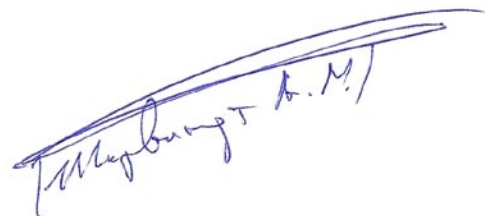


УЧРЕЖДЕНИЕ РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК
ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА РАН

На правах рукописи



Ширвиндт Андрей Михайлович

ЗНАЧЕНИЕ ФИКЦИИ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Специальность: 12.00.01 – Теория и история права и
государства; история учений о праве и государстве.

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Д.В. Дождев

Москва, 2011

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ФИКЦИЯ КАК ПРОДУКТ НАТУРАЛИСТИЧЕСКИХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ РИМЛЯН О ПРАВЕ	43
§ 1. Значение юридической фикции с точки зрения римлян: натуралистическая концепция	43
§ 2. Натуралистические представления римлян о праве	88
ГЛАВА 2. ФИКТИВНОЕ СОЗДАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКТА КАК СПОСОБ ОФОРМЛЕНИЯ НОВОГО ТИПА ОТНОШЕНИЙ ПО МОДЕЛИ ПРИЗНАННОГО ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА	122
§ 1. Фикция в формуле усыновления	122
§ 2. Фикция в законодательстве об опеке	152
ГЛАВА 3. ФИКТИВНОЕ УСТРАНЕНИЕ ИЛИ ИЗМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКТА КАК СПОСОБ ЛИКВИДАЦИИ ИЛИ МОДИФИКАЦИИ ЕГО ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ	182
§ 1. Соотношение несуществования, ничтожности и недействительности сделок как проблема науки римского права	182
§ 2. Недействительность юридического факта и устранение юридических фактов с помощью фикции	204
§ 3. Изменение юридических фактов с помощью фикции	245
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	273
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ	276

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Правовая фикция – мыслительный прием, посредством которого ситуация, имевшая место в действительности, рассматривается так, как если бы налицо была иная ситуация, – принадлежит к числу самых востребованных инструментов римской юридической техники¹. Достаточно вспомнить знаменитую фикцию в формуле *adrogatio*, с помощью которой усыновляемый объявлялся сыном так, как если бы он родился от усыновителя в законном браке, или фикцию, будто незаконное или невозможное условие сделки, например, завещания, не было написано. Фикции встречаются в законах, императорских конституциях, постановлениях сената, преторском эдикте², сочинениях юристов; они задействованы едва ли не во всех областях античного правопорядка. И хотя специалисты обнаруживают фикции уже в законах Хаммурапи и даже осмеливаются утверждать, что не существует правопорядков, которые обходились бы без этого приема, пожалуй, ни у кого не вызывает сомнений, что именно в римском праве мы сталкиваемся с «сознательной разработкой и систематическим обращением к фикции как техническому инструменту», и что римляне использовали фикции «с таким усердием и таким постоянством, какие не встречаются ни в одном другом правопорядке – историческом или современном»³. Если к тому же учесть, что исследования в области юридической методологии составляют одно из

¹ Известны слова Б. Виндшейда: «Римское право относится к использованию фикций с особой любовью» (Windscheid B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Aufl. Band I. Frankfurt am Main, 1887. S. 184).

² См., например, у Д.В. Дождева: «Фикция (*fictio*) – важнейший инструмент претора по совершенствованию позитивного права (*adiuvare ius civile*)» (Римское частное право. М., 2008. С. 220).

³ Pugliatti S. *Finzione* // *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVII. [Milano], 1968. P. 660-662. См. также: Bianchi E. *Fictio iuris*. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*. Verona, 1997. P. 20-24.

основных направлений современной романистики, ориентированной на познание античного права с учетом его конкретно-исторических особенностей⁴, фикция оказывается чрезвычайно привлекательным объектом научных изысканий: раз римскому юридическому методу свойственно обращение к столь причудливому приему, объяснение логики функционирования фикции и выявление причин ее частого использования способны обогатить современные представления о правовой методологии древних римлян – народа, которому удалось создать образцовую и, в этом смысле, классическую правовую систему. Сложно переоценить теоретическую значимость исследований такого рода. Обнаружение специфики римской юридической методологии, которым, безусловно, чревато изучение фикции, способно пролить свет на представления

⁴ Назовем лишь несколько программных исследований общего плана: Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852-1865 (этот признанный шедевр мировой юридической литературы несколько раз переиздавался, уже при жизни автора выдержав четыре-пять изданий. На русский язык переведено только третье издание первой части этого четырехтомного труда: Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875); Schulz F. Prinzipien des römischen Rechts. München; Leipzig, 1934; Id. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961; Wieacker F. Vom römischen Recht. Stuttgart, 1961; Kaser M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung // Id. Ausgewählte Schriften. S.l., 1976 (по изданию 1962 года); Horak F. Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. Innsbruck, 1969. В России это направление представлено немногочисленными сочинениями дореволюционного времени (см., например: Муромцев С.А. О консерватизме римской юриспруденции. М., 1875; Деларов П. Очерк истории личности в древне-римском гражданском праве. СПб., 1895) и отдельными публикациями последних лет (История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсисянц. М., 1985. С. 291-310 (автор главы – В.С. Нерсисянц); Дождев Д.В. Методологические проблемы изучения римского права: право и справедливость в понятийной системе римской юриспруденции («*ius civile*», «*ius naturale*», «*bonum et aequum*») // Вестник древней истории. 2003. № 3. С. 100-122). *Honoris causa* можно упомянуть здесь и известную статью О.С. Иоффе: Юриспруденция Древнего Рима // Он же. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2003. С. 16-44 (опубликована впервые в 1962 году).

античного общества о своем праве и процессе его позитивации, о месте права в системе социальной регуляции, о соотношении правового и фактического в социальной реальности. Кроме того, определив значение фикции в принципе, романист получает ключ к адекватной интерпретации отдельных институтов и текстов, эксплуатирующих этот прием, и тем самым открывает для себя путь к новому знанию, заключенному в хорошо известных источниках.

Степень разработанности темы. Литература, посвященная фикции в римском праве, богата. Но с одной стороны влиятельных обобщающих исследований не так много (гораздо более распространены публикации, где обсуждается, скажем, та или иная конкретная фикция или группа однородных фикций⁵), а с другой – при всех бесспорных достижениях романистов, работавших в этом направлении, один из главных вопросов – вопрос о значении фикции – не получил, как представляется, удовлетворительного ответа.

Современная история исследования фикции в (римском) праве открывается специальной монографией Г. Демелиуса 1858 года «Правовая фикция в ее историческом и догматическом значении»⁶, где на основе реконструкции истории фикции в римском праве преодолеваются искаженные антиисторичные представления об этом явлении, которые получили хождение в

⁵ К некоторым из этих работ мы обратимся ниже. См., например: Hase E.F. *Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae: eine rechtshistorische Abhandlung*. Halle, 1851; Brogгини G. «Fictio civitatis» strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre // *Synteleia* Vincenzo Arangio-Ruiz. Vol. II. Napoli, 1964. P. 934-943; Medicus D. Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses // *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*. München, 1976. S. 391-406; Robbe U. La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano // *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*. Vol. IV. Milano, 1978. P. 625-764.

⁶ Demelius G. *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*. Weimar, 1858.

предшествующей литературе⁷, и формулируется понятие фикции, которое в основных чертах находит поддержку по сей день⁸.

Г. Демелиус продемонстрировал, что юриспруденция получила фикцию как технический прием из рук римской религии⁹. Анализируя фикцию в ее

⁷ См., например: Antonii Dadini Alteserrae antecessoris olim Tolosani De fictionibus iuris tractatus septem. Halae et Helstadii, 1769. О старой литературе по фикции см.: Demelius G. Op. cit. S. 83; Bianchi E. Op. cit. P. 19-20, 31; Coing H. Europäisches Privatrecht. Bd. I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800). München, 1985. S. 134. Полемизируя с бытовавшими в работах того времени воззрениями, суть фикции удачно выразил Ф.К. Савиньи уже в 1814 году: «при установлении новой нормы опираются непосредственно на старую, уже существующую, сообщая, таким образом, новой норме определенность и развитость нормы существующей. В этом и заключается понятие фикции, чрезвычайно важное для развития римского права и часто ускользающее от современников, не желающих видеть очевидное» («von den Neueren oft lächerlich verkannt») (Savigny F.C. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft // Thibaut und Savigny: zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, 1814 – 1914. Berlin, 1914. S. 90). Признано, что Ф.К. Савиньи удалось в этом кратком замечании схватить суть обсуждаемого института (Demelius G. Op. cit. S. 83; Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung. Leipzig, 1871. S. 293).

⁸ См., например: Hackl K. Vom «quasi» im römischen zum «als ob» im modernen Recht // Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999. S. 120-125; Hackl K. Sulla finzione nel diritto privato // Studi in onore di Arnaldo Biscardi. Vol. 1. Milano, 1982. P. 245-263; Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin [et al.], 1960. S. 166-172; Esser J. Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Frankfurt am Main, 1969. S. 20-25, passim.

⁹ Demelius G. Op. cit. S. 1-37. Эмблематическое значение для этой тематики получили известные слова Мавра Сервия Гонората: «in sacris simulata pro veris accipi», «в жертвоприношениях изображенное принимается за истинное» (Ad. Aen. II.116) (подробно об этом тексте см.: Bianchi E. Op. cit. P. 69-88). Едва ли верно утверждение немецкого ученого, будто римская религия переняла соответствующую технику у греческих культов. Обоснованными выглядят возражения Р. Иеринга, что фикция – универсальный культурный феномен и, скорее, не заимствовалась одним народом у другого или одной нормативной системой у другой, а появлялась и развивалась в разных странах и социальных сферах параллельно (Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 280-281). Универсальный характер

первозданном виде, а также случаи ее использования в римском законодательстве¹⁰, процессе¹¹ и праве юристов¹², ученый реконструирует понятие фикции. Применением фикции слуга культа или юрист не обманывают себя или окружающих¹³, не принимают и не выдают один факт (наличный) за другой (предусмотренный требованием божества или правовой нормой)¹⁴, а сообщают наличному то значение¹⁵, которое норма придает другому факту¹⁶. Юридическая фикция призывается для описания вновь

подобных приемов, встречающихся в сакральном быте самых разных, в том числе и не контактировавших между собой, культур, подтверждается множеством современных исследований (см. об этом: Bianchi E. Op. cit. P. 42-45).

¹⁰ Demelius G. Op. cit. S. 37-49.

¹¹ Ibid. S. 49-75.

¹² Ibid. S. 75-78.

¹³ Ср. рассуждения Р. Иеринга, говорящего о «технической необходимой лжи», об «утаивании расширения нормы» (Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 296, 298).

¹⁴ Ср., например, мнение Й.Э. Кунтце, который обвиняет фикцию в «противоречии действительности» (Kuntze J.E. Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes. Leipzig, 1856. S. 89).

¹⁵ Г. Демелиус говорит об «уравнивании», или «приравнивании», «равном значении»: «gleichsetzen» (S. 39, 43), «Gleichsetzung» (S. 59, 76), «gleich gelten» (S. 43), «Gleichstellung» (S. 49), «juristische Identificirung» (S. 47, 49) и т.п.

¹⁶ Demelius G. Op. cit. S. 39, 43, 47, 75-76. Эти факты вслед за Э.И. Беккером принято называть «основание фикции» («Fiktionsbasis») и «фиктивный состав» («fingierter Tatbestand»), сам Э.И. Беккер использует слово «Fiktum») – (Bekker E.I. System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. Weimar, 1889. S. 100. Ср. например: Bund E. Untersuchungen zur Methode Iulians. Köln, 1965. S. 123; Hackl K. Sulla finzione... P. 250-251). Скажем, в Публициевом иске (actio Publiciana), защищающем давностного владельца так, как если бы срок давности уже истек, основанием фикции будет набор фактов, позволяющий констатировать, что истец является давностным владельцем, который ожидает истечения необходимого для приобретения права собственности срока (только при таких обстоятельствах применима actio Publiciana). Фиктивным составом в этом случае будет выступать набор фактов, достаточный для возникновения права собственности по давности

признанного правового отношения в терминах существующих правовых форм, с помощью актуального понятийного аппарата, с использованием сложившихся догматических учений¹⁷. Фикция «не делает возможным [применение того или иного правила к новой фактической ситуации], она лишь описывает»¹⁸, служит «инструментом юридической терминологии»¹⁹, «технической формой выражения норм позитивного права»²⁰; фикция опосредует «распространение по аналогии» («*analoge Ausdehnung*») существующего права на новые отношения²¹. «Сущность фикции как раз в том и состоит, чтобы для нового состава установить норму, которая прежде действовала применительно к другому»²². «Фикция работает так же, как и всякое правовое положение: она соединяет юридические последствия с фактическими предпосылками. Происходит ли эта юридическая квалификация в полностью самостоятельной форме или же с использованием уже готовых правовых правил и понятий, в форме уравнивания новых, ранее безразличных для права фактов, с другими, уже наделенными определенным характером, – это с юридической точки зрения оказывается так же безразлично, настолько же предстает вопросом лишь выражения и стиля, насколько для счетовода безразлично, сказать ли « $3 \times 4 = 12$ » или « $3 \times 4 = 2 \times 6$ »²³.

Во взглядах Г. Демелиуса – в полном соответствии с названием его работы – можно выделить историческую и догматическую стороны. Обозначенная им в общих чертах концепция истории фикции, где ключевым признается процесс

владения (включающий наряду с действительно выполненными реквизитами истечение срока). Критику этой терминологии см.: Bianchi E. Op. cit. P. 16.

¹⁷ Demelius G. Op. cit. S. 37-38, 47, 49, 59, 79.

¹⁸ Ibid. S. 59.

¹⁹ Ibid. S. 79, 88.

²⁰ Ibid. S. 80.

²¹ Ibid. S. 71.

²² Ibid. S. 89.

²³ Ibid. S. 91.

постепенного заимствования фикции сначала сакральным правом из религии, а затем и светским правом – из сакрального, нашла подтверждение и развитие в недавнем специальном исследовании Э. Бьянки, который, поставив себе две весьма скромные, на первых взгляд, задачи – проверить тезис Г. Демелиуса о заимствовании и реконструировать в деталях этот процесс²⁴, создал самый обстоятельный труд по теме «фикция в римском праве».

Гораздо более дискуссионными оказались догматические выводы ученого. Так, учение Г. Демелиуса встретило ряд принципиальных возражений Р. Иеринга²⁵. Прежде всего, понятие фикции не обнимает тех случаев, когда речь идет о простой отсылке²⁶. Не является фикцией в строгом смысле слова и «догматическая фикция» («dogmatische Fiktion»), какова, например, «фикция», лежащая в основании понятия юридического лица²⁷. «Цель фикции в этом случае не в том, чтобы облегчить добавление новой нормы к прежнему праву, а в том, чтобы облегчить юридическое представление»²⁸.

Только «историческая фикция» («historische Fiktion»), компенсирующая отставание понятийного аппарата юриспруденции от насущных потребностей юридической практики, заслуживает, по мнению Р. Иеринга, своего названия²⁹.

²⁴ Bianchi E. Op. cit. P. 1.

²⁵ Jhering R. Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 280-281, 293-301. Ответ на критику см.: Demelius G. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung // Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1868. Bd. 10. S. 354-359.

²⁶ Jhering R. Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 298.

²⁷ Ср.: «последний вид явлений следует вовсе исключить из понятия фикций и видеть в них один из самостоятельных родов аналогии» (Муромцев С.А. Указ. соч. С. 97).

²⁸ Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 299.

²⁹ Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 293-301. Различие между фикциями «с догматической функцией» и теми, что выполняют лишь «задачу обеспечения исторической преемственности» («Aufgabe geschichtlicher Vermittlung»), проводит и Й.Э. Кунтце (Kuntze J.E. Op. cit. S. 88-89).

«Цель [исторической] фикции состоит в облегчении трудностей, связанных с принятием или переработкой новых норм, сулящих более или менее радикальные преобразования, в обеспечении сохранности традиционных учений при введении новшеств в юридическую практику... Она облегчает... прогресс, делая его возможным тогда, когда науке еще не хватает сил способствовать ему своими средствами»³⁰. Механизм фикции устроен следующим образом: «вместо того, чтобы расширить сферу применения нормы, распространив ее на новое отношение, это новое отношение, напротив, насильно подгоняют под наличную норму, заставляя юриспруденцию видеть в нем не то, что оно есть на самом деле, и утаивая, таким образом, произошедшее в действительности расширение нормы»³¹.

Корректировку изложенных воззрений Р. Иеринга относительно понятия и видов фикции предложил Й. Унгер, заменивший пару «историческая» – «догматическая», на «практическая» – «теоретическая», причем в числе «практических» фикций оказались не только «исторические» фикции Р. Иеринга, получившие в новой терминологической сетке наименование «конструктивные», но и фикции «деклараторные» или «терминологические», выполняющие – судя по описанию – функции отсылки³². Речь, как видим, идет не только о смещении акцентов, но и о возврате к более широкому понятию фикции: если у Р. Иеринга «исторической фикции», т.е. фикции в строгом смысле слова, противопоставлены другие формы, разделяющие с ней лишь название, то виды фикций Й. Унгера предстают именно различными проявлениями одного понятия. Кроме того, Й. Унгер оставил описание

³⁰ Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 296-297. Ср. S. 295, где речь идет о «формальном спасении прежнего права», и S. 296, где к целям фикции относится «защита интересов» юриспруденции.

³¹ Ibid. S. 298. О «насилии» над отношением и об уготованном ему фикцией «прокрустовом ложе» см. также S. 300.

³² Unger J. Die Verträge zu Gunsten Dritter // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1871. Bd. 10. S. 9-11.

«теоретической фикции», в котором основное внимание обращено на объяснительный характер данного приема, базирующегося на сравнении уже имеющих явлений позитивного права.

Сужение понятия фикции, произведенное Р. Иерингом, вызывает возражения. Прежде всего, давно подмечено, что едва ли не каждая фикция может быть охарактеризована как «историческая» и как «догматическая» одновременно³³, что, очевидно, требует переноса предложенной классификации с самих фикций на выполняемые ими задачи³⁴. В то же время не выглядит обоснованным включение Р. Иерингом в число признаков фикции насилия над наличным фактическим составом или над мышлением правоприменителя. По его мнению, именно этот признак отличает фикцию в строгом смысле от отсылки. Однако такой подход не выдерживает проверки эмпирическим материалом: неужели, давая *actio Publiciana*, претор заставлял себя или судью думать, что срок приобретательной давности действительно истек? Если же признать, что использование фикции предполагает понимание различия между данным составом и составом, предусмотренным нормой, – в противном случае речь должна идти об ошибке в квалификации³⁵, – то грань между фикцией и отсылкой исчезнет, и последняя обратится в функцию первой.

Й. Эссер³⁶ делит фикции с точки зрения решаемых с их помощью задач на две группы: маркированные положительно, «безвредные» фикции,

³³ Gény F. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Vol. 3. Paris, 1921. P. 377 (Ф. Жени полагает, что внимание на это обстоятельство обратил уже Ф.К. Савиньи – в том месте, на которое мы ссылались выше).

³⁴ Критикуя эту классификацию, Й. Эссер указывает, что группа под названием «догматическая фикция» образуется по остаточному принципу (Esser J. Op. cit. S. 35).

³⁵ См.: Fuller L.L. Legal Fictions. Stanford, 1967. P. 7-10; Larenz K. Op. cit. S. 166.

³⁶ Хотя его исследование касается не античной, а современной юридической методологии, оно принадлежит традиции, восходящей к сочинению Г. Демелиуса, и представляет большой интерес как одна из самых ярких работ, посвященных догматическому измерению рассматриваемой проблематики.

выполняющие чисто техническую отсылочную функцию³⁷, и маркированные отрицательно фикции, используемые для целей «тайного нарушения и саботирования» «внешне», «формально» неприкосновенных правовых норм и принципов, «скрытого изменения и развития права»; к числу последних относятся «исторические» и «догматические» фикции³⁸. История показывает, что «фикция никогда не означала насилия над действительностью, оставаясь лишь отсылкой», «что от других норм ее отличает не специфика содержания, а форма»³⁹, «техническое оформление»⁴⁰. Суть фикции не в фактическом, а в юридическом, нормативном уравнивании⁴¹ – усыновленный «является сыном с правовой точки зрения» («von Rechtswegen») (разрядка автора – А.Ш.)⁴², – что, в конечном счете, связано с «принципиальной самостоятельностью образования нормативных понятий»⁴³, «автономией юридического понятийного аппарата»⁴⁴.

