует в разнообразных формах. Наиболее значимая и заметная среди них — закон. Закон — это норма, специально разработанная для данного типа случаев и принятая в соответствии с установленной процедурой, нацеленная на наиболее полный учет мнения народа и существующей практики регулирования случаев данного типа. Закон отличает официальный характер, широкая сфера действия, уровень обобщения и порядок принятия, который призван обеспечить соответствие ожиданий и потребностей общества с достигнутым уровнем понимания права в целом и самой регулируемой ситуацией в частности. Закон выражает (в достигнутой мере) соответствие общественной потребности общественной готовности соблюдать найденное соотношение (компромисс, порядок согласования и разрешения конфликта) выявленных интересов.

Наряду с законом существуют и пользуются публичным признанием и защитой и другие формы фиксации действующих норм права, такие как различные подзаконные акты, правовой обычай, судебный прецедент и др. Эти формы позитивного права, как и закон, подвергаются официальному и неофициальному (доктринальному) *толкованию*. Толкование (интерпретация) выступает порядком, в котором фиксированные и публично значимые тексты транслируются в действующие культурные коды (переводятся на текущий язык) и конкретизируются применительно к конкретным случаям. Значительная часть современных правоведов отождествляет право не с законом, но с результатами толкования. Легко заметить, однако, что принципиальной разницы между официальными формами позитивного права и его интерпретацией нет: и то и другое относится к внешней, когнитивной стороне права, порядку его фиксации и восприятия, но не к сущности действующей нормы. Специальные законы назначают (признают) те или иные публичные органы официальными толкователями законов, тем самым устраняя всякое понятийное различие между официально действующим правом и правом как результатом толкования.

Позитивное право и право, установленное толкованием, равно выступают лишь формами фиксации, признания и восприятия норм права, которые существуют объективно, независимо от официального признания, и являются подлинным регулятором общественных отношений. В правовом обществе защитой пользуются именно права, основанные на этих, объективных нормах, тогда как отклонения от них, неизбежные в ходе публично значимой фиксации, игнорируются и подавляются. В деспотическом обществе для указанного различения норм права и норм закона (позитивного права) места нет, так как в таких

обществах нормой права считается только то, что получило публичное признание в качестве права. Здесь официальное возводится в степень объективного (сущего). Весь смысл и содержание борьбы за право заключается в приближении официального права к объективному, в обеспечении порядка, при котором расхождения между ними будут разрешаться в пользу права объективного (пусть не выраженного), тогда как отступления от естественным образом сложившегося порядка общественных отношений будут рассматриваться как недоразумения, как издержки законодательного процесса или толкования и соответственно отвергаться судами и правоприменительными органами.

Даже в правовом государстве, правовая система которого подчинена и соответствует принципу формального равенства (равного отношения к разным лицам и эквивалентности воздаяния), норма позитивного права — закон или судебный прецедент — не может полностью отвечать всей сфере регулирования. Абстрактная норма общего действия (закон) или даже фиксированное разрешение конфликта интересов в одном случае, но предназначенное стать моделью для разрешения конфликтов в сходных случаях (прецедент), не могут учесть возможное разнообразие возникающих ситуаций, существенные, значимые детали других, тем более всех возможных случаев. Перед судом (или иным правоприменительным органом) стоит задача выявить подлинное право, разрешающее конфликт по принципу равенства, для каждого конкретного случая. Если норму законодательства (или прецедент) можно приложить непосредственно (что бывает редко), задача не требует дополнительных усилий, если же (что чаще) требуется толкование или нахождение подлинной нормы, управляющей данным случаем, суд нуждается в руководящем принципе, в особой норме, которая бы руководила поиском права и выступала критерием правового характера найденного решения.