С точки зрения Э. Бунда фикция в римском праве – наряду с аналогией – предстает «своеобразной формой мысленного присоединения («des gedanklichen Anknüpfens») к уже известному, которая применяется, прежде всего, в юриспруденции и получила там особый облик»⁴⁵. «Для фикции характерно, что она содержит суждение, не отражающее действительность. Однако это суждение ни по форме, ни по содержанию не несет утверждения, грешащего против истины». Речь идет, напротив, о применении к одному случаю правил, установленных для другого, об оценке одной ситуации по

³⁷ Ibid. S. 29-34, 37-80, 200.

³⁸ Ibid. S. 7, 22, 81-198, 201.

³⁹ Ibid. S. 25.

⁴⁰ Ibid. S. 29. См. также S. 33.

⁴¹ Ibid. S. 23-24, 27, 29

⁴² Ibid. S. 27.

⁴³ Ibid. S. 117.

⁴⁴ Ibid. S. 48. В основном за Й. Эссером следует К. Ларенц (Larenz K. Op. cit. S. 166-172).

⁴⁵ Bund E. Op. cit. S. 122.

мерке, обычно прикладываемой к другой, о сообщении одному составу правовых последствий другого. «Посредством этой техники подстановки («Substitution») фикция выполняет задачу отсылки»⁴⁶, призывается для конструирования «отсылочной нормы». К фикции обращается как законодатель, субъект, устанавливающий нормы, так и правоприменитель⁴⁷. Фикция позволяет, отправляясь от заведомо ложной посылки, достичь результата, который по тем или иным причинам – обычно остающимся невысказанными – считается правильным⁴⁸.

Понятие фикции следует корректно согласовать, в частности, с понятиями аналогии и отсылки. Алгоритмы фикции и аналогии объединяет последний этап – применение к данному фактическому составу нормы более высокого уровня абстракции, охватывающей как «старый», прямо предусмотренный позитивным правом, так и «новый» случаи. Принципиальное же различие обнаруживается, как считает Э. Бунд, на первом этапе: если аналогия позволяет получить искомую более общую, более абстрактную норму путем индукции, допустимость которой определяется подобием «старого» и «нового» составов, то фикция «сознательно отказывается от логической когерентности», «произвольно» «уравнивая неравное». В отличие от аналогии фикция не является настоящим аргументом, не основывается на обнаружении сходства, значимого для принятия решения⁴⁹. Отсылка выступает одной из основных функций этого приема. Отсылка может достигаться и иными средствами⁵⁰.

Нетрудно заметить, что одним из ключевых для большинства авторов оказывается тезис, будто фикция принципиально, содержательно не отличается от простой отсылки, будучи способом распространения существующей нормы

⁴⁶ Ibid. S. 123.

⁴⁷ Ibid. S. 122-123.

⁴⁸ Ibid. S. 123.

⁴⁹ Ibid. S. 124, 126-127. См. также S. 178, 180.

⁵⁰ Ibid. S. 124-125.

на новые отношения⁵¹. Почему отсылка в некоторых случаях – столь многочисленных в римском праве – приобретает именно такую форму? Почему говорят не «случай А следует рассматривать так же, как случай Б», а «случай А следует рассматривать так, как если бы налицо был случай Б»?⁵² В описанных концепциях, при всем их многообразии восходящих к учению Г. Демелиуса, этот вопрос не получает ответа. Более того, он объявляется не имеющим особого значения, поскольку речь идет лишь о чисто формальной, технической тонкости. Такой подход, инспирированный, по-видимому, желанием объяснить фикцию рационально, отбросив неадекватные представления, видящие в основе этого приема обман и крючкотворство, игнорирует, в конечном счете, специфику изучаемого явления: исследование значения фикции подменяется объяснением роли отсылок в технике законотворчества. Даже если согласиться с тем, что фикция – разновидность отсылки, вопросы об особенностях именно этой разновидности и причинах ее распространения в римском праве остаются актуальными. Эти замечания верны в равной степени и применительно к другой идее, звучащей более или менее интенсивно в большинстве работ, что фикция – один из инструментов развития права по аналогии.

⁵¹ Ср. также: Stammeler R. Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin, 1970 (по изданию 1928 года). S. 265.

⁵² Ср. у Р. Деккера: «Почему не пойти прямо к цели?» (Dekkers R. La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé. Paris, 1935. P. 13) или у И.Д. Ильинского: «Возникает эстетический вопрос: для чего же тогда пользоваться фикциями и не проще ли говорить напрямик, как обстоит дело» (впрочем, автор, верный своим правоотрицающим воззрениям, сразу предлагает ответ, который мало что объясняет: «С нашей точки зрения он решается вполне определенно. Наука не нуждается в фикциях, поскольку целью ее стремлений служит истина, как таковая. В классовом обществе право и наука права самой природой вещей вынуждаются в той или иной мере максимизировать действительность, подменять ее более или иной утонченной символикой. Иными словами, право идеологично с самого начала. Оно не может обойтись без фикций, ибо само является, если угодно, огромной систематизированной фикцией» – Ильинский И.Д. Введение в изучение советского права. Ч. 1. Индивидуализм в буржуазной юриспруденции. Л., 1925. С. 45).

Описанное направление лежит в основе большинства теорий юридической фикции. Известны, однако, отдельные попытки подойти к исследованию этого приема с других концептуальных позиций. Так, понятие фикции, выбивающееся из общей традиции, использует Ф. Прингсхайм⁵³. «Скрывающей, утаивающей фикции» («verdeckende Fiktion»), т.е. фикции в узком смысле слова, он противопоставляет «явную фикцию» («offene Fiktion»), приближающуюся к символу. Первая есть порождение юридической практики и – подобно мнимой сделке – имеет целью ввести в заблуждение судью, в то время как вторая, будучи инструментом в руках законодателя или иного правоустанавливающего субъекта, подобных целей не преследует⁵⁴. «Скрывающая фикция» римскому праву (в отличие от греческого) почти не известна: в качестве единственного примера Ф. Прингсхайм приводит акцептиляцию (acceptilatio)⁵⁵. Этот подход, не нашедший поддержки в

⁵³ Pringsheim F. Symbol und Fiktion in antiken Rechten // Id. Gesammelte Abhandlungen. Heidelberg, 1961. S. 382-400.

⁵⁴ См., прежде всего: ibid. S. 382, 385-386, 391-392. Ср. рассуждения Р. Иеринга (и присоединяющегося к нему С.А. Муромцева – указ. соч. С. 92-93), который по тем же критериям разводит «симулированные» («simulirte Geschäfte») и «мнимые» сделки («Scheingeschäfte») (op. cit. S. 274), и Г.Ф. Дормидонтова, который ищет здесь различия между «юридическими вымыслами» (фикциями) с одной стороны и «притворными действиями» (которым в современном отечественном словоупотреблении соответствуют мнимые и притворные сделки) с другой стороны: «в первом случае мы имеем дело с приемом юридической конструкции, а во втором – с совершением юридических действий; в первом случае – это орудие, к которому явно прибегает законодатель или юрист для облегчения применения юридических определений, а во втором – средство, к которому обыкновенно тайно прибегают частные лица для достижения своих целей» (Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 65). Как видим, фикцией «в строгом смысле слова» у Г.Ф. Дормидонтова – в отличие от Ф. Прингсхайма – оказывается «явная фикция».

⁵⁵ Pringsheim F. Op. cit. S. 386-390.

литературе⁵⁶, представляется порочным не столько потому, что фикция в отличие от «фиктивных сделок» не предполагает создания видимости того или иного фактического состава⁵⁷, сколько потому, что для всех форм фикции, в т.ч. и для фикции «скрывающей», в равной мере свойственно сознательное (а не основанное на обмане, заблуждении) сообщение одному факту значения другого⁵⁸.

Ограничимся здесь лишь упоминанием специальной монографии Р. Деккера, посвященной фикции – как в римском, так и в современном праве⁵⁹. Автор высказал целый ряд интересных наблюдений по частным вопросам, обсудил множество античных текстов, но, как представляется, стройной концепции предложить не смог.

Иногда в поисках адекватного античному материалу понятия фикции отталкиваются от технического термина «fictio». Его употребление фиксируется рядом юридических источников: G.3.56; 4.32-38; UE.28.12; Paulus D.35.2.1.1; 35.2.18pr.; Paulus (Marcellus) D.41.3.15pr.; Papinianus D.37.7.5pr.;

⁵⁶ Ср., напр.: Garcia Garrido M. Op. cit. P. 408-409; Bund E. Op. cit. S. 122; Hackl K. Sulla finzione... P. 249-250.

⁵⁷ Garcia Garrido M. Ibid.

⁵⁸ Hackl K. Ibid. Ср. уже у Г.Ф. Дормидонтова: «в то время, как притворные действия всегда характеризуются намеренным обманом со стороны симулянтов, хотя бы и не с противозаконною целью, мнимые действия чужды всякого обмана и всякого желания скрыть истинное намерение сторон. Напротив, и посторонние лица, и судебная власть... не имеют повода к сомнению относительно того, что именно желали совершить стороны под видом того действия, которое они совершили» (указ. соч. С. 76); «при мнимых сделках нет такой тайны: здесь все знают, что именно совершается» (указ. соч. С. 78); «фидуциарные сделки, подобно мнимым отличаются от притворных тем, что стороны не скрывают своего истинного намерения» (указ соч. С. 96); «в случаях притворных сделок в тесном смысле правильное говорить об обмане, а не о фикции... О фикции можно говорить лишь тогда, когда вымысел допускается всеми и когда никто на этот счет не обманывается» (указ соч. С. 137).

⁵⁹ Dekkers R. Op. cit.

Ulpianus D.44.4.4.26; Paulus D.38.1.39pr.; C.8.50.1.1; I.1.12.5-6. Современные лексикографические исследования отмечают, как правило, особое терминологическое значение глагола «*fingere*» и отглагольного существительного «*fictio*»⁶⁰. Сам факт объединения ряда конкретных приемов с помощью единого термина показывает, что уже античной юриспруденцией сделаны, по крайней мере, первые шаги к построению понятия фикции. Известны даже попытки реконструировать римское понятие фикции посредством перебора всех известных случаев употребления слова «*fictio*» (и других родственных) в юридических источниках⁶¹. Констатируя отсутствие общепринятого понятия фикции и удачных критериев для его отграничения от иных смежных явлений, в частности, справедливо указывая, что таким «критерием разграничения не может служить сознательное искажение реальности... поскольку всякое логическое уподобление предполагает ирреальность»⁶², М. Гарсия Гарридо избирает следующий метод исследования фикции в римском праве. Вместо того, чтобы предпосылать анализу источника

⁶⁰ Neumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Jena, 1926. S. 216; Дыдынский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. М., 1998 (по изданию 1896 г.). С.232; Oxford Latin Dictionary. Oxford, 1968. P. 696, 703. Ср., однако, словарь К.Э. Жоржа, в котором юридико-техническое значение глагола «*fingere*» вообще не дается (Georges K.E. Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel ausgearbeitet. Bd. I. Darmstadt, 1998 (Reprint der Ausgabe Hannover, 1913-1918). Col. 2764-2766), а в статье «*fictio*» под пометкой «юр. terminus technicus» предлагаются следующие значения: «перестановка», «лицемерие», «притворство» (ibid. Col. 2747). Словарь И.Х. Дворецкого также не дает юридико-технического значения «*fingere*» (Латинско-русский словарь. М., 1996. С. 327), помещая однако в статье «*fictio*» выделенное в самостоятельную группу значение «юридическая (законная) фикция» (указ. соч. С. 325). Аналогичную позицию занимает и Thesaurus Linguae Latinae (Vol. VI.1. P. 648, 770-780).

⁶¹ Garcia Garrido M. Sobre los verdaderos limites de la ficcion en derecho romano // Anuario de historia del derecho Español. 1957-58. T. XXVII-XXVIII. P. 305-342.

⁶² Ibid. P. 306.

заранее сформулированное понятие фикции, ученый стремится извлечь само это понятие из античных текстов, определив значения лексического ряда «fingere», «fictor», «fictus», «fictio». Полученное таким образом понятие фикции характеризуется тремя чертами: фикция представляет собой 1) «коррекцию конкретной юридической реальности», 2) осуществляемую судьей 3) во исполнение властного веления (а не с помощью «юридической логики», как это имеет место в случае аналогии). Источники регистрируют применение слова «fictio» только к преторским и законным фикциям, следовательно, т.н. «юриспруденциальных» фикций не существовало⁶³.

Подход М. Гарсия Гарридо вызывает ряд возражений. Прежде всего, очевидно, что если и полагаться на свидетельства источников, именующие тот или иной прием «фикцией», то только в положительном, но ни в коем случае не в отрицательном смысле: вряд ли кто-то станет утверждать, что римские юристы были склонны квалифицировать те приемы, которыми пользовались в своей работе; в большинстве случаев молчание источника объясняется уже тем соображением, что правовое творчество преследует цель разрешения правовых проблем, а не ревизии юридического инструментария. Поэтому у нас отсутствуют достаточные данные, чтобы утверждать, что тот или иной прием римляне не признавали фикцией.

Использование римлянами термина «fictio» как технического информативно и с другой точки зрения. Закрепление за определенной группой явлений того или иного наименования свидетельствует, очевидно, о том, что выбранное для этих — терминологических — целей слово обладает общеязыковым значением, способным более или менее удачно описать и эти особые явления. Учитывая,

⁶³ Ibid. P. 305-313. Иллюстрацию этих выводов на конкретном материале см.: ibid. P. 313-342. В основном за М. Гарсия Гарридо следует В. Колачино (Colacino V. Fictio iuris // *Novissimo digesto italiano*. Vol. VII. Torino, 1961. P. 269-271), который, правда, в отличие от первого (ср. Garcia Garrido M. *Op. cit.* P. 310-311) называет фикцию «логическим приемом» («procedimento logico», p. 269).

что уже сами римляне предложили термин для передачи понятия фикции, реконструкция значения этого термина – в том числе, и с общеязыковой точки зрения – способна дать дополнительные сведения о некоторых специфических чертах, характеризовавших, по мнению римских юристов, этот прием юридической техники⁶⁴.

Большую популярность в XX веке приобрели исследования языковых форм, которые особенно часто использовались римлянами при обосновании правовых решений. Внимание романистов привлекли прежде всего языковые средства, служившие юристам для сопоставления различных казусов или институтов, – слова и выражения, с помощью которых проводились аналогии, гипотетические сравнения, конструировались фикции. Речь идет, в частности, о таких единицах, как «quasi», «quodammodo», «perinde ac», «perinde atque»⁶⁵. Важным результатом этой работы стал вывод, что одни и те же языковые средства призывались для описания самых разных приемов, так что само по себе употребление определенного слова или оборота не дает еще оснований

⁶⁴ Таким путем следуют, например: Bianchi E. *Fictio iuris...* P. 27 – 32; Hackl K. *Sulla finzione...* P. 245, 247-248; Garcia Garrido M. *Op. cit.* P. 309-310; Pugliatti S. *Op. cit.* P. 659-660. Основу для подобных исследований дают не только перебор контекстов, в которых употребляются слова соответствующей лексической группы, но и сообщения источников, сохранившие результаты грамматических исследований античных и средневековых авторов. В этом смысле хорошо известны три текста: «О латинском языке» Марка Терренция Варрона (прежде всего, Varro LL VI.8), «Комментарии к «Энеиде» Мавра Сервия Гонората (Serv. Ad Aen. VIII.634) и «Этимологии» Исидора Севильского (Isid. Etymol., XX.4.2).

⁶⁵ См., например: Solazzi S. «Quodam modo» nelle Istituzioni di Gaio // *Studia et documenta historiae et iuris*. 1953. 19. P. 104-133; Kerber W. *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*. Würzburg, 1970; Wesener G. *Zur Denkform des quasi in der römischen Jurisprudenz* // *St. in memoria di G. Donatutti*. T. III. Milano, 1973. P. 1387-1414; Hackl K. *Vom «quasi» im römischen zum «als ob» im modernen Recht* // *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*. Heidelberg, 1999. S. 117-127; Calero M.A. *Perinde ac y perinde atque, dos expresiones indicativas de equiparaciones analógicas* // *Boletín De La Facultad De Derecho UNED*. 2001. 18. P. 83-108.

констатировать использование фикции⁶⁶ или, скажем, гипотетического сравнения.

Отечественная традиция изучения фикции в римском праве разделила судьбу всей отечественной романистики: три значительных исследования, оставленные дореволюционной наукой, оказались последними в российской истории⁶⁷. Как и большинство других авторов того времени, Д.И. Мейер, С.А. Муромцев и Г.Ф. Дормидонтов вели с европейскими учеными своего рода односторонний диалог: испытывая большое влияние зарубежных коллег (особенно это касается С.А. Муромцева, во многом следовавшего за своим научным кумиром Р. Иерингом), они воспринимали и критически перерабатывали их достижения, но сами, как правило, оставались незамеченными общеевропейской дискуссией.

Влияние на отечественную литературу по фикции в римском праве оказали, прежде всего, Р. Иеринг и некоторые французские авторы⁶⁸ (к сожалению,

⁶⁶ Уже Р. Деккер по этим соображениям говорит об отсутствии «лингвистического критерия для обнаружения фикции» (Op. cit. P. 45-47).

⁶⁷ Современные публикации особого интереса не представляют, поскольку имеют своей основой не самостоятельный анализ материала источников, а краткий обзор двух-трех учебников или старых монографий. Редкие фрагменты античных текстов, встречающиеся на страницах таких работ, обсуждаются без учета достижений мировой романистики. См., например: Джазоян Е.А. Фикции в римском праве // Право: теория и практика. № 14 (66). М., 2005. С. 37-45; Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в римском гражданском праве // Бюллетень нотариальной практики. 2006. № 2. С. 44-48; Савельев В.А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 108-115; Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права // Советское государство и право. 1984. № 1. С. 98-105.

⁶⁸ Среди которых А. Дюмериль (Duméril H. Les fictions juridiques. Paris, 1882; non vidi) и Ж.П. Шассан (Chassan [J.P.] Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. P. 47-50). Последний требовал от современников более зрелого подхода к объяснению фикции, предполагающего отказ от представлений, будто она основана на лжи и потому вредна, а также различение самого явления и связанных с ним злоупотреблений, и предлагал сконцентрировать

исследование Г. Демелиуса, которое легло в основу современной мировой дискуссии, в России не было оценено по достоинству). Кроме того, чрезвычайно популярным оказалось «Древнее право» Г.С. Мэна⁶⁹: переведенное на русский язык и изданное в 1873 году⁷⁰, оно стало одной из самых цитируемых работ по фикции. Впрочем, надо сказать, что наблюдения Г.С. Мэна пользуются немалым авторитетом и у зарубежных авторов. Рисуя историю развития древнего права (основной материал автору дает, разумеется, право римское), ученый отводит ключевую роль в этом процессе юридической фикции⁷¹. С помощью этого приема «...прикрывают или стараются прикрыть тот факт, что правило закона подверглось изменению, т.е., что его буква осталась прежнею, а применение изменилось»⁷². «...Действительное значение их двоякой роли – преобразования системы права и замаскировки этого преобразования»⁷³. Большое положительное значение фикций на определенном историческом этапе («на известной ступени общественного развития они являются неоцененными средствами противодействия строгости закона...»⁷⁴) не

внимание на необходимости и полезности фикции. Кроме того, автор наметил путь к преодолению таких представлений, в какой-то мере предвосхищая выкладки Г. Кельзена (см. об этом ниже): чтобы показать отсутствие обмана в фикции, ученый различает «юридическую истину, создаваемую фикцией» («*vérité juridique établie par la fiction*»), «истину права» («*vérité du Droit*»), «фиктивную истину» («*la vérité fictive*»), относящуюся к должному, с одной стороны и «реальную истину» («*la vérité réelle*»), «истину факта» («*celle du Fait*») с другой стороны.

⁶⁹ Maine H.S. *Ancient Law: Its Connection With the Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*. London, 1861. Работа выдержала множество изданий как при жизни автора, так и посмертно.

⁷⁰ Мэн Г.С. *Древнее право*, его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873.

⁷¹ Там же. С. 17-34.

⁷² Там же. С. 21.

⁷³ Там же. С. 25.

⁷⁴ Там же. С. 21.

должно, однако, затмевать той истины, «что было бы недостойно нашего времени достигать положительно благотельной цели посредством такой грубой лжи, как юридическая фикция»⁷⁵.

В своем сочинении 1854 года «О юридических вымыслах и предположениях, скрытных и притворных действиях»⁷⁶ Д.И. Мейер предложил краткий обзор фикций римского права, высказал ряд тонких замечаний в адрес слишком широкого понимания фикции некоторыми немецкими авторами и пришел к выводу, что этот прием появился как средство преодоления юридического формализма древности, сослужил развитию права на определенном историческом этапе хорошую службу («...власть прибегает к вымыслу: не жертвуя формализмом, она удовлетворяет условиям жизни и вместе с тем верна духу времени») и теперь подлежит забвению, поскольку не находит в современности своей необходимой предпосылки – формалистических представлений о праве⁷⁷. Диалектически понимает фикцию и С.А. Муромцев, уделивший ей большое внимание в своем знаменитом труде 1875 года «О консерватизме римской юриспруденции»⁷⁸, и объявивший фикцию средством преодоления консерватизма античных правоведов⁷⁹: «римский юрист был консерватором не на практике, а лишь в теории, и в этом-то несоответствии теории практике и заключается консерватизм юриспруденции... В силу чувства не отказывали вновь народившемуся отношению в защите, но объясняли эту защиту с точки зрения неизменности

⁷⁵ Там же. С. 22.

⁷⁶ // Ученые записки, издаваемые Императорским Казанским Университетом. 1853. IV. Казань, 1854. С. 1-127 (работа переиздана в сборнике трудов ученого: Мейер Д.И. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 53-162).

⁷⁷ Мейер Д.И. О юридических вымыслах... 1854. С. 2-31.

⁷⁸ Указ. соч.

⁷⁹ Принципиальная близость его взглядов к концепции Д.И. Мейера видна и в следующих словах: «...формализм был следствием консерватизма, который в свою очередь исходил из конкретности мышления» (там же. С. 95).

понятий...»⁸⁰. «Большинство фикций образовалось потому, что без них пришлось бы ломать строй установившихся понятий...»⁸¹. «Юридические фикции... составляют наиболее юный вид аналогии»⁸². «Их источник лежал в самой юриспруденции, в ее консерватизме... Этим аналогия римской юриспруденции отличается резко от аналогии современной и составляет в истории юридического мышления факт строго отграниченный»⁸³. Вслед за Р. Иерингом автор обрушивается с не вполне справедливой критикой на Г. Демелиуса⁸⁴. Основная цель, которую преследует Г.Ф. Дормидонтов в своей монографии 1895 года «Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций»⁸⁵, – правильно скоординировать понятие фикции с другими родственными или похожими категориями. Этот систематизаторский проект, предпринятый не в последнюю очередь в связи с недовольством автора выводами Д.И. Мейера, безусловно, удовлетворял насущную потребность отечественной науки того времени, но с высоты сегодняшнего состояния исследований в этой области выглядит не слишком продуктивным.

К специальным работам по фикции примыкает и крупное исследование И.А. Покровского 1890-х годов, посвященное римскому различению исков с *formulae in factum conceptae* (формулами, составленными на основании факта) и *formulae in ius conceptae* (формулами, составленными на основании права). Разрабатывая эту тему, ученый подробно обсуждает вопрос об отнесении *formulae ficticiae* (формул с фикцией) к одной из названных категорий и

⁸⁰ Там же. С. 11.

⁸¹ Там же. С. 101.

⁸² Там же. С. 103.

⁸³ Там же. С. 105.

⁸⁴ Там же. С. 98-102.

⁸⁵ Указ. соч.

дополнительно обосновывает и развивает вывод, к которому пришел в свое время и Г. Демелиус, что иски с фикцией имели формулу *in factum*⁸⁶.

Помимо литературы, непосредственно посвященной фикциям римского права, большое значение для рассматриваемой проблематики имеют и исследования этого приема, прямо античного права не касающиеся. Дело в том, что в основе существующей научной традиции лежат именно труды по фикции в римском праве, и отправной точкой для всякого обсуждения фикций остаются разработки романистов XIX века, в значительной мере определившие современный облик этой области знания. Кроме того, поскольку речь идет о приеме, характерном для римского права, нельзя исключать, что современные теории фикции, предлагая объяснения фикции «вообще», проливают свет на те или иные черты этого элемента античного юридического метода. Вместе с тем, необходимо иметь в виду, что причины использования фикции античным и современными правопорядками могут не совпадать: вполне возможно, что, скажем, рационалистическое объяснение фикции Й. Эссера адекватно отражает современное положение дел, хотя и неверно для Древнего Рима.

В советской литературе обсуждение фикции редко шло дальше коротких замечаний⁸⁷. Иногда фикция привлекала внимание исследователей как

⁸⁶ Pokrowsky J. Die actiones in factum des classischen Rechts // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1895. Bd. 16. S. 18-20, 69-80 passim; Покровский И.А. Право и факт в римском праве. Ч. 1. Право и факт как материальное основание исков (Actiones in ius и in factum conceptae). Киев, 1898. С. 12-14, 64-75, passim; Pokrowsky J. Zur Lehre von den actiones in ius und in factum // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1899. Bd. 20. Passim. См. об этом вкратце: Покровский И.А. История римского права. М., 2004 (по изданию 1917 года). С. 185-186.

⁸⁷ См., например: Ильинский И.Д. Указ. соч. С. 44-45; Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 52, 277 («К своего рода связкам в нормативном материале, обеспечивающим оптимальное функционирование правовой системы, могут быть отнесены презумпции, юридические фикции... Возможно, одно из наиболее ярких материализованных выражений особенностей права как системного образования». «...Особые средства, используемые для

категория, противопоставленная презумпции: если последняя – есть допущение вероятного факта, то первая заведомо лишена истинности⁸⁸. В последние годы фикция стала чрезвычайно популярным предметом научных изысканий: выполнен целый ряд диссертационных исследований – как общетеоретических⁸⁹, так и отраслевых⁹⁰, публикуются специальные

обеспечения формальной определенности права – презумпции и юридические фикции»); Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. [Саратов], 1980. С. 91 («Юридическая фикция позволяет существенно упростить структуру фактического состава, способствует экономии в правовом регулировании общественных отношений»).

⁸⁸ Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе, 1976. С. 14-16; Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 25-33; Ср. также: Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 116-117.

⁸⁹ Душакова Л.А. Правовые фикции. Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2004; Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве. Дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004; Никиташина Н.А. Юридические предположения в механизме правового регулирования (правовые презумпции и фикции). Дис. ... канд. юрид. наук. Абакан, 2004; Курсова О.А. Фикции в российском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2001.

⁹⁰ Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. ист. наук. М., 2008; Филимонова И.В. Фикции в досудебном производстве : уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2007; Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию. Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004; Танимов О.В. Юридические фикции и проблемы их применения в информационном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2004; Панько К.К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении). Дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 1998. См. также: Щекин Д.М. Юридические презумпции в налоговом праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001 (автор по традиции подробно обсуждает вопросы разграничения презумпций и фикций).

монографии⁹¹ и статьи⁹². Обсуждается фикция и в рамках общих курсов по теории права⁹³. Вместе с тем приходится констатировать, что в большинстве своем их авторы остаются в плену представлений, в основном отброшенных уже в XIX столетии: на страницах отечественных сочинений фикция по-прежнему обсуждается с точки зрения истинности/ложности⁹⁴.

Зарубежная литература по фикции если и не безбрежна, то, по крайней мере, чрезвычайно обильна. Поэтому при проведении настоящего исследования учитывались только самые значительные, самые цитируемые труды в этой области. Речь идет, главным образом, о монографии Й. Эссера «Ценность и значение юридических фикций», которая впервые вышла в свет в 1940-м и без значительных изменений была переиздана в 1969 году⁹⁵, книге Л.Л. Фуллера

⁹¹ Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в гражданском праве. М., 2006; Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. Воронеж, 1998.

⁹² См., например: Карасева М.В. Презумпции и фикции в части первой Налогового кодекса РФ // Журнал российского права. 2002. № 9. С. 71-80; Зайцев И. Правовые фикции в гражданском процессе // Российская юстиция. 1997. № 1. С. 35-36. См. также: Скловский К.И. О природе сделки, передаче права и фикции действия // Основные проблемы частного права: Сб. ст. к юбилею д.ю.н., проф. А.Л. Маковского. М., 2010. С. 267-296.

⁹³ Так, А.В. Поляков рассматривает фикции как «своеобразные юридические факты»: «Они представляют собой искусственные юридические факты, чаще всего создаваемые правоприменителями на основе норм закона в интересах разрешения конкретных юридических дел» (Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб., 2004. С. 787; Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005. С. 402-403).

⁹⁴ См., например: Душакова Л.А. Указ. соч. С. 45, 71, 105-106; Курсова О.А. Указ. соч. С. 42, 49; Никиташина Н.А. Указ. соч. С. 33-38, 45-46, 48; Марохин Е.Ю. Указ. соч. С. 49, 91, 104; Танимов О.В. Указ. соч. С. 61-63. Исключение составляет, например, диссертация Е.А. Джазояна, которому знакомство с опытом зарубежных коллег помогло освободиться от этих средневековых (на что справедливо указывает сам автор) воззрений (см., например: Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве... С. 11).

⁹⁵ Esser J. Op. cit.

«Правовые фикции», составленной из немного переработанных статей автора 1930 – 31 годов и опубликованной в 1967-м⁹⁶, и подробном обсуждении фикции в фундаментальном труде Ф. Жени 1910-х – 20-х годов «Наука и техника в позитивном частном праве»^{97,98}.

Обзор литературы, посвященной фикции, был бы неполным без упоминания двух философских концепций, которые оставили значительный след в историографии вопроса. Предметом настоящего исследования является фикция как прием юридической техники. Правовую фикцию следует отличать от фикции как понятия теории познания, получившего наиболее заметное для юриспруденции звучание в рамках «философии «как если бы»» («die Philosophie des Als Ob»), или «философии фикционализма», Г. Файхингера, популярной, прежде всего, в Германии в 1910-е – 1920-е гг.⁹⁹. В одном ряду с учением

⁹⁶ Fuller L.L. Op. cit.

⁹⁷ Géný F. Op. cit. P. 259-264, 360-447.

⁹⁸ Помимо названных работ см. также: Bernhöft F. Zur Lehre von den Fiktionen // Aus Römischen und Bürgerlichem Recht. E.I. Bekker zum 16. Aug. 1907. Weimar, 1907. S. 241-290.

⁹⁹ Главный труд философии «как если бы» – Vaihinger H. Die Philosophie des Als Ob. Berlin, 1911 (к концу 1920-х гг. выдержал десять изданий). Основная идея этого философского направления заключается в следующем: «реальность, в которой обретается человек и обыденному уму предстающая как принудительная объективность, на самом деле по природе своей мнима и сконструирована из элементов, являющихся продуктами мыслительной работы, которые не обладают никаким реально-значимым содержанием, а от начала до конца являются выдумками, фикциями и созданы нами только в качестве технических средств нашего приспособления, как организмов, к условиям существования. Вводятся они и применяются не стихийно, произвольно, а сознательно, ориентированно на разумное целеполагание, как необходимые и до времени приемлемые средства решения наших жизненных проблем. Остаются же в употреблении до тех пор, пока они способны выполнять роль орудия приспособления и самосохранения человека до исчерпания этой их утилитарной функции. Новые условия будут требовать замены отработанных функций новыми. Познание – это неверно понятая и истолкованная деятельность по производству фикций, и наука – их главное, но не единственное вместилище. Ядро культуры составляют научные фикции,

Г. Файхингера стоит и «теория фикций И. Бентама», сформированная Ч.К. Огденом на основе наследия английского философа¹⁰⁰ и имеющая своим предметом не столько правовые фикции, сколько использование в юриспруденции фикций как категории теории познания¹⁰¹. Эту теорию необходимо отличать от известной – главным образом, благодаря своей эмоциональности – критике И. Бентама в адрес юридических фикций¹⁰².

Если исследователи трудов И. Бентама сходятся во мнении, что его творчеству хорошо известно различие между правовой фикцией и «фикцией в праве» или вообще взглядом на право как на фикцию – в философском смысле этого слова¹⁰³, – то для философии «как если бы» это различие не всегда было

полезность которых оправдывает их существование... Если традиционная догматическая трактовка науки сводилась к пониманию ее как системы истинных утверждений и содержательных понятий, то после ее критического анализа... следует уже говорить о системе сознательно принятых ложных утверждений и ничего не значащих фикций» (Аркан Ю.Л., Солонин Ю.Н. Философия фикционализма Ганса Файхингера: опыт ретроспекции и оценки // Размышления о философии на перекрестке второго и третьего тысячелетий. Сборник к 75-летию профессора М.Я. Корнеева. Серия «Мыслители». Выпуск 11. СПб., 2002. С. 30-31; см. также: Современная западная философия: Словарь / Малахов В.С., Филатов В.П. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 421, 432). В 1910-е – 1920-е гг. «фикционализм стал не только философской модой, но прямо-таки интеллектуальным наваждением, поразившим, подобно компьютерному вирусу, самые выдающиеся умы той эпохи». «Помимо естествознания в лице его основополагающих теорий, в особенности теории относительности, анализу подверглись гуманитарные науки, право, религия, искусство» (Аркан Ю.Л., Солонин Ю.Н. Указ. соч. С. 29, 32).

¹⁰⁰ Ogden C.K. Bentham's Theory of Fictions. London, 1932.

¹⁰¹ См. об этом: Stolzenberg N.M. Bentham's Theory of Fictions – A "Curious Double-Language" // Cardoza Studies in Law and Literature. 1999. № 11. P. 223-262.

¹⁰² Ср., например: «It has never been employed but to a bad purpose... It has never been employed but with a bad effect», «Она [т.е. правовая фикция – А.Ш.] всегда использовалась лишь с дурными целями... Она всегда использовалась лишь с дурным результатом» (The Works of Jeremy Bentham / J. Bowring. Vol. IX. Edinburgh; London, 1843. P. 77).

¹⁰³ Stolzenberg N.M. Op. cit. P. 230.

очевидным: сам Г. Файхингер видел в правовых фикциях одно из чистейших проявлений описанной им категории; за ним последовали и некоторые юристы¹⁰⁴. Одним из наиболее заметных сочинений в этой области стала статья Г. Кельзена, увидевшая свет в 1919 г. в первом томе «Анналов философии», журнала, основанного Г. Файхингером с целью разработки и обсуждения философии «как если бы»¹⁰⁵. Особенно информативной с точки зрения соотношения философского и юридического понятий фикции эту статью делает то обстоятельство, что Г. Кельзен критикует их отождествление, оставаясь лояльным самой философии фикционализма. «По Файхингеру», – пишет Г. Кельзен: «фикция характеризуется в равной мере как ее целью, так и тем средством, с помощью которого эта цель достигается. Цель – познание действительности, средство – фальсификация, противоречие... Она принадлежит теории познания, она имеет значение как средство познания. При этом речь идет о познании действительности (Wirklichkeit)... И противоречие действительности составляет одну из главных черт фикции»¹⁰⁶ (здесь и далее разрядка автора – А.Ш.). Такая фикция возможна и в юридической науке с той поправкой, что последняя направлена на познание не действительности, а должного, долженствования (Sollen). «В этом смысле в правовой науке существуют настоящие фикции, т.е. фикции теории познания... Фикции правовой теории... Например, понятие субъекта права или

¹⁰⁴ Литературу см. в: Bund E. Op. cit. S. 122; Esser J. Op. cit. S. 26-33; Fuller L.L. Op. cit. P. 95-96. С точки зрения влияния фикционализма на юриспруденцию показательны слова Л.Л. Фуллера как внешнего наблюдателя, принадлежащего к другой традиции: «эта книга произвела яркое впечатление на немецкие философские круги и имела особенно сильное влияние на немецкое правовое мышление». «Когда я начинал изучение литературы по фикциям, эта тема была окружена романтической аурой философии «как если бы» Г. Файхингера» (Fuller L.L. Op. cit. P. 95, VIII).

¹⁰⁵ Kelsen H. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob // Annalen der Philosophie. Bd. I. Leipzig, 1919. S. 631-658.

¹⁰⁶ Ibid. S. 631.

понятие субъективного права»¹⁰⁷. «Не таковы «юридические» фикции, используемые законодателем или правоприменителем, которые преимущественно имеет в виду Файхингер, не учитывая, что они собственно говоря не служат целям познания и, таким образом, не являются фикциями в логическом смысле»¹⁰⁸. И далее: «от теоретико-правовых фикций следует четко отличать так называемые «*fictiones iuris*», фикции правовой практики... это вообще не «фикции» в смысле Файхингера. Прежде всего, уже потому нет, что нормоустановительная, законодательная деятельность не является процессом познания, так как ее цель – не познание, ... она представляет собой волевое действие (*Willenshandlung*)»¹⁰⁹. «Принципиальное различие между фикцией теории познания и юридической фикцией законодателя заключается в том, что последняя не может включать противоречия действительности – природной или правовой... Такое противоречие возможно только в суждении о том, что есть, о сущем (и, если принять предложенное здесь расширенное понятие фикции, о том, что должно быть, о должном). Однако закон не может содержать такого суждения»¹¹⁰. Суть юридической фикции не в познании или описании сущего или должного («закон вообще ничего не утверждает»¹¹¹), а в урегулировании, в установлении для одного случая правил, предусмотренных для другого. Дело не в том, что «правоприменителя принуждают думать, будто оба случая одинаковы, равны (*gleich*)... То, что они «юридически» равны, означает лишь, что при естественных различиях (*Verschiedenheit*) состава наступают такие же, равные правовые последствия»¹¹². С этих позиций Г. Кельзен

¹⁰⁷ Ibid. S. 632-633.

¹⁰⁸ Ibid. S. 636-637.

¹⁰⁹ Ibid. S. 638.

¹¹⁰ Ibid. S. 639.

¹¹¹ Ibid. S. 643.

¹¹² Ibid. S. 639-644.

отказывается считать фикциями теории познания и преторские фикции, которые будто бы вступали в противоречие с законом. Это ошибочное воззрение вызвано игнорированием нормоустановительных функций претуры, неверным ограничением объективного права гражданским (*ius civile*)¹¹³. Подводя итог своему анализу юридических фикций сквозь призму философии «как если бы», Г. Кельзен заключает: «таким образом, с точки зрения теории права, фикция законодателя невозможна, фикция правоприменителя абсолютно недопустима»¹¹⁴. Что же касается фикций правовой теории, то они «не несут в себе ничего специфически правового, не являются методом, характерным для юриспруденции»¹¹⁵.

Критикуя применение философии «как если бы» к правовым фикциям, за Г. Кельзенем в основном следует Й. Эссер¹¹⁶. Кроме того, Й. Эссер справедливо обращает внимание на некорректность проверки юридической фикции на предмет соответствия философскому понятию фикции: построению понятия фикции в рамках теории познания предшествовала многовековая традиция использования фикции как специфического и самостоятельного приема юриспруденции, существенно отличающегося от нового понятия¹¹⁷.

Пространное обсуждение философии Г. Файхингера в работе Л.Л. Фуллера посвящено в основном собственно философским, а не юридическим фикциям¹¹⁸. Касаясь применения фикций теории познания в правовой сфере, Л.Л. Фуллер придерживается взглядов, близких позиции Г. Кельзена: вопрос о фикциях в праве сводится к вопросу о том, насколько право научно. Ответ Л.Л. Фуллера таков: «право можно изучать объективно и описательно – как это

¹¹³ Ibid. S. 645-646.

¹¹⁴ Ibid. S. 649.

¹¹⁵ Ibid. S. 658.

¹¹⁶ Esser J. Op. cit. S. 18-20, 26-33.

¹¹⁷ Esser J. Op. cit. S. 20.

¹¹⁸ Fuller L.L. Op. cit. P. 94-137.