В одних правовых системах современного мира (страны «гражданского», или континентального права: Европа, Латинская Америка, Япония, Северная Африка и другие зависимые от европейских цивилизованные страны), где существует логически систематизированное и кодифицированное законодательство, специальные нормы, определяющие общий критерий правового и порядок толкования, включены в единую законодательную массу. В других (страны так называемого общего права: Англия, члены Содружества: Канада, Австралия, Новая Зеландия, бывшие английские колонии: США, Индия и др., а также иные страны, правовая система которых испытала влияние общего права: Южная Африка, Коста-Рика, Шри-Ланка, Филиппины и др.),

где нет логически организованной системы норм (и кодификации), поиском права управляют общие принципы (нередко фиксированные в виде судебных прецедентов), ориентирующие судью на выявление и наиболее адекватную квалификацию рассматриваемой ситуации с целью примирения и разрешения конфликта интересов. В любой системе — континентальной (более косной, закрытой) или общего права (более раскованной, открытой) — задача нахождения права возлагается на суд. Право в объективном смысле оказывается нормой, регулирующей конкретный случай (дело), найденной в установленном порядке в процессе судебного спора. Это право становится общеизвестным в ходе (опять-таки официально определенной) публикации, но не может быть возведено в закон или в обязательный к применению в сходных случаях прецедент, так как каждый случай неповторим и требует своего особого решения, пусть подчиненного (соответствующего) общей норме. Таким образом, объективно существует расхождение между правом (как естественной формой общественных отношений, принципом формального равенства) и «правом» как системой выраженных и общепризнанных норм (позитивным правом). Если юридическая наука понимает под правом подлинное и объективно существующее право — норму, управляющую конкретным случаем, то общественное сознание (а нередко и законодательные, и правоприменительные органы) — официально признанную норму (закон, обычай, прецедент, международную конвенцию).

Отсюда потребность юридического языка, правовой науки (юриспруденции) в специальном понятии, выражающем идею подлинного права, собственно права, в оппозиции к официальному, позитивному праву (которое может правовым и не быть, а подлинно правовым быть и не может, во всяком случае, применительно к любому конкретному делу). Таким понятием издревле выступает «справедливость».

3. Сегодня в обыденном сознании понятие справедливости ассоциируется с «социальной справедливостью», с искаженным представлением о поддержке слабых и немощных, о государственных социальных программах, о компенсаторном восстановлении эквивалентности («нарушенной справедливости»), о равных «стартовых» возможностях, о материальном, потребительском равенстве (уравниловке), иными словами, о всех тех социальных формах, которые нацелены на сокращение разрыва между богатыми и бедными, здоровыми и больными, преуспевающими и обездоленными, на неформальное уравнивание различных социальных групп или отдельных лиц, материально от-

стающих от некоего стандарта потребления или пораженных в их человеческом достоинстве. Эти идеи, хотя далекие от права, отдаленно отражают, но и искажают принцип равенства. Справедливость (естественное право) как равное для всех благо, равный ко всем подход (не бывает разной справедливости для отдельных лиц или групп, но только одна для всех) предполагает равное воздаяние равным и неравное неравным — именно с тем, чтобы последовательно провести принцип равенства. Но такое равенство будет равенством формальным: равным *отношением* ко всем (с исключениями для депривилегированных групп или лиц), *общей нормой* для всех (которая потому и становится нормой, что она всеобщая), *единым масштабом* подхода ко всем членам общества (или людям вообще — как членам единого человечества).

Равный масштаб не предполагает материального равенства, но достигает равенства формального, независимого от материального положения обсуждаемых лиц. Равенство (формальное) преодолевает существующие различия (материальные), преобразуя различных людей в равных лиц, устанавливая единые правила для всех, *независимо* от реальных возможностей. Исключительная мера (масштаб) прилагается к обездоленным (и лишь в особых отношениях), потому что они с формальной точки зрения заслуживают (предварительной, предвосхищающей искомый результат) компенсации, нацеленной на обеспечение формально равного положения с большинством. Так возникают правовые (оправданные целью формального равенства) *привилегии* — исключительные права некоторых социальных групп. Эти исключения справедливы (в отличие от неоправданных, неправомерных привилегий) именно потому, что они подчиняются единому для всех принципу равенства.

В теории права «справедливость» — синоним права, понятие, указывающее на подлинное (естественное) право, объективно существующее в общественных отношениях, несмотря на возможный произвол законодателя и неизбежные издержки официальной фиксации такого подлинного права. Справедливость — понятие, выражающее сущность действующего (реально существующего в формах законодательства и судопроизводства) права, его непреходящую константу, право, идеальное для данного общества и для данного дела.