делает «ученый». Отказываясь, по крайней мере, временно, от привилегии определять, что должно быть, можно изучать правовую систему, как она есть, и пытаться свести ее сложные построения к простому набору формул». Последние и будут фикциями в смысле Г. Файхингера. Так, всякую попытку описать «природу права в целом» («nature of law in general») Л.Л. Фуллер называет «юриспруденциальной фикцией»¹¹⁹. Иными словами, фикцией – в философском смысле – оказывается само понятие права. «Фикциями юридической техники» предстают понятия субъективного права и обязанности, правосубъектности и др.¹²⁰ Анализируя соотношение фикций теории познания и правовых фикций, «фикций правоприменения» («fictions of applied law»), Л.Л. Фуллер ограничивается указанием, что в их основе лежат «в некоторых случаях мотивы, по существу подобные тем, которые заставляют ученого прибегать к «фикции»¹²¹. Судя по всему, ученый видит сходство в описании нового в старых терминах¹²². Однако прием, описываемый понятием фикции в философии «как если бы», не сводится к этой черте человеческого мышления.

Проведенный обзор позволяет отметить основные вехи в истории научной разработки фикции, выделить ключевые идеи, вокруг которых вращается большинство теорий, и сформулировать вопросы, требующие разрешения. Прежде всего, можно констатировать, что современная правовая наука отказалась от некогда популярного отождествления юридического и философского понятий фикции: принципиальное различие между ними заключается в том, что правовая фикция не знает того противоречия между реальностью и ее концептуализацией, которое характерно для философской фикции; юридическая фикция не принимает один факт за другой, а сознательно сообщает одному факту правовое значение другого.

¹¹⁹ Ibid. P. 126-129.

¹²⁰ Ibid. P. 130.

¹²¹ Ibid. P. 130-131. Ср. также p. 63-70; 71-72.

¹²² Ibid. P. 71.

Понимание фикции как чего-то ложного, основанного на обмане, на несоответствии действительности известно и юристам. Подобные представления, распространившиеся в Средние века, европейской литературе удалось постепенно преодолеть в XIX столетии. Сознательно наделяя одну ситуацию правовым значением другой, юридическая фикция не вступает и не может вступить в конфликт с реальностью: утверждения типа «А не есть Б» и «да будет Б рассматриваться так, как если бы это было А» не находятся в состоянии противоречия, учитывая что второе не содержит суждения об истинном положении дел. Поэтому до сих пор господствующие в российской доктрине объяснения фикции, которые выстроены в понятиях истинности и ложности, приходится признать устаревшими.

Вместе с тем рационалистическое преодоление средневековых концепций привело европейскую доктрину к результату, который не кажется удовлетворительным. Вслед за учеными XIX века сегодняшние исследователи часто ограничиваются констатацией, что фикция – одна из разновидностей отсылки, выделяющаяся только специфической формой, или один из способов развития права по аналогии. Однако такие выводы, предлагая более или менее убедительные ответы относительно родовой принадлежности (*genus proximum*) рассматриваемого приема, обходят вниманием главный вопрос, вопрос о характерных чертах самой фикции, выделяющих ее среди однородных явлений (*differentia specifica*): почему в некоторых случаях отсылка или аналогия принимают именно такую причудливую форму?

Наконец, в абсолютном большинстве теорий фикция предстает инструментом развития права. Поскольку речь идет именно о развитии, а не о дискретном процессе замены одного права другим, функционирование фикции описывают диалектически, говоря, что она позволяет продвигаться вперед без изменения освященного традицией порядка. Частое использование фикций римлянами создает впечатление зависимости античного правотворчества от

существующего нормативного строя (эту зависимость объясняли, в частности, формализмом или консерватизмом римской юриспруденции).

Цель и задачи исследования. Основная цель нашей работы – выяснить, что заставляет римлян прибегать для развития права к такому странному приему, как юридическая фикция; какие представления римлян о праве вызвали к жизни юридическую фикцию. Настоящее исследование продвигается к достижению поставленной цели нетрадиционным путем. Признавая, что римляне не создали развернутой теории фикции¹²³, мы тем не менее полагаем, что имеющиеся источники позволяют реконструировать представления античных юристов о роли и значении этого приема. Соответственно, первая задача, подлежащая разрешению, – восстановить взгляды на фикцию самих римлян.

Очевидно, что объяснение фикции, предложенное античными авторами, может оказаться и неудачным. Не исключено, что римские юристы неверно интерпретируют причины, заставляющие их правопорядок то и дело прибегать к помощи данного инструмента. Это обстоятельство предопределило две другие задачи, решаемые в рамках настоящего исследования: необходимо проверить, во-первых, действительно ли для римского юридического метода характерны те черты, к которым апеллирует объяснение фикции, найденное знатоками права, и, во-вторых, согласуется ли это общее объяснение с конкретными случаями использования фикции.

Структура работы задана поставленными задачами. Работа состоит из введения, трех глав, распадающихся на семь параграфов, заключения и списка использованных источников и литературы. Первая глава посвящена реконструкции римского объяснения фикции (первый параграф) и лежащих в его основании натуралистических представлений о праве (второй параграф). Во второй и третьей главах осуществляется проверка соответствия этого объяснения конкретному опыту использования фикции.

¹²³ Ср., например: Bianchi E. *Fictio iuris*... P. 24-27, 73.

Источники. При формировании корпуса источников для настоящего исследования, а также при работе с конкретными памятниками мы руководствовались общепринятыми в современной романистике методологическими установками, сформировавшимися в середине XX в.¹²⁴. В поле нашего зрения попали не только так называемые юридические источники (законы, постановления сената, императорские конституции, сочинения юристов), но и произведения античных интеллектуалов – историков, грамматиков, ораторов, антикваров, комедиографов. Что касается юридических источников, то они представлены в работе как текстами, доведенными до нас рукописной традицией, так и папирологическими и эпиграфическими материалами, которые содержат нормативные акты и документы повседневной практики. Большое значение для исследования имели реконструкции не дошедших до нас античных текстов (законов XII таблиц¹²⁵, Вечного эдикта и

¹²⁴ См., прежде всего: Kaser M. Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1952. Bd. 61. S. 60-101; Id. Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung. Wien, 1972; Orestano R. Diritto romano // Novissimo digesto italiano. Vol. V. Torino, 1960. P. 1024-1047. См. об этом вкратце: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 18; Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 92; Скрипилев Е.А. Дигесты Юстиниана – основной источник познания римского права // Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. М., 1984. С. 15.

¹²⁵ Использовалась реконструкция Р. Шелля (Schöll R. Legibus duodecim tabularum reliquiae. Lipsiae, 1866). Именно она приобрела статус общепризнанного стандарта, хотя ее систематика считается теперь – после убедительной критики М. Лаурии – условной (Wieacker F. Grundlagen der Systembildung in der römischen Jurisprudenz // La sistematica giuridica. Roma, 1991. S. 65; Id. Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt. Einleitung. Quellenkunde Frühzeit und Republik. München, 1988. S. 290; Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. Bd. I. / W. Suerbaum. München, 2002. S. 68 (Verf. D. Liebs). Обзор источниковедческой традиции и истории воссоздания текста см. в работах: Diliberto O. Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX). Roma, 2001; Fögen M.T. Römische

сочинений юристов¹²⁶). Преодоление интерполляционизма, обоснованное учеными прошлого столетия, позволило нам опираться на презумпцию содержательной подлинности античных текстов даже тогда, когда в них обнаруживались формальные дефекты. Большим подспорьем при работе с источниками стала электронная база «*Bibliotheca iuris antiqui*».

Хронологические рамки исследования. История фикции уходит корнями глубоко в раннюю предклассику или даже архаику: есть все основания утверждать, что, по крайней мере, в конце III в. до н.э. этот прием был уже хорошо знаком римлянам, но законы XII таблиц середины V в. до н.э., насколько мы можем судить о них, фикций еще не содержат. Для последующих эпох фикция – привычный элемент юридического инструментария, находящий широкое и частое применение. Понятно, что изучение первого опыта обращения к новому техническому приему сулит богатую информацию о причинах его появления. Вместе с тем известно, что тот период развития римского права, когда зародилась фикция, обеспечен источниками скудно.

Что же касается истории теоретического осмысления фикции римской юриспруденцией, ключевого для настоящего исследования, то единственное известное нам объяснение данного приема принадлежит, по всей видимости, Марку Антистию Лабеоу, юристу, чей расцвет пришелся на правление Августа (конец I в. до н.э. – начало I в. н.э.). О его взглядах мы можем судить лишь по изложению Гая, автора учебника середины II в. н.э.

Эти обстоятельства определили хронологические рамки исследования: большое внимание в работе уделяется первым известным случаям использования фикции (до конца III в. до н.э.); ограниченность источников по этому периоду требует обращения к более поздним эпохам, поэтому выводы,

Rechtsgeschichten: über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems. Göttingen, 2002. S. 63-74.

¹²⁶ Абсолютным авторитетом пользуются сегодня работы О. Ленеля: Lenel O. Das Edictum perpetuum. Leipzig, 1927; Id. Palingenesia iuris civilis. Lipsiae, 1889.

полученные при анализе ранних фикций, проверяются на материале поздней предклассики, классики и постклассики (I в. до н.э. – V в. н.э.); римские представления о фикции реконструируются в рамках периода с конца I в. до н.э. до середины II в. н.э.

Методология исследования. При работе с текстами античных источников использовался стандартный набор приемов юридической экзегезы: для достижения полноценного понимания текста сочетались лингвистический, систематический, логический и исторический методы толкования. В соответствии с господствующим в романистике подходом¹²⁷ оценка полученных таким образом результатов осуществлялась, как правило, без обращения к понятийному аппарату современной юридической догматики, который был востребован лишь с целью перевода некоторых выводов на язык сегодняшней правовой теории. Изучение техники работы римских юристов было ориентировано феноменологически: нашей задачей был не поиск чистых и правильных форм аргументации, а осмысление действительного методического опыта античных правоведов¹²⁸.

Научная новизна исследования. Настоящая работа предлагает новый ответ на вопрос, давно изучаемый романистикой и общей теорией права. Популярность фикции увязывается с фундаментальными представлениями римлян о соотношении правового и фактического в социальной реальности и о месте сознательного правотворчества в системе социальной регуляции. В работе предлагается объяснение фикции, согласованное с представлениями римских юристов о праве, и на материале источников верифицируется адекватность такого объяснения применительно к различным частным случаям использования этого приема.

¹²⁷ См. об этом: Gallo F. Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica. Torino, 2010. P. 28-30

¹²⁸ Ср.: Bund E. Juristische Logik und Argumentation. Freiburg, 1983. S. 9.

Ключевой частью исследования стала реконструкция воззрений самих римлян на роль фикции. В отечественной и зарубежной науке такая аналитическая работа ранее не осуществлялась.

Основные положения, выносимые на защиту

1. По римскому воззрению, сложившиеся типы социального взаимодействия обладали определенным правовым значением от природы. Социальный факт и его правовые последствия не противопоставляются друг другу, воспринимаясь как органическое единство. Правовое значение не закрепляется за фактами правотворческой инстанцией, а имманентно им от природы. Поэтому юридические последствия не могут быть отделены от вызывающего их факта и привязаны к новым ситуациям, а состоявшийся факт нельзя лишить его природного правового значения.

2. Фикция как прием римской юридической техники, нашедший широкое и частое применение, вызвана к жизни именно такими натуралистическими представлениями о праве, которые в глазах римлян выставляли существующий нормативный социальный порядок объективной данностью, не подвластной сознательному нормотворчеству. Фикция – способ преодолеть зависимость субъекта правотворчества от этой объективной нормативной реальности. Такое понимание фикции известно уже самим римским юристам: источники позволяют реконструировать концепцию Лабейона и Гая, в рамках которой фикция предстает объективно необходимым элементом юридического метода, позволяющим правотворческой инстанции преодолевать связанность природными ограничениями.

3. Римлянам была чужда трактовка фикции в категориях «истина – ложь», восходящая к концепциям средневековых юристов и обоснованно отброшенная современной европейской наукой. Дело не только в том, что античные юристы не интерпретировали этот прием как основанный на лжи, обмане или притворстве, но и в том, что подобные интерпретации не согласуются с

материалом источников: все участники правового общения отдавали себе отчет, что фиктивно принятые обстоятельства не соответствуют действительности.

4. Фикция в формуле усыновления (*adrogatio*) используется для того, чтобы оформить отношение «усыновитель – усыновляемый» по модели отношения «отец – сын». Необходимость обращения к фикции, будто усыновляемый родился в законном браке усыновителя и его жены, связана с тем, что юридическая форма отношений между отцом и сыном мыслится в органическом единстве со всеми остальными элементами института семьи и кажется неспособной к переносу на новую почву в отрыве от традиционного социального контекста. Адекватность этого объяснения, в пользу которого говорит обширный материал источников, подтверждает обоснованность натуралистической концепции фикции.

5. Законы, призванные заполнить пробел в системе назначения опекунов, прибегают к фикции, будто назначенный магистратом опекун – ближайший агнатский родственник подопечного. Обращение к фикции с целью наделить опекунов нового типа статусом законных продиктовано все тем же убеждением в объективности и незыблемости исконного порядка назначения опекунов, который не может быть изменен законом: при недопустимости наделения ролью законного опекуна того, кто не был ближайшим агнатом подопечного, ввод на эту роль лица, назначенного магистратом, требовал допущения, что оно состоит с подопечным в ближайшем агнатском родстве.

6. Фикция несуществования как способ лишить состоявшийся юридический факт правовых последствий получает распространение, поскольку социальный факт и его правовое значение в свете натуралистических представлений о праве воспринимаются римлянами как неразрывные, и кажущийся конфликт между утверждениями типа «стипуляция совершена» и «стипуляция не произвела эффекта» снимается посредством фикции, будто стипуляция не была совершена.

7. Сходные причины заставляют римлян обращаться к фикции, будто стипуляция или завещание были составлены в той или иной редакции: считалось невозможным придать свершившемуся волеизъявлению объективно не связанное с ним правовое значение; для этого необходимо модифицировать само волеизъявление.

8. Интерпретация конкретных случаев использования фикции в свете натуралистической теории обнаруживает важную особенность римского юридического метода: работа античного общества над своим правом начинается с познавательной, а не творческой деятельности; поскольку многие правовые институты, многие типы социального взаимодействия мыслятся как природные, а не волеустановленные, главное дело юриста – не создание нового, а постижение существующего от природы права. Правовое творчество, одним из главных приемов которого была фикция, опирается на плоды этой познавательной деятельности, и не претендует на выход за рамки, заданные объективной правовой реальностью, которая и составляет предмет познания.

Рекомендации по использованию научных выводов. Полученные в результате настоящего исследования выводы могут быть использованы юридической романистикой, историей и теорией права и государства при дальнейшей разработке проблем юридического метода, а также цивилистическими дисциплинами, например, при изучении истории отдельных институтов частного права. Сделанные выводы и содержащийся в работе фактический материал могут использоваться в преподавательской деятельности.

Апробация результатов исследования осуществлялась посредством публикации специальных статей в научных изданиях¹²⁹, в форме сообщений на

¹²⁹ Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве на примере Дигест Юстиниана // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 1. С. 45-52 (0,4 п.л.); Он же. Юридическая фикция в древнеримской формуле усыновления: к вопросу о зависимости правотворчества от нормативной структуры общества // Труды Института

конференциях и семинарах¹³⁰, путем использования полученных выводов в преподавательской деятельности¹³¹. Многие результаты исследования

государства и права Российской академии наук. 2010. № 6. С. 59-72 (0,75 п.л.). Две статьи приняты в печать: Он же. Значение фикции в римском праве на примере формулы усыновления (*adrogatio*) // Вестник древней истории. 2011. № 3 (1,8 п.л.); Он же. Фикция в законодательстве об опеке // Древнее право. 2011. № 26 (1,7 п.л.).

¹³⁰ На IV Международной конференции по римскому праву «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права», проходившей в Москве, Иваново и Суздале 25–30 июня 2006 года, сделан доклад на русском языке «*Beneficium cedendarum actionum* в современном контексте». Текст опубликован: Ширвиндт А.М. *Beneficium cedendarum actionum* в современном контексте // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права. Материалы заседаний IV Международной конференции по римскому праву, Москва–Иваново (Суздаль), 25–30 июня 2006 г. Иваново, 2006. С. 238-242. См. также: Миньери Л. Хроника IV Международной конференции «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права». Иваново (Суздаль) – Москва, 25-30 июня 2006 г. // <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Minieri-Cronaca-rus.htm>. На V Международной конференции по римскому праву «Римское частное и публичное право», которая проходила в Москве и Суздале 25-30 июня 2009 года, сделан доклад на русском языке «*Quodammodo* в текстах Павла». На международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы», которая состоялась в Санкт-Петербурге 27-29 мая 2010 года, сделано сообщение на русском языке «Аргументативное значение фикции на примерах контроверз между сабинианцами и прокулианцами». Тезисы опубликованы: Рудоквас А.Д., Новиков А.А. Хроника международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы» (27-29 мая 2010 г., Санкт-Петербург) // Закон. 2011. № 3. С. 195. В рамках VI международного семинара «Римское право и современность» по теме «Индивидуум и *res publica* в римском и современном праве. Античный опыт юридической онтологии понятия ‘*persona*’», который проходил 26-29 октября 2010 года в Неаполе (Италия), сделан доклад на итальянском языке «*L'uso della finzione nel diritto delle persone della Roma antica*» («Использование фикции в праве лиц Древнего Рима»). Текст на итальянском языке (0,7 п.л.) принят к публикации в материалах семинара. Хронику семинара см.: Sacchi O. VI Seminario Internazionale “Diritto Romano e Attualità”. “Individui e *res publica*. dall’esperienza giuridica romana alle concezioni contemporanee. Il problema della persona”. S. Maria Capua Vetere e

обсуждались в рамках Академического семинара по комментированию текстов классической римской юриспруденции в Институте государства и права РАН. Работа обсуждена на заседании Сектора истории государства и права, политических учений Института государства и права РАН.

Napoli, 26-29 ottobre 2010. Breve cronaca // <http://www.dirittoestoria.it/9/Cronache/Sacchi-Persona-diritto-antico-contemporaneo.htm>.

¹³¹ В рамках общего курса «Римское право», дважды прочитанного на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова в 2010-2011 годах, а также при проведении на юридическом факультете семинарских занятий по гражданскому праву в 2008-2011 годах.

ГЛАВА 1. ФИКЦИЯ КАК ПРОДУКТ НАТУРАЛИСТИЧЕСКИХ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ РИМЛЯН О ПРАВЕ

§ 1. Значение юридической фикции с точки зрения римлян: натуралистическая концепция

При всем богатстве литературы, посвященной фикции в римском праве и предлагающей различные объяснения этого приема античной юридической техники, без должного внимания остались взгляды на фикцию самих римлян. Конечно, рефлексия по поводу собственной методологии не была свойственна знатокам права: развернутых теорий, касающихся юридического метода, римские юристы не оставили и, разумеется, в большинстве случаев использование того или иного приема для обоснования конкретного решения не сопровождали его квалификацией. Поэтому современные попытки систематизации античного инструментария часто условны, а их авторы вынуждены оговариваться, что жесткие границы между разными приемами могут быть установлены лишь в редких случаях¹³². Вместе с тем нет оснований полностью отказывать римлянам во внимании к технике своей работы. Фикция, бесспорно, является одним из немногих – если вообще не единственным – приемов, отрефлексированных античными юристами¹³³. Осмысление римлянами фикции как особого технического инструмента со всей очевидностью проявилось в двух моментах – в использовании технического

¹³² См., например: Kaser M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung / Kaser M. // M. Kaser. Ausgewählte Schriften. S.l., 1976. Bd. I. S. 3-34; Bund E. Untersuchungen zur Methode Julians...; Horak F. Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. Innsbruck, 1969.

¹³³ Речь не идет, конечно, о «теории фикции», отсутствие которой справедливо отмечает, например, Э. Бьянки: Bianchi E. Fictio iuris... P. 24-27, 73.

термина «*fictio*», «*fingere*»¹³⁴ и в предпринятой Гаем попытке систематизации случаев обращения к фикции.

Вторым обстоятельством, свидетельствующим в пользу того, что римлянами фикция была осмыслена как особый прием юридической техники, является опыт Гая по систематизации различных фикций. Речь идет о пространном рассуждении в G.4.32 – 38. Помимо того, что автор «Институций» отводит этой теме столь обширную часть четвертой книги, внимание на себя обращает тот факт, что в G.4.34 Гай говорит о родах фикций: «*Nabemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis...*», «У нас существуют еще и фикции другого рода в некоторых формулах...». Эта фраза маркирует переход от фикций, которые встречаются в исках, построенных по образцу *legis actiones* (G.4.10: «*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*»¹³⁵), к фикциям «другого рода». В чем именно состояла разница между этими двумя родами фикций, сказать сложно – прежде всего, потому, что тридцать второму фрагменту четвертой книги предшествует большая лакуна (около 23 строк), и романистам приходится ограничиваться более или менее правдоподобными догадками как относительно содержания понятия *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*, так и относительно специфики используемых там фикций¹³⁶. Как бы там ни было, можно констатировать, что Гай не только использует понятие фикции для организации изложения на его основе, но и прилагает к нему диалектический метод, выделяя роды фикций, что свидетельствует о теоретической зрелости этого понятия.

¹³⁴ См. об этом во введении к настоящей работе.

¹³⁵ Ср. G.4.33: «*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur...*».

¹³⁶ Biscardi A. Une catégorie d'actions négligée par les romanistes, les actions formulaires “*quae ad legis actionem exprimuntur*” // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 21. 1953. P. 310-319; Bianchi E. Le «*actiones, quae ad legis legis actionem exprimuntur*» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes» // <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanobianchi.pdf>; Id. *Fictio iuris...* P. 205-259.

Итак, фикция была отрефлексирована римлянами как особый юридико-технический прием. Кое-какую информацию относительно его восприятия римлянами пытаются иногда извлечь из контекстов употребления соответствующего термина и из значений лексической группы «*fingere*», «*fictio*» и др. Дальше этого исследования римских воззрений обычно не идут. Между тем, наши источники дают определенные сведения о том, в каких случаях, по мнению римлян, и почему востребована фикция. Речь идет, главным образом, о тексте Гая G.3.194, значение которого усиливается более лаконичным, но основанным на тех же идеях *Gaius libro septimo ad edictum provinciale D.7.5.2.1*. Веса этому свидетельству придает и то, что рассуждение Гая оказывается элементом масштабной концепции, пронизывающей, по крайней мере, все учение о краже и восходящей к Лабеоу¹³⁷. Воссозданию взглядов Гая и, по всей видимости, стоящего за ним Лабео на роль фикции в процессе правотворчества и посвящен настоящий параграф.

Как бы красноречив ни был названный фрагмент «Институций», он апеллирует к столь фундаментальным представлениям римлян о структуре их правопорядка, что не может один лечь в основу выводов относительно таких представлений и нуждается в дополнительной поддержке источников. Эту поддержку мы предоставим ему двумя способами. Поскольку, как будет показано чуть ниже, потребность в фикции Лабео и Гай связывали с существованием объективной нормативной реальности, с которой вынужден считаться законодатель, и эта реальность воспринималась как данная от природы, в следующем параграфе настоящей работы будет показано на нескольких примерах, что римляне на самом деле были склонны к такому натурализму в восприятии социальной действительности и нередко противопоставляли порядок, установленный нормотворческой инстанцией,

¹³⁷ Не вполне понятен скепсис Э. Бьянки, который говорит, что текст Гая содержит рассуждение не столько о фикции как способе преодолеть зависимость закона от тех или иных объективных данных, сколько о законе (Bianchi E. *Fictio iuris...* P. 73, 349).

объективному природному порядку. Вторую опору концепция Лабеоны и Гая получит во второй и третьей главах настоящей работы, которые посвящены ее проверке на материале источников, документирующих различные случаи использования фикции: если эта концепция окажется способной адекватно объяснить обращение к фикции в подлежащих рассмотрению конкретных случаях, если обрывочные замечания источников о причинах и значении фикции в той или иной ситуации согласуются с абстрактным тезисом G.3.194, то тем вероятнее, что текст Гая передает взвешенное суждение античных юристов о месте и значении фикции, а не случайное замечание *en passant*.

Разумеется, проверка адекватности концепции Лабеоны и Гая конкретному нормативному материалу предпринимается нами не только и не столько для того, чтобы определить действительное значение G.3.194. Попытка интерпретации отдельных фикций римского права в свете концепции, которая на базе текстов Гая реконструируется в настоящем параграфе, сулит получение нового знания о римской юридической методологии независимо от того, выдвинул ли эту концепцию Лабеоны или современный наблюдатель. Сказанное тем более верно, что в результате проведенного исследования был сделан вывод об адекватности этой концепции проанализированному материалу.

Итак, в центре нашего внимания оказывается фрагмент «Институций» Гая G.3.194¹³⁸. Для восстановления контекста процитируем здесь также G.3.192 (в

¹³⁸ Если не принимать в расчет работы, посвященные институту кражи и оставляющие без внимания проблемы юридического метода (см., например: Watson A. «Si adorat furto» // Labeo. № 21. 1975. P. 193-196), фрагмент G.3.194 обсуждался в целом ряде публикаций, среди которых: Huvelin P. Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. T. I. Les sources. Lyon; Paris, 1915. P. 759-781 (анализ текста, выполненный П. Ювеном в своем фундаментальном исследовании римской кражи, по сей день остается самым развернутым и в значительной мере предвосхищает многие из сделанных нами наблюдений); Birks P. Fictions Ancient and Modern // The Legal Mind. Essays for T. Honoré. Oxford, 1986. P. 83-86; Daube D. Greek and Roman Reflections on Impossible Laws // Natural law forum. Vol. 12. 1967. P. 25-33; Giaro T. Romanistische Constructionsplaudereien // Rechtshistorisches Journal. 10. 1991.

G.3.193 Гай, чтобы раскрыть введенное в G.3.192 понятие *quaestio lance et licio*, объясняет, что следует понимать под словами «*licium*» и «*lanx*», и откуда происходят формальности, которыми обставлен обыск).

G.3.192: *Prohibiti actio* Иск в четырехкратном размере в связи с *quadrupli est ex edicto* воспрепятствованием [обыску со стороны *praetoris introducta. Lex* подозреваемого в краже] был введен эдиктом *autem eo nomine nullam* претора. Закон же не установил на этот случай *poenam constituit; hoc solum* никакого наказания, он предписывает только, *praecipit, ut qui quaerere* чтобы тот, кто хочет провести обыск, *velit, nudus quaerat, licio* обыскивал голым, опоясанный перевязью, с *cinctus, lancem habens; qui si* чашей [в руках], и если что-нибудь найдет, *quid invenerit, iubet id lex* закон повелевает, чтобы это было кражей, при *furtum manifestum esse.* которой вор пойман с поличным (*furtum manifestum*).

G.3.194: *Propter hoc tamen,* По той же причине, что закон повелевает, *quod lex ex ea causa* чтобы в таких случаях было *furtum manifestum,* *manifestum furtum esse iubet,* некоторые пишут, что бывает *furtum* *sunt qui scribunt furtum manifestum* либо по закону, либо по природе: *manifestum aut lege* по закону – то самое, о котором мы говорим,

P. 216-217; Bianchi E. *Fictio iuris...* P. 73, 349; Schwarz A.B. *Das strittige Recht der römischen Juristen//Festschrift Fritz Schulz. Bd. II. Weimar, 1951. S. 216-217* (А.Б. Шварцу данный фрагмент нужен только для того, чтобы продемонстрировать склонность Гая занимать собственную позицию лишь по сугубо теоретическим вопросам); Waldstein W. *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Bd. 15. Berlin; New York, 1976. S. 50*; Levy E. *Natural Law In Roman Thought // Id. Gesammelte Schriften. Bd. I. Köln; Graz, 1963. S. 9*; Stein P. *The Development of the Notion of Naturalis Ratio // Daube noster. Essays in Legal History for David Daube. Edinburgh; London, 1974. P. 307*; Archi G.G. „Lex“ e „natura“ nelle Istituzioni di Gaio // *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag. Köln, 1978*; Nörr D. *Rechtskritik in der römischen Antike. München, 1974. S. 99.*

<intellegi> aut natura: lege id по природе – то, о котором мы рассказали ipsum, de quo loquimur, выше¹³⁹. Но вернее признавать furtum natura illud, de quo superius manifestum только по природе: ведь закон не exposuimus. Sed verius est может сделать так, чтобы тот, кто не является natura tantum manifestum вором, пойманным с поличным, превратился в furtum intellegi; neque enim вора, пойманного с поличным, равно как [не lex facere potest, ut qui может закон сделать], чтобы тот, кто вообще manifestus fur non sit, не является вором, превратился в вора, а тот, manifestus sit, non magis кто не является прелюбодеем или убийцей, quam qui omnino fur non sit, превратился в прелюбодеем или убийцу. В то же fur sit, et qui adulter aut время закон вполне может сделать так, чтобы homicida non sit, adulter vel кто-либо подвергался наказанию, как если бы homicida sit; at illud sane lex совершил кражу или прелюбодеем или facere potest, ut proinde убийство, хотя бы он и не совершил ничего из aliquis poena teneatur, atque перечисленного.

si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.

Прежде чем перейти к обсуждению приведенных текстов по существу, необходимо сделать одно замечание относительно римской терминологии, касающейся кражи. Дело в том, что слово «furtum», которое мы перевели как «кража», имеет еще и второе значение – «краденая вещь»¹⁴⁰. Оба значения хорошо известны юридическим источникам¹⁴¹. В разделе «Институций», посвященном краже (G.3.183 – 209), который синтезирует многовековую

¹³⁹ Речь идет очевидно о G.3.184.

¹⁴⁰ Дворецкий И.Х. Указ. соч. С. 342; Oxford Latin Dictionary... P. 750.

¹⁴¹ См.: Huvelin P. Op. cit. P. 486 – 489; Neumanns Handlexikon... S. 225 – 226; Дыдынский Ф.М. Указ. соч. С. 242.

историю развития этого института и его научной интерпретации, слово «furtum» переливается своими значениями, что не может быть учтено в переводе.

Гай сообщает, что, согласно предписанию законов XII таблиц, при обнаружении украденной вещи у подозреваемого в ходе ритуального обыска (*quaestio lance et licio*) хозяин дома признавался совершившим *furtum manifestum*, т.е. «явную кражу», кражу, раскрытую при ее совершении¹⁴². Вместе с тем, описанная ситуация не укладывалась в содержание общепринятого в современную Гаю эпоху понятия *furtum manifestum*¹⁴³: «явную кражу» римские юристы видели только в тех случаях, когда вор так или иначе был пойман с поличным, при совершении преступления. Оживленная дискуссия, о которой мы хорошо информированы (G.3.184; D.47.2.3pr. – 47.2.7.3; Gell. I.18.11 – 14), вращалась вокруг вопросов, где и когда должен быть пойман вор с краденой вещью, чтобы его можно было квалифицировать как *fur manifestus*. Все подходы, получившие звучание в рамках этой дискуссии, были ориентированы на выявление временных и пространственных границ кражи: о *furtum manifestum* может идти речь только тогда, когда вор пойман до завершения задуманного. Обнаружение краденого при обыске происходило уже после того, как свершилась кража, и поэтому не укладывалось в представления об обычном *furtum manifestum*. Тогда некоторые авторы стали различать *furtum manifestum natura* и *furtum manifestum lege*. Первая категория соответствовала

¹⁴² См. также: Gell.XI.18.9; XVI.10.8; Festus s.v. *Lance et licio* (в пересказе Павла Диакона); Schoell R. Op. cit. P. 147 (XII T.VIII.14). Об этом правиле законов XII таблиц см.: Huvelin P. Op. cit. P. 40 – 55; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 158.

¹⁴³ Не исключено, что верны предположения Д. Даубе, по мнению которого, принципиальная разница между поимкой вора с поличным и обнаружением краденой вещи в результате обыска, по воззрениям того времени, когда принимались законы XII таблиц, отсутствовала (op. cit. P. 27). Нас же здесь интересует оценка древнего правила юристами I в. до н.э. – II в. н.э., которые, не реконструируя исторического контекста его появления, пытаются осмыслить это предписание с современных позиций.

общепринятому понятию, а вторая относилась к случаям, искусственно подведенным под него законом. Гай не соглашается с предложенным компромиссом и настаивает, что понятие *furtum manifestum* обнимает лишь те ситуации, которые являются таковыми «по природе», «*natura*». В обоснование этой позиции автор «Институций» указывает, что закон не может сделать вором, пойманным с поличным, человека, который в действительности не был уличен на месте и в момент совершения кражи, как не может закон сделать вором, убийцей или прелюбодеем того, кто в действительности названных преступлений не совершал. Это, однако, не означает, что закон не в силах распространить правовые последствия, установленные для того или иного правонарушения, на другие случаи: этого результата можно достичь, установив, что лицо, не совершавшее правонарушения, будет отвечать так, как если бы правонарушение имело место. Как видим, по воззрению, которого держится Гай, природные ограничения, сковывающие законодателя и не позволяющие ему объявить невра вором, могут быть соблюдены и в то же время с практической точки зрения преодолены с помощью фикции. И наоборот, без фикции такое преодоление невозможно¹⁴⁴.

В русле этих рассуждений лежит и сообщение Авла Геллия, передающее правило XII таблиц о последствиях обнаружения вещи при проведении *quaestio lance et licio*, – Gell. XI.18.9¹⁴⁵:

Ea quoque furta, quae per lancem Те же кражи, которые раскрывались *liciumque concepta essent, proinde ac* посредством чаши и перевязи,

¹⁴⁴ Т. Гьяро по поводу этого рассуждения Гая замечает, что «слабость его натуралистической позиции сразу становится очевидной, когда он на одном дыхании наделяет законодателя правомочием возложить не того, кто не является вором, прелюбодеем или убийцей, санкцию, предусмотренную для этих правонарушений» (op. cit. S. 217).

¹⁴⁵ Как ни странно, этот текст редко используется при обсуждении G.3.194. Известные нам исключения – Franchini L. *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*. Milano, 2005. P. 40-42; Daube D. Op. cit. P. 29.

si manifesta forent, vindicaverunt¹⁴⁶. [децемвиры] наказывали, как если бы они являлись [furta] manifesta.

Нетрудно заметить, что в этом описании законы XII таблиц уже не объявляют furtum manifestum ситуацию, когда ритуальный обыск оказался результативным: ошибка законодательной техники, указанная Гаем, в предложенной «Аттическими ночами» редакции отсутствует. Более того, формулировка Геллия соответствует предъявляемым Гаем юридико-техническим требованиям: для распространения наказания («vindicaverunt»), установленного для furtum manifestum, на случаи результативного обыска использована фикция, причем совпадение прослеживается и в языковой форме описания фикции – «proinde... atque si» + plusquamperfectum coniunctivi activi у Гая и «proinde ac si» + imperfectum coniunctivi activi у Геллия¹⁴⁷.

Из приведенных текстов Гая и Геллия Л. Франкини делает вывод, что законы XII таблиц предусматривали фикцию, будто хозяин дома, где при проведении ритуального обыска была обнаружена вещь, совершил furtum manifestum¹⁴⁸. Констатируя наличие такой фикции, автор, вероятно, исходит из того, что в обсуждаемом сообщении Геллия законы XII таблиц цитируются или пересказываются близко к тексту, и что, стало быть, они оперируют фикцией, предписывая наказывать хозяина дома, где был учинен результативный обыск, «так, как если бы» он совершил furtum manifestum.

Против этой трактовки можно выдвинуть два аргумента. Первый – не слишком весомый, но все же могущий служить в качестве дополнительного, – заключается в том, что имеющиеся в нашем распоряжении сообщения о

¹⁴⁶ Scil. decemviri (cfr. Gell. 11.18.6).

¹⁴⁷ Сопоставление текстов Гая и Геллия привело Д. Даубе к выводу, что Гай не был автором концепции, излагаемой в G.3.194, и дало основания для гипотезы, что эту концепцию сформулировал Лабейон, с воззрениями которого на виды кражи (G.3.183) она согласуется (op. cit. P. 29). Соглашаясь с этими тезисами, мы предлагаем ниже их развернутое обоснование.

¹⁴⁸ Franchini L. Op. cit. P. 41-42.

законах XII таблиц не регистрируют ни одной фикции (причем есть основания считать такое молчание говорящим, учитывая, что фикция – чрезвычайно яркий и привлекательный для пересказа прием, обращающий на себя внимание не только юриста, но и непрофессионала).

Второй аргумент таков: верность приведенной трактовки, предполагающей, что Геллий точно передает юридико-техническое оформление рассматриваемого правила, означала бы, что Гай – автор одного из двух¹⁴⁹ комментариев к законам XII таблиц¹⁵⁰, оставленных классической юриспруденцией, и один из немногих римских юристов, интересовавшихся историей права¹⁵¹, – либо сознательно искажил содержание памятника, либо пользовался менее достоверными источниками, чем Геллий. Несостоятельность первого объяснения очевидна. В «Институциях» закон критикуется именно за то, что использовал не уместную в данном случае фикцию, а недозволенный с философско-правовой точки зрения прием, объявив *furtum manifestum* то, что в действительности таковым не является. Можно ли представить себе, что Гай, последовательно критикующий законы XII таблиц именно за подобные технические неточности, не заметил или сознательно скрыл, что в данном случае законодательная техника как раз таки соответствует предъявляемым им требованиям?

¹⁴⁹ Первым комментатором в эту эпоху был Лабеон (Lenel O. *Palingenesia...* Vol. I. Col. 501). См.: Pernice A. *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit.* Bd. I. Halle, 1873. S. 51 – 54.

¹⁵⁰ Lenel O. *Palingenesia...* Vol. I. Col. 242-246.

¹⁵¹ Schulz F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft...* S. 229-230. Историко-правовой интерес Гая проявился не только в самом факте составления комментария к законам XII таблиц, утратившим ко второму веку н.э. почти всякое практическое значение, но и в его знаменитой *praefatio* к этому произведению, воспевающей историю права (D.1.2.1), а также в частых исторических экскурсах, которыми богаты «Институции» (см., например, G.4.11-29, где дается пространное описание легисакционного процесса).

Предположение, будто причина «исчезновения» фикции из законов XII таблиц в изложении Гая – недостоверность использованных им источников, также наталкивается на серьезные возражения. Прежде всего, обратим внимание на то обстоятельство, что либо сам Гай, либо его источник имели в распоряжении не один, а несколько источников по обсуждаемому положению законов: «...sunt qui scribunt...». Более того, эти анонимные «qui» единогласно придерживались подхода, в соответствии с которым рассматриваемое предписание законов требует признания *furtum manifestum lege* наряду с *furtum manifestum natura*, поэтому, вероятнее всего, помимо упомянутых авторов Гаю или его источнику были известны и другие. В пользу такого вывода говорит и сопоставление рассматриваемого фрагмента с G.3.64, 3.183, 3.193, 4.1, 4.60 и другими текстами: скорее всего, говоря «sed verius est...» в G.3.194, Гай присоединяется к одной из спорящих сторон¹⁵².

Против скудости источниковой базы Гая говорит и обилие ссылок на разных авторов – с указанием источника или без – как в его «Комментарии к законам XII таблиц»¹⁵³, так и «Институциях»: если ограничиться фрагментами, посвященными краже, достаточно указать на G.3.183, где приводятся мнения Сервия, Сабина и Лабеоны, G.3.184, где излагаются четыре подхода к *furtum manifestum*, каждый из которых имел своих сторонников¹⁵⁴, G.3.193, где упоминается дискуссия о понятии «*licium*», G.3.196, где Гай ссылается на *veteres*. Как видно, Гай или его источник пользовались обширной литературой, посвященной законам XII таблиц и содержащимся в них правилам о краже вообще, а также правилу о распространении режима *furtum manifestum* на

¹⁵² Schwarz A.B. Op. cit. S. 210, 216–220.

¹⁵³ Lenel O. Palingenesia... Vol. I. Col. 242-246 (см., например, D.2.4.18 («*plerique putaverunt*»), D.2.4.20 («*nemo dubitat*»)).

¹⁵⁴ Одним из таких – анонимных в изложении Гая – авторов был, как известно, Мазурий Сабин, автор монографии о краже, «*De furtis*» (Gell. I.18.11-14; Lenel O. Palingenesia... Vol. II. Col. 187), которая была основным источником для Гая и Геллия (Huvelin P. Op. cit. P. 41, *passim*).