4. Противопоставление права справедливости (подлинному, божественному, естественному праву) издревле пронизывает наиболее проницательные учения о праве и выступает одним из определений права. Эти учения стремятся построить модель идеального права как ориентир

для честного человека в его отношениях с другими людьми. Согласно этим учениям, которые называют «естественно-правовыми», в центре правопорядка стоит человек, от рождения наделенный определенными правами, естественными и неотъемлемыми, так что все общественные институты производны от этих первичных прав и стоят у них на службе. Будучи соприсродными или божественными, естественные права определяют нравственность и добродетель человека, совершенство его мыслей и чувств. Право формирует и человека, и общество как совершенных во всех отношениях. В большинстве естественно-правовых учений этот идеал получает этическую оценку: говоря о субъекте идеального права, они говорят о нравственно совершенном человеке. Поскольку право как воплощение нравственного закона не зависит от усмотрения людей, оно оказывается источником действующих законов. От законодателя требуется адекватно воспроизвести право в законе, подчинить закон природным характеристикам права. Закон только потому закон, что отвечает естественному праву. Государство и законы существуют для того, чтобы обеспечивать и защищать прирожденные права человека.

Совпадение права с нравственностью — одна из главных слабостей естественно-правовых учений. В этом подходе отождествление права с справедливостью отводит справедливости место в ряду этических, а не правовых явлений, так что оправданное противопоставление права (как первичного естественного явления) и закона (как вторичного, искусственного создания людей) сопровождается логическим подчинением права требованиям нравственности или иным неправовым (отличным от права) критериям, что противоречит тезису о первичном и объективном (божественном) характере самого права. Сходным образом последовательное противопоставление правовых и политических явлений, отведение государству и другим общественным институтам служебного положения в правовой системе общества выводят реальное общество в сферу земного, обыденного, профанного, тогда как право сводится к некоему идеальному (и нереальному) явлению, недостижимому завету. Принцип права оказывается не интегрирующим все общественные явления началом, определяющим и раскрывающим божественную сущность действующего закона и реального общества, а лишь одним из проявлений идеала, не способного полностью воплотиться в действительности.

Исторические данные о развитии права демонстрируют более цельную, интегративную картину подчинения общественных институтов, правовой системы и идеологии единому началу, которое оказывается

реально действующим принципом, определением всей общественной жизни, воплощенным в подлинном разнообразии всех ее аспектов.

5. В правовые учения Нового времени понятие справедливости (в его соотношении и традиционном противопоставлении позитивному праву) пришло из древнего Рима. Тексты юстиниановского Свода гражданского права (529—534 гг.) донесли несколько максим, наиболее авторитетные из которых взяты из постановлений Константина Великого.

C. 3, 1, 8 (314 г.):

Решено, что во всех делах соображения справедливости должны быть выше строгого права¹.

Другие обобщения дошли во фрагментах Юлия Павла, крупного юриста начала III в.

D. 50, 17, 85, 2 (Paul., 6 quaest.):

Всякий раз, когда естественный принцип или неясности права препятствуют справедливости, положение следует исправить праведными решениями.

D. 50, 17, 90 (Paul., 15 quaest.):

Во всем, особенно же в праве, следует исходить из справедливости².

¹ C. 3, 1, 8: Const. et Licin. AA. ad Dionysium.

Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.
<a 314 d. Id. Mai. Volusiano et Anniano cons.>.

Это и другие подобные постановления в действительности принадлежат императору Лицинию. См. также: C. 7, 22, 3: Const. et Licin. AA. litt. ad Dionysium vice praef.

Solam temporis longinquitatem, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserunt, libertatis iura minime mutilare oportere congruit aequitati.

<a 314 d. III K. Mai. Volusiano et Anniano cons.>

C. 1, 14, 1: Const. A. Septimio Basso PU.

Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

<a 316 d. III Non. Dec. Sabino et Rufino cons.>

² D. 50, 17, 85, 2 (Paul., 6 quaest.): Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.

D. 50, 17, 90 (Paul., 15 quaest.): In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.

Вырванные составителями «Дигест» Юстиниана из первоначального контекста, эти суждения, даже без специальных «исправлений», получают новый смысл, которого у классика они не имели.