хозяина дома, где состоялся результативный обыск, в частности, причем речь идет, если и не исключительно, то, по крайней мере, преимущественно о профессиональной юридической литературе. Это обстоятельство делает маловероятным, что о фикции было известно Геллию, но не Гаю. Кроме того, сам факт возникновения учения о *furtum manifestum lege* и *natura* говорит в пользу того, что и его авторы («qui»), а также их вероятные оппоненты, имели перед глазами редакцию законов, не содержащую фикции: ведь если бы в XII таблицах была употреблена формулировка вроде той, которая звучит в «Аттических ночах», эта дискуссия не имела бы смысла – сам закон ясно давал бы понять, что одно дело – *furtum manifestum*, другое – результативный обыск, *furtum manifestum* не являющийся, но с точки зрения санкции рассматриваемый, «как если бы налицо было *furtum manifestum*».

Изложенное позволяет сделать вывод, что, по всей вероятности, фикция, о которой говорит Геллий, в законах XII таблиц отсутствовала. Если Р. Шелль, не считая возможным дословное воссоздание этого положения законов, ограничивается цитатой Геллия¹⁵⁵, то господствующее мнение полагает вполне обоснованной такую частичную реконструкцию: «*furtum manifestum esto*»¹⁵⁶. Означает ли это, что Геллий пользовался источником, передававшим искаженную редакцию законов XII таблиц, или сам неверно пересказал обсуждаемое предписание?

Надо сказать, что противоречие между сообщениями Гая и Геллия возникает только в том случае, если видеть в Gell. XI.18.9 утверждение, будто законы XII таблиц прибегали именно к использованной автором формулировке. Однако такого утверждения в тексте нет. Ведь, строго говоря, по существу Геллий прав: он верно описывает правило законов, отливая их предписание в новую форму. Не будь Гай так внимателен к юридико-техническим деталям, не

¹⁵⁵ Schöll R. Op. cit. P. 147.

¹⁵⁶ Huvelin P. Op. cit. P. 44; Daube D. Op. cit. P. 26 – 27 (Д. Даубе проводит параллель с «*parricidas esto*» и «*iure caesus esto*»).

желай он лишний раз указать на правильное соотношение социальной реальности и закона, не стремись он, наконец, к исторической точности, он, пожалуй, тоже мог бы передать правило законов словами Геллия. Если согласиться с этим и увидеть в тексте «Аттических ночей» воспроизведение оригинального предписания в новой форме, передачу неуклюжей формулировки законов в терминах современной юридической техники, возникает вопрос, мог ли Геллий – этот «некритичный, но ценный собиратель»¹⁵⁷ – самостоятельно ввести фикцию для описания правила законов XII таблиц? Едва ли ответ будет утвердительным: вряд ли существуют основания приписывать эту находку Геллию, явно не обладавшему достаточными познаниями в юриспруденции. Сложно представить себе, чтобы Геллий, имея перед собой цитату спорного положения законов XII таблиц, аналогичную той, с которой работали Гай или его источник, стал заменять оригинальную формулировку на фикцию. Скорее всего, эту фикцию Геллий нашел в источниках, из которых черпал знания о законах¹⁵⁸. Вполне возможно, что юрист, из работы которого Геллий узнал об обсуждаемом положении, высказывал сомнения, подобные тем, что звучат в G.3.194. Таким юристом мог быть, например, Лабейон, на комментарий которого к законам XII таблиц Геллий прямо ссылается трижды¹⁵⁹ и который, как будет показано ниже, скорее всего, был автором теории, отстаиваемой Гаем и предлагающей фикцию как более уместную форму для подобных предписаний. Источник Геллия либо ограничился фикцией при передаче правила XII таблиц, либо указал, что хотя закон и говорит: «furtum manifestum esto», правильнее было бы сказать: «как

¹⁵⁷ Вслед за Г.Э. Дирксом (см. следующую сноску) Л. Венгер: Wenger L. Die Quellen des römischen Rechts. Wien, 1953. S. 211.

¹⁵⁸ О работе Геллия с сочинениями римских юристов см.: Dirksen H.E. Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, in den Noctes Atticae des A. Gellius // H.E. Dirksens nachgelassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Altertumskunde. Bd. I. Leipzig, 1871. S. 21-63.

¹⁵⁹ Lenel O. Palingenesia... Vol. I. Col. 501 (Gell. VI.15.1; I.12.18; XX.1.13).

если бы было *furtum manifestum*». Геллий мог выбрать из двух вариантов тот, который его авторитетный источник рассматривал как более корректный.

Таким образом, можно заключить, во-первых, что из G.3.194 и Gell. XI.18.9 не следует, что законы XII таблиц предписывали наказывать хозяина дома, где при обыске *lance et licio* была обнаружена краденая вещь, «так, как если бы» он совершил *furtum manifestum*. Во-вторых, изложенное дает серьезные основания для прямо противоположного вывода: вероятнее всего, законы XII таблиц такой фикции не содержали. В-третьих, идея, что подобные предписания следовало бы формулировать с помощью фикции, звучащая в «Институциях» Гая, известна уже источнику Геллия.

Итак, Гай в G.3.194 и, видимо, другие юристы, оказавшие влияние на него и на Геллия, занимают следующую позицию, критикуя положение законов XII таблиц: закон не в силах изменить содержание понятия, описывающего ту или иную группу юридически значимых фактов, ту или иную группу ситуаций социального взаимодействия, релевантных для права (*furtum manifestum*, *furtum*, *homicidium*, *adulterium*); вместе с тем, закон может распространить санкцию, предусмотренную для известных случаев, охваченных соответствующим понятием, на иные ситуации; это осуществимо посредством фикции. Закон не может сделать невра вором, но может возложить на него ответственность, предусмотренную для воров, как если бы он был вором.

Концепция, согласно которой ответственность за кражу может наступать и в случаях, не отвечающих признакам кражи, а сам по себе факт наличия ответственности за кражу не является основанием для признания соответствующей ситуации кражей, звучит и в других текстах Гая.

G.3.186¹⁶⁰: *Conceptum furtum* О «*conceptum furtum*» говорят, когда у *dicitur, cum apud aliquem testibus* кого-либо в присутствии свидетелей

¹⁶⁰ Оба фрагмента дословно воспроизведены в Институциях Юстиниана – I.4.1.4 (единственное незначительное изменение порядка слов носит стилистический характер – в обоих случаях местами поменялись слова «*data*» и «*tibi*»).

praesentibus furtiva res quaesita et разыскивалась и была найдена краденая inventa est: nam in eum propria вещь. Дело в том, что, хотя [он] и не actio constituta est, quamvis fur является вором, против него создан non sit, quae appellatur concepti¹⁶¹. специальный иск, который называется «[actio] concepti».

G.3.187: Oblatum furtum dicitur, Об «oblatum furtum» говорят, когда кто- cum res furtiva tibi ab aliquo oblata нибудь передал тебе краденую вещь, и ее sit eaque apud te concepta sit, обнаружили у тебя при обыске, по utique si ea mente data tibi fuerit, крайней мере, если она была передана ut apud te potius quam apud eum тебе с тем намерением, чтобы ее qui dederit, conciperetur. Nam tibi, обнаружили у тебя, а не у того, кто apud quem concepta est, propria передал. Так вот для тебя, у которого adversus eum qui optulit, quamvis [вещь] была обнаружена, введен fur non sit, constituta est actio, специальный иск против того, кто <quae> appellatur oblati. передал, хотя [он] и не является вором, [и этот иск] называется «[actio] oblati».

Обсуждая «furtum conceptum» и «furtum oblatum», Гай акцентирует внимание на том, что для описанных случаев введены специальные иски, которые называются «actio concepti» и «actio oblati», хотя в действительности лицо, против которого они даются, не является вором («quamvis fur non sit»). Эти тексты связаны с G.3.194 не только содержательно, но и формально: «quamvis fur non sit» в G.3.186 и 187 перекликается с «qui manifestus fur non sit», «qui omnino fur non sit», «qui adulter aut homicida non sit» в G.3.194.

Примечательно, что рассматривая furtum manifestum и furtum nec manifestum, Гай отвечал на вопросы, что такое furtum manifestum и, соответственно, что такое furtum nec manifestum (G.3.184: «manifestum furtum... id esse», «manifestum furtum esse», «furtum manifestum esse»; 185: «Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus, intellegitur. Nam quod manifestum

¹⁶¹ Scil. furti.

non est, id nec manifestum est»). С переходом к *furtum conceptum* и *furtum oblatum* постановка вопроса меняется: теперь Гай не обсуждает, чем являются *furtum conceptum* и *furtum oblatum*, а объясняет, почему в определенных случаях говорят о «*furtum conceptum*» и «*furtum oblatum*», почему некоторые ситуации так называют (G.3.186 и 187: «*dicitur*», «*apellatur*»)¹⁶². Перемена в словоупотреблении сигнализирует о том, что Гай по каким-то причинам считает необходимым остановиться на терминологической стороне вопроса¹⁶³. Каковы эти причины? Случаи, когда Гай обращает внимание на термины (соответствующие пояснения обычно вводятся словами «*dicitur*», «*vocatur*», «*appelatur*») можно условно разбить на несколько групп. Чаще всего он специально останавливается на юридико-технической терминологии, на профессиональном жаргоне, нередко берущем свое начало от устаревших, вышедших из употребления слов, и объясняет ее происхождение. Так, в G.1.1 разъясняются термины «*ius civile*» и «*ius gentium*», которые человек, не сведущий в юриспруденции, вряд ли поймет правильно, в G.1.99 – «*adrogatio*», в G.1.112 – «*confarreatio*», в G.1.121 – «*mancipatio*», в G.2.59 – «*usureceptio*», в G.2.102 – «*testamentum per aes et libram*», в G.2.104 – «*nuncupatio*», в G.2.61 – «*praediator*», в G.3.154a – «*ercto non cito*» и «*erus dominus*», в G.4.35 – «*actio Rutiliana*», в G.4.126 – «*replicatio*», в G.4.169 – «*iudicium secutorium*». В целом ряде случаев с помощью «*dicitur*», «*vocatur*», «*apellatur*» Гай, очевидно, с целью

¹⁶² В EG.2.11.2 эти различия исчезают: применительно к *furtum manifestum* используется «*dicitur*», а к *furtum nec manifestum* – «*appelatur*».

¹⁶³ Если не принимать во внимание выражение «*ius diciere*» (G.2.279 и 4.80), слово «*dicitur*» употребляется Гаем еще в одном значении, которое можно передать русскими «принято считать», «обычно говорится», «говорят». В таких случаях с помощью «*dicitur*» Гай ссылается на широко распространенное мнение, на общеизвестную информацию, зачастую не имеющую конкретного источника. Таковы, например, G.1.32b, 2.221, G.4.114, G.4.35, где Гай ссылается на правовые акты, мнения юристов, исторические сведения, известные ему только понаслышке, и G.1.140, 2.78, 3.153, 3.198, где приводятся общепринятые мнения по правовым вопросам.

заострить внимание ученика на сложном слове или выражении, подлежащем запоминанию, вводит новые технические термины, не объясняя их происхождения. Таковы G.1.114 – «*matrimonii aut fiduciae causa coemptionem facere*», G.1.115 и 195a – «*tutor fiduciarius*», G.2.38 – «*novatio*», G.3.35 – «*bonorum possessio sine re*», в G.4.35 – «*actio Serviana*», G.4.36 – «*actio Publiciana*», G.4.51 – «*condemnatio cum taxatione*», G.4.120 – «*exceptio dilatoria*» и «*exceptio peremptoria*», G.4.127 – «*duplicatio*», G.4.128 – «*triplicatio*», G.4.169 – «*iudicium fructuarium*». Еще одну группу образуют тексты, где Гай по ходу изложения материала обращает внимание студентов на расхожие фразы, которыми принято вкратце передавать суть того или иного правила. В таких случаях описание правового явления заключается словами «вот почему говорят, что...», или «вот о чем идет речь, когда говорится...» («*et hoc est, quod vulgo dicitur...*»), вводящими соответствующее крылатое выражение: G.2.61, 2.70, 2.95, 4.58, 4.104, 4.153. Иногда структура подачи материала меняется: Гай объясняет новое правило, отталкиваясь от его ходячей формулировки, не учитывая некоторых тонкостей или допускающей неоднозначное толкование: G.2.49 («*Quod ergo vulgo dicitur...*»). К этой группе текстов примыкает и G.3.94, где Гай сообщает ученикам о курьезном наблюдении, получившем популярность, и критикует его как «чересчур остроумное» и неверное по существу. Особняком стоит G.4.182, в котором автор «Институций» обращает внимание студентов на то, что категория ответчиков, потерпевших поражение по некоторым искам, именуется «*ignominiosi*» («заклейменные позором») условно, поскольку этот термин в эдикте не используется. В G.3.132 критикуется неудачный, поскольку неверно передающий суть института, термин «*arcariis nominibus obligari*».

Как видно, слово «*dicitur*» и его синонимы служат Гаю для того, чтобы перевести обсуждение из содержательного плана в формальный, привлечь внимание студентов к специальной терминологии и расхожим выражениям. При этом Гай показывает, как правило, что термины живут своей жизнью,

имеют свою историю и не всегда точно передают содержание соответствующего понятия. Часто термин или популярное выражение оказываются неточны, условны или откровенно неверны. Так или иначе, внимание автора «Институций» к терминологии в большинстве случаев неслучайно. Поэтому весьма информативным оказывается то обстоятельство, что, переходя к обсуждению *furtum conceptum* и *furtum oblatum*, Гай меняет эссенциалистский способ построения определений, который он использовал при введении понятий *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum*¹⁶⁴, на номиналистский. «*Furtum conceptum*» и «*furtum oblatum*» – условные наименования ситуаций, когда лицо отвечает по специальному иску [из кражи], хотя вором не является. Таким образом, G.3.186 и 187 исходят из различения ситуаций, которые охватываются понятием кражи, и ситуаций, которые, не будучи кражей, санкционируются как кража. Эта концепция совпадает с той, которая звучит в G.3.194, и есть все основания полагать, что именно она составила методологическую базу для критики родовидовой систематики кражи, выдвинутой Сервием Сульпицием и поддержанной Сабином, и для построения альтернативной систематики.

G.3.183: *Furtorum autem genera* А вот кража бывает четырех родов, как *Servius Sulpicius et Masurius* говорили Сервий Сульпиций и Мазурий *Sabinus III esse dixerunt*, Сабин, – [*furtum*] *manifestum* и *nec manifestum et nec manifestum, manifestum, conceptum* и *oblatum*, или *conceptum et oblatum*; *Labeo duo*, двух, [как считал] Лабейон, – *manifestum manifestum <et> nec manifestum*: и *nec manifestum*: ведь *conceptum* и *nam conceptum et oblatum species oblatum* – скорее виды иска, связанные с *potius actionis esse furto cohaerentes* кражей, чем виды кражи. И это, *quam genera furtorum; quod sane* конечно, следует считать более верным,

¹⁶⁴ Рассматривая G.3.194, Т. Гьяро обвиняет Гая в эссенциалистском мышлении: «*Gaius denkt hier essentialistisch...*» (Giario T. Op. cit. S. 217).

verius videtur, sicut inferius как станет ясно ниже.
apparebit¹⁶⁵.

Сервий Сульпиций и Мазурий Сабин полагали, что существует четыре рода кражи – *furtum manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum* и *oblatum*. Лабеон же, к которому присоединяется Гай, признавал только два рода – *manifestum* и *nec manifestum*. В обоснование этого подхода указывается: «*nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum*». Не соглашаясь с четырехчленным делением, Лабеон¹⁶⁶ (и вслед за ним Гай)

¹⁶⁵ Ср. также *Gaius libro tertio decimo ad edictum D.47.2.2*: «*Furtorum genera duo sunt, manifestum et nec manifestum*»; *I.4.1.3*: «*Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. Nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes quam genera furtorum, sicut inferius apparebit*».

¹⁶⁶ О том, что Гай воспроизводит аргументацию Лабеона, свидетельствуют *accusativus cum infinitivo* в периоде «*nam... furtorum*», с помощью которого передается косвенная речь, и слова «*quod sane verius videtur...*», показывающие, что Гай поддерживает чужое мнение, изложенное выше. Видимо, этими соображениями руководствовался и О. Ленель: *Lenel O. Palingenesia... Vol. I. Col. 556*. Авторство Лабеона не вызывает сомнений у современных романистов: *Talamanca M. Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani // La filosofia greca e il diritto romano. T. 2. Roma, 1977. P. 213*; *Martini R. Le definizioni dei giuristi romani. Milano, 1966. P. 224*; *Stein P. Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims. Edinburgh, 1966. P. 62*. В распоряжении Гая было издание Лабеона, о чем свидетельствует *D.35.1.69*, где он ссылается на приписку, сделанную Прокулом на книге Лабеона: «*...apud Labeonem Proculus notat...*» (о *notae* в работах Лабеона см.: *Pernice A. Op. cit. S. 83-87*). Наши источники не регистрируют ни одного случая, когда Гай вступил бы в полемику со своим авторитетным предшественником (о колоссальном авторитете Лабеона и его влиянии на потомков см.: *Ibid. S. 82-83*). Он либо ограничивается сообщением мнения Лабеона, как в *D.7.8.13*: «*...Labeoni placet*», *G.1.135*, *1.188* и *2.231*, либо присоединяется к нему, подчеркивая его верность, как в *D.9.2.2.2*: «*...et recte Labeoni placet...*», *G.4.59*: «*...idque ita maxime Labeoni visum est*». На сторону Лабеона Гай встает и в *G.3.183*, причем делает это весьма эмоционально: «*...quod sane (!) verius videtur...*». Вместе с тем необходимо иметь в

противопоставляет «родам кражи» («genera furtorum») «виды исков» («species actionis»). Используемая здесь терминология – «genus» и «species», «род» и «вид» – обычно относится к диалектическому методу (διαίρεσις, диайрезис), воспринятому римской юриспруденцией от греческой философии и получившему широкое применение в правовой науке уже в предклассический период ее развития¹⁶⁷. Этот метод, заключающийся в разделении (divisio) изучаемых множеств на роды (genera), распадающиеся, в свою очередь, на виды (species)¹⁶⁸, дополненный членением предмета на составные части (partitio)¹⁶⁹, часто использовался Лабеоном¹⁷⁰ и составил основу систематики «Институций»

виду, что в G.3.183 Лабео пересказывается, а не цитируется Гаем, поэтому отдельные особенности словоупотребления могут объясняться и предпочтениями автора «Институций».

¹⁶⁷ Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft... S.73-84, 152-155.

¹⁶⁸ См., прежде всего, Talamanca M. Op. cit.; Martini R. Le definizioni...; Id. «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano // Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz. Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto. Vol. I. Napoli, 1964. P. 462-468; Carcaterra A. Le definizioni dei giuristi romani: metodo, mezzi e fini. Napoli, 1966; Stein P. Regulae iuris...

¹⁶⁹ Nörr D. Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie. Berlin, 1972.

¹⁷⁰ Его стремление структурировать юридическое знание с помощью этого метода чувствуется в знаменитом тексте Ulpianus D.50.16.19, где Лабео пытается организовать учение о юридических фактах на базе диалектического метода, говоря, что слово «actum» является «verbum generale», «родовым словом» по отношению к [видовым] «contractum» и «gestum»: «Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse... contractum autem... gestum rem significare sine...». См. также: Ulpianus D.13.6.1.1: «...Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem...», «...Лабео же говорил, что ссуда и передача в пользование столь же различны, как род и вид...»; Ulpianus D.39.3.1.17: «...Et ideo Labeo et Cascellius aiunt aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere...», «...И поэтому Лабео и Касцеллий говорили, что actio aquae pluviae arcendae – специальный [иск], [a actio] fluminibus et stillicidiis – общий и по нему можно судиться в любом случае...» (в противопоставлении actio specilis и actio generalis звучат «genus» и «species»). См. также:

Гая¹⁷¹. Использование пары «genus – species» именно в этом, техническом значении наблюдается, например, в G.1.188:

Ex his apparet, quot sint species	Отсюда видно, сколько существует
tutelarum. Si vero quaeramus, in quot	видов опеки. Если же мы зададимся
genera hae species diducantur...	вопросом, по скольким родам можно
	распределить эти виды...

Как видим, здесь противопоставление genus и species имеет то значение, которое придается ему диалектическим методом: все виды опеки распределяются по родам. Такое техническое словоупотребление можно констатировать и в G.4.1:

<Superest, ut de actionibus loquamur. Et	Нам осталось поговорить об иском. И
si quaeramus>, quot genera actionum	если мы зададимся вопросом, сколько
sint, verius videtur duo esse, in rem et in	родов исков существует, пожалуй,
personam. Nam qui III esse dixerunt ex	вернее, что их два: вещные и личные.
sponsionum generibus, non	Ведь те, кто говорил, что [их] четыре
animadverterunt quasdam species	по родам спонсий, не учитывали, что
actionum inter genera se rettulisse.	отдельные виды исков они отнесли к
	родам ¹⁷² .

Ulpianus D.47.10.15.26. О том, что Лабейон мастерски владел диалектическим методом, см.: Pernice A. Op. cit. S. 23; Talamanca M. Op. cit. P. 253-257. М. Талманка утверждает даже: с точки зрения имеющейся у нас информации есть все основания полагать, что рассуждение уровня G.4.1 с использованием диайрезиса не может принадлежать никому, кроме Лабейона (p. 257).

¹⁷¹ В качестве примеров divisio помимо genera furtorum достаточно вспомнить genera tutelarum (G.1.188), genera legatorum (G.2.192), genera contractuum (G.3.89, 182), genera actionum (G.4.1), genera interdictorum (G.4.161). Самый знаменитый, возможно, авторский, пример partitio – членение права на то, которое относится к лицам, вещам и искам (G.1.8).

¹⁷² Перевод Ф.М. Дыдынского: «...не обратили внимания на то обстоятельство, что некоторые виды исков вошли в состав родов» (Памятники римского права... С. 119), неудачен, поскольку наделяет предлог «inter» несвойственным ему значением. Между тем

Здесь технический термин «species» употреблен применительно к диайрезису исков, их делению на роды и виды¹⁷³. Этот текст дает повод для одного краткого замечания, касающегося словоупотребления в G.3.183. В приведенном фрагменте Гай говорит «genera actionum» и «species actionum» – «роды и виды исков». Слово «actio» в обоих случаях стоит в родительном падеже во множественном числе. Что же касается G.3.183, то здесь «furtorum... genera» противостоят «species actionis». Слово «furtum» употреблено в родительном падеже во множественном числе – «роды краж». Слово же «actio» на этот раз стоит в родительном падеже в единственном числе. Употребление единственного числа («Actionis statt actionum») заставило Г. Безелера объявить текст испорченным¹⁷⁴. Этот вывод едва ли оправдан: как показывает анализ текстов, где используются словосочетания со словом «species», в подобных случаях встречаются формы как множественного, так и единственного числа, причем последние – чаще; судя по всему, этим различиям не следует придавать содержательного значения¹⁷⁵.

известно много контекстов, в которых глагол «referre» с этим предлогом означает «причислять к, относить к» – см.: Oxford Latin Dictionary... P. 1594. Из предложенного понимания текста исходит, например, М. Таламанка: op. cit. P. 244-245.

¹⁷³ См. подробное обсуждение параграфа: ibid. P. 242-248.

¹⁷⁴ Beseler G. Miscellanea Graecoromana // Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento. Vol. II. Milano, 1930. P. 61.

¹⁷⁵ Помимо обсуждаемого контекста Гай употребляет словосочетание «species actionis» дважды, говоря об actio Rutiliana и actio Serviana (G.4.35: «Quae species actionis appellatur Rutiliana... Superior autem species actionis... Serviana vocatur»); в обоих случаях слово «actio» стоит в единственном числе. В G.1.184 находим «speciem dandi tutoris», в G.1.99 и D.1.7.2pr. – «species adoptionis», в G.2.52 и 2.56 – «species possessionis et usucapionis», в G.2.59 – «species usucapionis», в G.2.254 – «species legati», в G.3.91 – «species obligationis», в G.3.141 – «speciem emptionis venditionisque», в G.3.173 – «species imaginariae solutionis», в G.4.133 – «speciem exceptionis», в D.47.9.9 – «species aedificii», в D.47.2.55.1 – «species... lucri», в D.39.6.31pr. – «species capiendi». В G.1.188 видим «species tutelarum», а в D.50.16.236.1 – «arborum species». Встречаются в юридических источниках (правда, не у Гая) и словосочетания, образованное

Учитывая, что, по крайней мере, в некоторых случаях¹⁷⁶ употребление Лабеоном и Гаем слов «genus» и «species» связано с использованием диайрезиса, возникает вопрос, следует ли видеть один из таких случаев в G.3.183, где корректировка четырехчленной систематики осуществляется через противопоставление «genera furtorum» и «species actionis»? Полагаем, что на этот вопрос можно ответить положительно. Констатация употребления Лабеоном и Гаем диалектической терминологии¹⁷⁷, привела некоторых исследователей к заключению, будто юристами допущена вопиющая ошибка в делении: делимое понятие «furtum» не имеет в своем содержании членов деления «actiones», эти понятия, понятия кражи и определенных исков, несравнимы – иски не только не являются видом кражи, но и вообще не

из «species» во множественном числе и другого существительного, стоящего в родительном падеже в единственном числе (а именно таково словосочетание «species actionis» в рассматриваемом нами G.3.183) – см., например, D.45.2.13 и 46.1.5: «...duas species obligationis...»; D.47.9.9: «...omnes species aedificii...»; C.4.18.3: «...diversas species actionis excludere...».

¹⁷⁶ См. также, например, знаменитые G.3.88 и 89: «Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu». Здесь очевидны как обращение к диайрезису, так и употребление соответствующей технической терминологии, хотя и в несколько экстравагантном виде – Гай меняет местами «genus» и «species», или, по крайней мере, так кажется на первый взгляд (см. об этом: Martini R. «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano... P. 462-468; Orestano R. Obligationes e dialettica // Jus. Rivista di scienze giuridiche. 1959. X. P. 18-31; Talamanca M. Op. cit. P. 198-199). Терминологию Гая сочли некорректной и юстиниановские компиляторы, I.3.13.2: «Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor **species** sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu».

¹⁷⁷ См., например: Martini R. «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano... P. 462, который ставит этот текст в один ряд с G.4.1 как очевидное свидетельство того, что Гаю известно «диалектическое значение» понятий «genus» и «species».

поддаются координации с ней в родовидовой систематике¹⁷⁸. Все обсуждение родовидовой структуры понятия кражи в «Институциях» становится гораздо стройнее при перестановке акцентов: не «*genera furtorum*» противопоставлены «*species actionis*», а «*genera furtorum*» противопоставлены «*species actionis*» (обратим внимание на порядок слов: «*species potius actionis*», «вид скорее исков»). Иными словами, ошибка популярного четырехчленного деления, на которую обращает внимание Лабееон, состоит не в том, что виды оказались на одном уровне с родами (именно так выглядело бы его мнение, если бы термины «*genus*» и «*species*» относились к родовидовым связям в рамках понятия кражи)¹⁷⁹, а в том, что из наличия исков – «*actio concepti*» и «*actio oblati*» – делается неверный вывод о наличии соответствующих им родов кражи. Лабееон как раз и указывает противникам на ошибку, которую ему приписывает Г. фон Безелер: в их систематике объединенными оказались разнородные понятия.

Почему Лабееон так осторожен, почему он говорит «*potius*», «скорее»? Неужели недопустимость смешения кражи с какими бы то ни было исками не очевидна, не бесспорна? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо вспомнить, что речь идет о правилах законов XII таблиц, посвященных краже: «*Concepti et oblati poena ex lege <XII> tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur*» (G.3.191). Очевидно, что текст законов не давал оснований для различения между кражей в собственном смысле и исками, связанными с кражей. Скорее всего, и в отношении соответствующих формулировок законов была бы справедлива критика, которую мы видели в G.3.194. Заявление Лабееона, что следует «скорее» говорить об особых исках, а не о краже, – не

¹⁷⁸ Г. Безелер называет тезис, что «*furtum conceptum* и *furtum oblatum* суть *species actionis*», «чудовищным» («*ungeheuerlich*»). «Противопоставление *species actionis* и *genera furtorum* если и не нелогично, то все же необычно и вводит в заблуждение, поскольку *species* и *genus* не относятся к единому предмету деления, как это происходит, например, в G.1.188 и 4.1» (Beseler G. Op. cit. P. 61).

¹⁷⁹ Как раз в такой ошибке в G.4.1 упрекаются сторонники четырехчленного деления исков.

констатация самоочевидной истины, а новаторское предложение, направленное на переосмысление систематики законов XII таблиц с новых концептуальных позиций¹⁸⁰. Классификация Сервия и Сабина остается в зависимости от авторитетного текста – родов кражи четыре потому, что в законах XII таблиц речь идет о четырех разных *furta*¹⁸¹ (показательно, что существование *actio furti prohibiti*, введенной претором и не известной законам XII таблиц¹⁸², не привело к включению в классификацию *furtum prohibitum*)¹⁸³. Лабееон осторожно указывает, что в двух случаях из этих четырех нет оснований видеть кражу, а соответствующие положения законов могут (и должны) быть поняты иначе – из того обстоятельства, что закон в той или иной ситуации наказывает как за кражу (устанавливая штраф), не следует еще, что данная ситуация становится кражей. Новаторство Лабееона, состояние поиска, в котором он находился, выдвигая описанную теорию, отразилось на языке. Г. фон Безелер, безусловно, прав, когда говорит о несурзности утверждения, будто «*furtum conceptum* и *furtum oblatum* суть *species actionis*». Можно ли предложить иное прочтение фразы «*nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum...*»? Заметим, что в этом предложении чувствуется

¹⁸⁰ Вообще надо сказать, что, судя по всему, Лабееон отличался критическим отношением к тем правилам XII таблиц, которые уже не отвечали реалиям и воззрениям современной ему эпохи. Так, во всех трех фрагментах его комментария к законам, сохранившихся в цитатах и пересказах Геллия (Gell. VI.15.1; I.12.18; XX.1.13), Лабееон выставляет обсуждаемые предписания архаичными или необоснованными.

¹⁸¹ См.: Mommsen T. *Römisches Strafrecht*. Leipzig, 1899. S. 752; Huvelin P. *Op. cit.* P. 490, 492; Stein P. *Regulae iuris...* P. 62; Daube D. *Op. cit.* P. 30.

¹⁸² G.3.192: «*Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. Lex autem [scil. XII tabularum] eo nomine nullam poenam constituit...*».

¹⁸³ См.: Huvelin P. *Op. cit.* P. 490 sq. Интересное предположение М. Таламанки, что четырехчленная систематика Сервия, за рамками которой оставалась *actio furti prohibiti*, основана на учете только тех ситуаций, когда потенциального ответчика удалось уличить в той или иной связи с *res furitiva* (что очевидно не так в случае с *actio furti prohibiti*), сложно подкрепить источниками.

осторожность в словоупотреблении, отмеченная нами при обсуждении G.3.186 и 187: слово «furtum» применительно к «conceptum» и «oblatum» если и подразумевается, то, по крайней мере, избегается. Лабейон и Гай не хотят называть предмет изучения «furtum», поскольку считают, что по существу кражи здесь нет¹⁸⁴. В то же время иные возможности обозначить этот предмет, не порывая в то же время с позитивным правом, у юристов отсутствуют. Лабейон предлагает здесь описать сложившуюся регулятивную ситуацию под новым углом зрения, в категориях новой концепции. Очевидно, что подобные попытки всегда сталкиваются с недостатком адекватной терминологии, которая с одной стороны опосредовала бы обновление, а с другой – оставалась бы понятной научному и профессиональному сообществу. С учетом сказанного спорная фраза может избежать упреков, если в ней мысленно расставить кавычки: «conceptum» и «oblatum»[, о которых говорит закон,] – скорее виды иска, относящегося к краже, чем роды кражи...».

Новаторство Лабейона, его разрыв с традицией и авторитетной систематикой, опирающейся на законы XII таблиц, объясняют, почему его «упрек в логической ошибке», адресованный Сервию, не повлиял на позицию Сабина и «Сентенций» Павла¹⁸⁵, следующих четырехчленной систематике, «несмотря на это убедительное замечание»¹⁸⁶, а также не устоял в редакции «Epitome Gai»¹⁸⁷. Когда Ф. Хорак называет обоснование Лабейона «убедительным» и «совершенно бесспорным» и – указывая на только что названные тексты – отмечает, что даже такие обоснования могут проиграть «обкатанным юридическим категориям»¹⁸⁸, он прав лишь отчасти. Верно, что концепция Лабейона проиграла «обкатанным категориям», что Лабейон пытался

¹⁸⁴ См.: Talamanca M. Op. cit. P. 251.

¹⁸⁵ PS.2.31.2: «Furtorum genera sunt quattuor: manifesti, nec manifesti, concepti et oblati».

¹⁸⁶ Pernice A. Op. cit. S. 24.

¹⁸⁷ EG.2.11.2: «Furtorum autem genera sunt quattuor: manifesti, nec manifesti, concepti et oblati».

¹⁸⁸ Horak F. Op. cit. S. 97.

противопоставить новую систематику старой, и что его предложение долго не встречало широкой поддержки¹⁸⁹. Прав он и в том, что относит обоснование Лабеоны к формально-логическим. В то же время едва ли это обоснование «совершенно бесспорно». Безусловно, сложно спорить с тем, что объединение исков и видов кражи в одной систематике, против которого выступает Лабейон, несостоятельно. Но ведь Сервий и его последователи, строго говоря, не совершают этой ошибки: они систематизируют четыре вида кражи, прямо названных в законах XII таблиц. Спор между Сервием и Лабейоном как раз и разворачивается вокруг предмета деления, а не вокруг его результата – как может показаться¹⁹⁰. Логические приемы Лабейона – сколь бы искусны они ни были – имеют силу только в том случае, если согласиться с его концепцией, в соответствии с которой само по себе установление в законе ответственности за кражу не означает, что поведение, за которое такая ответственность установлена, является кражей. Иными словами, чтобы признать правоту Лабейона и принять двучленную систематику, надо сначала согласиться с ним в том, что «furtum conceptum» и «furtum oblatum» не относятся к краже, а это, разумеется, далеко не бесспорно.

О реформаторском характере концепции Лабейона свидетельствует и некоторая непоследовательность его сторонника Гая, который, соглашаясь с делением кражи на два рода, в структуре изложения остается верен четырехчленной систематике: furtum manifestum (G.3.184) – furtum nec manifestum (185) – furtum oblatum (186) – furtum conceptum (187), что делает возвращение «Эпитомы» (2.11.2) к старому делению вполне органичным¹⁹¹. Такая непоследовательность вполне объяснима. Концепция Лабейона требовала существенной реструктуризации юридического знания, пересмотра

¹⁸⁹ Юстиниановское право приняло сторону Лабейона и Гая: Gaius libro tertio decimo ad edictum D.47.2.2: Furtorum genera duo sunt, manifestum et nec manifestum; I.4.1.3.

¹⁹⁰ См.: Talamanca M. Op. cit. P. 251.

¹⁹¹ См., например: Ibid. P. 250.

терминологии. Поскольку этот проект так и не был реализован, прежде всего, потому, что Лабедон не встретил понимания у профессионального сообщества в целом, Гай, вставая на концептуальную позицию Лабедона, вынужден тем не менее подавать студентам материал, ориентируясь на общепринятые представления о структуре правопорядка. В пользу того обстоятельства, что порядок изложения обусловлен дидактическими соображениями, а не концептуальной непоследовательностью Гая, говорит и упоминание *actio furti prohibiti* сразу после четырех традиционных родов кражи (G.3.188). Поэтому, строго говоря, структуру изложения можно представить так: 1) *furtum manifestum* – *furtum nec manifestum*; 2) *actio concepti* – *actio oblatis* – *actio furti prohibiti*. Сначала Гай рассказывает о родах кражи, затем – об отдельных исках, связанных с кражей. Такой порядок изложения оправдан даже в том случае, если принять систематику, предложенную Лабедоном: с одной стороны, поскольку сложно найти более подходящее место для обсуждения названных исков (а умолчать о них в рамках курса гражданского права невозможно), с другой стороны, потому, что он позволяет продемонстрировать студентам, чем отличается кража от некражи и, соответственно, виды исков, связанных с кражей, от родов кражи (вспомним, что, поддерживая в G.3.183 мнение Лабедона, Гай обещает читателю ниже продемонстрировать его правоту – «*sicut inferius apparebit*»¹⁹²).

Остается еще вопрос, почему родам кражи противопоставлены именно виды исков, а не их роды. Можно, конечно, обвинить Лабедона или Гая в неаккуратном употреблении технической терминологии: достаточно вспомнить *Ulpianus D.39.6.2*, где Юлиан, обсуждая три вида дарений на случай смерти («*tres... species mortis causa donationum*»), неожиданно перескакивает с «видов», на «роды» («*...unam [scil. speciem]... Aliam... speciem mortis causa donationum... Tertium genus esse donationis...*»). Но мы предпочитаем другое объяснение. Мысль Лабедона можно реконструировать следующим образом. Род (*genus*) –

¹⁹² Ср.: Daube D. Op. cit. P. 30.

результат обобщения, результат диайрезиса (ср. G.1.188 и 4.1). Научное обобщение кражи уже состоялось: то обстоятельство, что роды кражи не распадаются на виды, не противоречит такому выводу¹⁹³, о чем свидетельствует опять же G.1.188: «...alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent»; определенная зависимость обсуждаемой классификации от эмпирических обобщений – роды кражи, о которых говорит Лабейон, названы в законах XII таблиц, – также не лишает ее научного значения¹⁹⁴, учитывая хотя бы, что зависимость эта – как явствует из G.3.194 – может преодолеваться научными методами, если обнаруживается несостоятельность таких обобщений. Что же касается обсуждаемых исков, то здесь обобщение еще не проведено. Лабейон только «нащупывает» его: вероятно, можно выделить такой род, как «species actionis furto cohaerentes», «иски, относящиеся к краже» (если переводить слова Лабейона буквально, «виды исков, относящиеся к краже»)¹⁹⁵; заметим, что речь не идет об исках из кражи, «actiones furti»¹⁹⁶. По отношению к этому роду *actio concepti* и *actio oblati* будут видовыми понятиями. В любом случае Лабейон не готов отвести для названных исков отдельные роды: это лишь *species*, в отношении которых предстоит разрешить вопрос, *in quot genera hae species diducantur*, по скольким родам они распределяются. Получается, что в

¹⁹³ М. Таламанка, критикуя Р. Мартини, справедливо отмечает, что очень часто *genera* римских юристов не выдерживают дальнейшего деления на *species* (Talamanca M. Op. cit. P. 199).

¹⁹⁴ Ср. замечание Т. Моммзена: «Die hiernach unterschiedenen Kategorien... sind nicht systematisch gemeint...» (Mommsen T. Op. cit. S. 752).

¹⁹⁵ Об «*actiones furto cohaerentes*» считает возможным говорить М. Таламанка (Talamanca M. Op. cit. P. 250–253). Ср. также у Д. Даубе: «*actions connected with theft*» (op. cit. P. 30). Подчеркнем, что слово «*furtum*» здесь обозначает не конкретное правонарушение, а правовой институт кражи: речь идет об «исках, [так или иначе] связанных с [институтом] кражи» (Ср. у Talamanca M. Op. cit. P. 251: «...dette azioni venivano conesse con il *furtum*, come figura a se stante, non con qualche *genus* di esso»).

¹⁹⁶ См. убедительную критику противоположного взгляда: *ibid.* P. 250–251.

критикуемой Лабеоном систематике в одном ряду оказались два рода кражи, т.е. родовых понятия из одной классификации, и два иска, которые в другой классификации не могут претендовать на роль родовых понятий.

Помимо указанных соображений методологического характера, которые, вероятно, предопределили словоупотребление Лабеоны, нельзя забывать и о мыслимых риторических соображениях. Высокий градус полемики, который передается Гаю («sane verius»), заставляет Лабеоны бросить своим оппонентам: «то, что вы называете родами кражи, – не только не роды *кражи*, но и вообще не роды, а виды, не *genera furtorum*, а *species actionis*, и не *genera furtorum*, а *species actionis*!».

Приведем здесь, наконец, еще один текст из «Институций», в котором отразилась обсуждаемая теория – опять же при обсуждении кражи. Речь идет о начале G.3.202:

Interdum furti tenetur, [cum] <qui>¹⁹⁷ Иногда [по иску из] кражи отвечает ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius тот, кто сам кражи не совершал, ope consilio furtum factum est¹⁹⁸. каков тот, с чьей помощью совершена кража.

Как видим, и здесь Гай описывает случай, когда ответственность за кражу возлагается на того, кто кражи не совершал. В тексте проводится все то же четкое различие между кражей и ситуациями, с которыми правопорядок связывает ответственность по иску из кражи.

Учение Лабеоны и Гая может быть проинтерпретировано как проявление переноса на правовую почву известной античной лингвистической дискуссии

¹⁹⁷ Текст реконструируют на базе I.4.1.11, заменяя «cum» веронского списка на «qui» Институций Юстиниана (см., например: Gai institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas / M. David. Leiden, 1964. P. 114; Fontes iuris Romani antejustiniani / J. Baviera. Florentiae, 1968. P. 143).

¹⁹⁸ Ср.: PS.2.31.10: «Non tantum qui furtum fecerit, sed etiam is, cuius ope aut consilio furtum factum fuerit, furti actione tenetur».

между аномалистами и аналогистами¹⁹⁹. С этой точки зрения, Лабееон предстает аналогистом: *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* – роды кражи, суть этих понятий, их *ratio* должны быть свойственны всем объектам, претендующим на место в общем понятии кражи. *Furtum conceptum* и *furtum oblatum* не разделяют общей *ratio* с этими модельными разновидностями кражи и, следовательно, кражей не являются.

Подводя итог изложенному, реконструируем в основных чертах концепцию, сформулированную Лабееоном и воспринятую Гаем. Первое положение этого учения, задающее его концептуальную основу и, что особенно важно для настоящего исследования, делающее необходимыми все дальнейшие построения, может быть сформулировано следующим образом. *Furtum manifestum* (как и *furtum* вообще, *homicidium*, *adulterium*²⁰⁰) – понятие, описывающее определенный тип социального взаимодействия. Содержание этого понятия дано природой, и в его объем входят только факты, от природы обладающие признаками *furtum manifestum*. Только такие факты принадлежат к типам «*furtum manifestum (natura)*» (G.3.194), «*furtum*» (G.3.194 и 202), «*adulterium*», «*homicidium*» (G.3.194). То же верно и для понятий, относящихся к вменению, – человек, оказавшийся в той или иной ситуации, по природе является или, наоборот, не является *fur manifestus* (G.3.194), *fur* (G.3.194, а также 3.186 и 187), *homicida*, *adulter* (G.3.194); тот, чье поведение не укладывается в понятия *furtum*, *adulterium* или *homicidium* («*nihil eorum admiserit*»), не может быть признан вором, прелюбодеем или убийцей. Будучи элементами природного порядка, эти понятия не поддаются законодательному изменению. То обстоятельство, что об их содержании и, соответственно, об их

¹⁹⁹ Об этой дискуссии и ее переносе в сферу права см.: Huvelin P. Op. cit. 762 – 780 (с особым вниманием к спору о родах кражи и разновидностях *furtum manifestum*); Stein P. *Regulae iuris...* P. 53-67 (о G.3.183 см.: p. 62).

²⁰⁰ Ограничимся здесь лишь примерами, приведенными у Гая. На вопросе о действительных пределах теории Лабееона мы остановимся ниже.

объеме, о ситуациях ими охватываемых, можно спорить (о чем красноречиво свидетельствует, например, G.3.184²⁰¹), не идет вразрез с обсуждаемой теорией. Предметом дискуссии, которую реферирует Гай, является как раз существо объективного понятия *furtum manifestum*: юристы стараются отразить в краткой дефиниции суть данного понятия, а не наполнить его содержанием исходя из соображений справедливости или, скажем, целесообразности. Юристы пытаются сформулировать содержание этого понятия, отправляясь от своих представлений о его объеме, основанных на опыте и интуиции, исходя из наблюдений, сделанных на богатом казуистическом материале²⁰². Эти взгляды можно охарактеризовать как эссенциалистские или натуралистские, поскольку они исходят из того, что понятие *furtum manifestum* и другие обладают определенным содержанием от природы²⁰³.

Итак, социальная реальность объективно (от природы) фрагментируется на определенные типы социальных фактов. Один из таких типов описывается понятием *furtum manifestum*. Как становится ясно из G.3.194, эти взгляды разделяли не только Лабейон и Гай с их революционным учением, но и их противники²⁰⁴. Вспомним повествование Гая: законы XII таблиц предписали, чтобы в случаях успешного ритуального обыска «было *furtum manifestum*». На этом основании некоторые юристы различают *furtum manifestum natura* и *furtum*

²⁰¹ См. также D.47.2.3pr.- 47.2.7.3; Gell.1.18.11-14.

²⁰² См. об этой особенности определений знатоков права: Stein P. *Regulae iuris*...

²⁰³ См., например: Giaro T. *Op. cit.* S. 217. В пользу такой квалификации говорит и словоупотребление, причем не только в G.3.194 («*furtum manifestum natura*»), но и в Gai. D.7.5.2.1 («...*nec enim naturalis ratio* auctoritate senatus commutari potuit...»), в G.1.158 («...*quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest...*») и Gai. D.4.5.8 («*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*»). Подробнее об этом см. следующий параграф настоящей работы.

²⁰⁴ Единство спорящих сторон в этом вопросе подмечено уже Д. Даубе, см.: Daube D. *Op. cit.* P. 3, 27-28.

manifestum lege, относя первое к краже, раскрытой при совершении, второе – к особому случаю, предусмотренному законами. Правильнее же точка зрения тех, кто признает существование только *furtum manifestum natura* и т.д. Судя по всему, в какой-то момент²⁰⁵ знатокам права стало очевидно, что все попытки сформулировать понятие *furtum manifestum*, ориентированные на хорошо известную его разновидность²⁰⁶, игнорируют ситуации успешного ритуального обыска, прямо отнесенные законами к *furtum manifestum*. Таким образом, в структуре профессионального юридического знания наметился конфликт между понятием, полученным в результате многовековой традиции применения законов XII таблиц и *interpretatio prudentium* с одной стороны и понятийным аппаратом самих законов – с другой. Чтобы примирить общепринятое понятие с предписанием закона и избежать прямого разрыва с авторитетным правовым памятником, было предложено очень тонкое компромиссное решение (по всей видимости, инспирированное диалектическим методом): то, что в действительности является *furtum manifestum*, следует отличать от того, что является *furtum manifestum* в силу предписания закона, отличать *furtum manifestum natura* от *furtum manifestum lege*. Именно в этом компромиссном решении впервые прозвучала идея, что *furtum manifestum* как тип социального взаимодействия существует объективно, *natura*. Если обобщить этот подход, получится, что в социальной реальности объективно даны определенные типы взаимодействия, описанные в понятиях. Законодатель может дополнить объем таких понятий, наделив новые факты значением объективно типизированных, однако, поступая так, он не изменяет границы объективного понятия, а создает

²⁰⁵ К этому моменту институт ритуального обыска потерял, скорее всего, практическое значение – G.3.193: «Quae res [lex tota] ridicula est», Gell. 16.10.7–8, I.4.1.4 (см., прежде всего, подробное обсуждение этого института: Ehrhardt A. The „Search“ // Studi in onore di Emilio Betti. Vol. III. Milano, 1962. P. 169-180; см. также Daube D. Op. cit. P. 27).

²⁰⁶ Есть все основания полагать, что широкая дискуссия, засвидетельствованная в G.3.184, D.47.2.3pr.- 47.2.7.3, Gell.1.18.11-14, уходит корнями в предклассический период истории римской юриспруденции.

наряду с ним новое, дополнительное понятие²⁰⁷ – рядом с *furtum manifestum natura* появляется *furtum manifestum lege*.

Лабеев диалектически развивает это учение. Подхватывая концепцию оппонентов и соглашаясь с существованием правовых понятий, данных от природы, он отказывает законодателю в способности распространять их на новые объекты путем расширения объема – даже тем компромиссным способом, который описан выше²⁰⁸. Заметим, что Лабеев критикует теорию о двух видах *furtum manifestum* методами, аналогичными тем, с помощью которых он обосновывал новую систематику кражи: признавая правоту оппонентов, отличающих *furtum manifestum lege* от *furtum manifestum natura*, он, далее, заявляет, что, строго говоря, первого понятия вообще не существует, что оно – результат неправильного понимания места закона в системе социальной регуляции, результат ошибочного представления, будто *furtum manifestum* является все то, что закон так называет. Так же, как и в случае с *genera furtorum*, Лабеев корректирует предшественников: верно, что *furtum manifestum lege* и *natura* – разные вещи, неверно, что они обнимаются одним понятием; одно дело – *furtum manifestum*, другое – ситуации, для которых законом установлена та же санкция, что и за *furtum manifestum*; одно дело – кража, другое дело – ситуации, для которых предусмотрены иски, связанные с кражей.

Таким образом, можно констатировать, что первое положение концепции Лабеева и Гая, согласно которому социальная реальность объективно фрагментируется на типы социального взаимодействия, сформулировано еще предшественниками Лабеева, его оппонентами в дискуссии о понятии *furtum manifestum*. Отправной точкой для обоих подходов является натуралистическая

²⁰⁷ Ср.: Daube D. Op. cit. P. 3.

²⁰⁸ Как удачно суммирует взгляды Лабеева на расширение понятий вроде *furtum manifestum* Д. Даубе, «to widen them is to misrepresent reality» (ibid.).

картина социального порядка²⁰⁹, которая, как будет показано в следующем параграфе, в самых разнообразных формах проявляла себя в римской юридической методологии²¹⁰.

Второе положение рассматриваемой концепции таково: хотя законодатель и не может подвести новые факты под понятие, относящееся к объективно существующему типу социального взаимодействия, он в силах связать с ними те правовые последствия, которые предусмотрены для того или иного объективного типа социального взаимодействия. Сам по себе факт распространения правовых последствий одной группы ситуаций на другую не дает оснований для вывода о том, что эти две группы сливаются в одном понятии.

²⁰⁹ Примечательно, что натуралистический взгляд на кражу, представление о ней как о типе поведения, запрещенным от природы, звучит и в известном определении Павла: D.47.2.1.3: «Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod *lege naturali* prohibitum est admittere», «кража – это злоумышленный захват вещи с целью обогащения, будь то самой вещи, пользования ею или владения. Совершать это запрещено естественным законом».

²¹⁰ Трудно поэтому согласиться с П. Берксом, который переводит проблему, обсуждаемую в G.3.194, в плоскость языка. Стремясь показать превосходство (римской) фикции над (английской) фальсификацией («falsehood»), он читает этот текст следующим образом: «...даже закон не может так извращать слова, создавая ложные классификации». «Гай считает само собой разумеющимся, что слова имеют собственное значение («proper meaning») ... Красное есть красное, а зеленое есть зеленое». В таком ракурсе аргументация Лабеоны и Гая предстает «словесной», языковой («verbal reasoning») (Birks P. *Fictions Ancient and Modern* // *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*. Oxford, 1986. P. 84-85). Учитывая широкий контекст дискуссии о *furtum manifestum*, которая сопряжена с одной стороны с натурализмом римских представлений о праве, а с другой стороны выглядит частью более широких разногласий, коснувшихся всего учения о краже, интерпретация П. Беркса оказывается не слишком убедительной и лишь обедняет текст Гая, гораздо более информативный, чем кажется ученому.

Этот тезис звучит сразу в нескольких текстах. Прежде всего, мы находим его в G.3.194: «...at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit». Закон может сделать так, чтобы лицо, привлекалось к ответственности за кражу, прелюбодеяние или убийство («poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset») и в тех случаях, когда названных правонарушений не совершало («nihil eorum admiserit»). Той же идеей проникнута вся полемика о родах кражи – в G.3.183, 186 и 187, а также 202 звучит одна и та же концепция: необходимо различать кражу и случаи, в которых «иски, связанные с кражей», или иск из кражи, даются против лица, не являющегося вором («quamvis fur non sit», «<qui> ipse furtum non fecerit»).

Этот второй элемент концепции Лабееона и Гая, подспудно присутствующий в целом ряде текстов, получает явное выражение в G.3.194: закон может предписать, чтобы за то или иное поведение налагалось наказание, как если бы были совершены кража, супружеская измена или убийство. Итак, чтобы перенести санкцию, установленную за кражу, прелюбодеяние или убийство, на новые ситуации, не охваченные соответствующим типом, законодатель может прибегнуть к фикции, будто в этих ситуациях также совершаются кража, прелюбодеяние или убийство. Зачем нужна эта фикция? Ответ, как представляется, с очевидностью вытекает из концепции, которую отстаивают Лабееон и Гай. Если иметь в виду два положения этой концепции, можно сделать определенные выводы, во-первых, относительно того, в каких случаях законодателю рекомендуется прибегать к фикции, и, во-вторых, относительно причин, по которым ему предлагается столь сложный путь.

Дискуссия, задокументированная в G.3.194, отправляется от вопроса, как понимать слова закона, объявляющие кражей с поличным, *furtum manifestum* ситуации, явно не отвечающие объективным, природным признакам *furtum manifestum*. Между юристами сложился консенсус, что *furtum manifestum natura*, т.е. объективное понятие кражи с поличным, законодатель

преобразовать не может. Поэтому, по мнению некоторых, следует признать, что закон в этом случае к естественному понятию кражи с поличным добавил искусственное – *furtum manifestum lege*. Лабейон и Гай с этим подходом соглашались лишь отчасти, полагая, что, действительно, существует *furtum manifestum (natura)*, изменение которого не доступно законодателю, но что закон не в силах создать рядом с ним искусственного понятия *furtum manifestum (lege)*. Надо сказать, что, раскритиковав противников, Лабейон и Гай, строго говоря, не предложили никакой альтернативы их мнению или, по крайней мере, их позиция не нашла отражения в G.3.194: если нельзя говорить о *furtum manifestum lege*, то как понимать соответствующее предписание законов XII таблиц? Вместо того чтобы ответить на этот вопрос, они рассматривают поднятую проблему в другом ракурсе: если их противники искали корректную с философско-правовой точки зрения интерпретацию существующего закона, то Лабейон и Гай пускаются в общие рассуждения относительно ограничений, налагаемых на законодателя природным социальным порядком, и требований к законодательной технике, вытекающих из этих ограничений. По большому счету, идея, что следует различать *furtum manifestum natura* и *furtum manifestum lege*, от которой отталкиваются Лабейон и Гай, служит лишь поводом для изложения их более широкой концепции, определяющей место закона в системе социальной регуляции. Если несколько переключить структуру изложения, избранную Гаем в G.3.194 и предопределенную как раз тем, что описание этой концепции ассоциативно привязано к идее о двух видах *furtum manifestum*, рассуждение Лабейона и Гая можно представить следующим образом. Может ли законодатель распространить правовые последствия кражи, убийства или прелюбодеяния на ситуации, которые по сути этими понятиями не охватываются? Да. Может ли он для достижения этой цели объявить новые ситуации соответственно кражей, убийством или прелюбодеянием? Нет, так как по природе новые ситуации не являются кражей, убийством или прелюбодеянием. Как же в таком случае

добиться желаемого распространения правовых последствий на новые ситуации? Это можно сделать с помощью фикции, будто в этих ситуациях налицо кража, убийство или прелюбодеяние.

Стало быть, по мнению Лабеоны и Гая, фикция оказывается востребованной, когда законодатель намерен распространить правовые последствия того или иного типа социального взаимодействия, данного от природы, на новые ситуации, к этому типу не относящиеся. Иначе говоря, одна из причин обращения к фикции – наличие природной нормативной реальности, не подвластной законодателю.

Почему зависимость закона от природного нормативного порядка преодолевается именно посредством фикции? Почему нельзя, скажем, просто установить за определенное поведение такую же санкцию, какая предусмотрена за кражу, вообще не эксплуатируя при этом идею кражи? Или – если вспомнить G.3.183, – зачем создавать *species actionis furto cohaerentes*, если можно просто ввести новые самостоятельные иски²¹¹ для ситуаций, не укладывающихся в понятие *furtum*? Ответ на эти вопросы не лежит на поверхности, Лабейон и Гай прямо на него не отвечают. Однако некоторые основания для его реконструкции в G.3.194 все же обнаруживаются. Заданные вопросы кажутся тем более острыми, что предложенная в них альтернатива фикции не только проще, но и в гораздо большей степени соответствовала бы полемическим задачам Лабейоны и Гая. Действительно, против теории двойных понятий можно было бы возразить проще и радикальнее: законодатель не в силах изменить понятий, данных от природы, но ему ничто не мешает устанавливать правовые последствия, вызываемые наступлением соответствующих обстоятельств, для других ситуаций, не привязываясь при этом к природным понятиям. Однако авторы концепции идут другим путем, предлагая решение, при котором связь

²¹¹ Ср. словопотребление в G.3.186 и 187: «...nam in eum *propria actio* constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti» и «...*propria* adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est *actio*, quae appellatur oblati».

нового правила с понятиями, данными от природы, меняется, но не исчезает. Если, с точки зрения критикуемого подхода, санкция за *furtum manifestum* (*natura*) может распространяться на новые ситуации путем их искусственного отнесения к *furtum manifestum* (*lege*), то, по мнению Лабеоны и Гая, для такого переноса правовых последствий необходима фикция, будто новая ситуация, в действительности не отвечающая природным признакам кражи, является кражей. Нетрудно заметить общий знаменатель двух противостоящих взглядов: санкция, предусмотренная за кражу, не может быть оторвана от кражи и перенесена на новую почву; кража и санкция за кражу представляются всем участникам дискуссии органично и неразрывно связанными, поэтому для переноса санкции необходимо так или иначе объявить новую ситуацию кражей.

Каковы пределы этой концепции? Нет ли оснований полагать, что наблюдения Лабеоны и Гая должны быть осмыслены с учетом тех ограничений, которые присутствуют в G.3.194 – т.е., что они касаются с одной стороны только закона, *lex* (а не других форм позитивации права), или даже только законов XII таблиц и с другой стороны только кражи, прелюбодеяния и убийства? Возможно, верна гипотеза Д. Даубе, что все три примера, приведенные в тексте, имеют конкретное историческое содержание²¹². По мнению ученого, о краже Гай вспоминает в связи с дискуссией, которая изложена в G.3.183, о прелюбодеянии – в связи с *lex Iulia de adulteriis* 18 г. до н.э., где как супружеская измена квалифицировались и случаи, строго говоря, не являвшиеся таковыми, об убийстве – в связи с рескриптом Адриана, который покушение приравнивал к убийству (Coll. 1.6.2; 1.6.4; 1.7.1; PS. 5.23.3; D.48.8.1.3). Невозможно сказать наверняка, действительно ли Гай имел в виду названные конкретные ситуации (если, как мы полагаем, настоящим автором этого рассуждения был Лабеоны, то очевидно, что пример, связанный с рескриптом Адриана должен был добавиться позднее). Как бы там ни было, на основании догадки Д. Даубе не следует делать вывода, будто только к

²¹² Daube D. Op. cit. P. 29-33.

перечисленным случаям и относится рассматриваемая концепция. Кстати сказать, предложенная исследователем интерпретация и сама свидетельствует о необоснованности ограничительного понимания наблюдений, изложенных в G.3.194, по крайней мере, в плане круга источников права: ведь примеры, на которые указывает Д. Даубе, касаются не только законов, но и императорской конституции.

В пользу самого широкого прочтения G.3.194 говорит, главным образом, сопоставление этого параграфа с фрагментом из другого произведения Гая – «Комментария к провинциальному эдикту» (D.7.5.2.1). Еще один текст Гая, который иногда приводят в поддержку широкого звучания G.3.194²¹³, – G.1.26: «Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatus consulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem romanam datur», «худшая же свобода – у тех, кто принадлежит к числу дедитициев, и ни одним законом, постановлением сената или конституцией принцепса им не дается доступа к римскому гражданству». Однако помещение этого замечания в один контекст с G.3.194 выглядит несколько произвольным, поскольку Гай в действительности не говорит здесь о «неспособности» («impotenza») закона, постановления сената и императорской конституция наделить дедитициев гражданством²¹⁴, он лишь сообщает, что фактически этого не происходит.

Основным подтверждением широты обсуждаемой концепции является, безусловно, фрагмент из «Комментария к провинциальному эдикту» Гая – D.7.5.2.1²¹⁵.

²¹³ Archi G.G. Op. cit. P. 7.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