Обычно считают, что эти тексты зависимы от императорского законодательства IV в., поскольку именно с Константином противопоставление справедливости праву — как новая идеология, созвучная христианству, постепенно получавшему официальный статус, утвердилось в науке римского права, став впоследствии одной из ведущих идей юстиниановской кодификации, а через нее — заняв прочное место в теориях многих европейских мыслителей последующих веков. Такой взгляд, в целом достоверный, предполагает определенное переосмысление понятия “*aequitas*” со времен классической римской юриспруденции. Иными словами, ставшее топомосом европейской правовой мысли понятие справедливости имело свою предысторию: свой подлинный смысл она обрела в рамках классического римского права (I–III вв.). Последующее усвоение римского правового наследия византийской, западноевропейской и всей мировой культурой происходило в других условиях, в другом культурном контексте, в рамках понимания права, отличного от того, что было свойственно создателям юридической науки. Выяснение места и значения “*aequitas*” в структуре римского классического права необходимо для научного уяснения этой категории.

Римские юристы классической эпохи восприняли абстрактное понятие справедливости у философов, прежде всего у Цицерона (I в. до н.э.) и Аристотеля (IV в. до н.э.), которому следовал и сам Цицерон. Для юристов идея справедливости совпадала с правом, так что ее вычленение из единого (синкретичного) понятия должного и правильного (*aequum*) произошло именно под влиянием философских учений. Аналитическое обособление «справедливости» в учениях профессиональных юристов стало возможным потому, что, с одной стороны, понятие “*aequitas*” вполне соответствовало сложившимся правовым взглядам и юридической терминологии, легко вписывалось в язык развитой римской юриспруденции, а с другой — в учения великих философов идея справедливости уже была подчинена принципу правового равенства и соразмерности, так что юристы воспринимали ее как подлинно правовое понятие.

6. Возражая софистам (выдающимся мыслителям предшествующей эпохи), которые противопоставляли право и нравственность, отводя справедливости место в ряду этических понятий, Аристотель показал содержательное единство права и справедливости, предложив формальное, абстрактное и всеобщее значение этого понятия.

Аристотель (Arist., NE., 1234b19 sqq.) различает естественное право, одинаковое повсюду и не зависящее от его признания или непризнания, и условное (конвенциональное) право, которое определяется соглашением людей. Понятие справедливости едино и неизменно только по отношению к богам, реально действующее право, человеческое право изменчиво, как изменчивы условия жизни: различия определяются разнообразием реальных отношений и историческими условиями фиксации правил общежития (1135a). При этом разнообразие не противоречит единству сущности, поскольку все правила подчиняются единому для всех общему правилу, что и делает их правом.

Справедливость — это пропорция, учит Аристотель в книге пятой «Никомаховой этики» (§ 7). Суть справедливости в применении равного масштаба к равным и неравного к неравным (распределяющая справедливость) и в равном воздаянии, возмещающем утраты (наказание, компенсация) или определяющем эквивалентность при обмене (уравнивающая справедливость). Справедливо то, что исключает отступления от равенства и возмещает нарушения соразмерности и эквивалентности: при добровольном обмене равенство обеспечивает соразмерность предоставлений, при утрате вследствие кражи или повреждения имущества (недобровольный обмен) — равная компенсация позволяет восстановить гармонию, отняв неправомерно полученное или возместив потери потерпевшему.

Объясняя всеобщее действие правового принципа (*omnis ratio iuris*), Цицерон воспроизводит и учение о едином равном масштабе, и теорию компенсации в римских терминах (Cic. Part. or. 130):

Право разделяется сначала на две части: природу и закон, и значение каждого типа распадается на божественное и человеческое право, из них одному свойственна справедливость (aequitas), другому благочестие (religio). Значение справедливости двоякое: одна направлена на истинное и правомерное и, как говорится, опирается на принцип соразмерного и доброго (aequi et boni ratio), другая относится к чередованию воздаяний, что в отношении благодетеля именуется благодарностью, а в отношении несправедливости — мстью. И они тоже являются общими для природы и законов, но свойственны именно законам — и тем, которые писаны, и тем, которые без записи поддерживаются либо всеобщим правом, либо обычаем предков³.

³ Cic. Part. or. 130: Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum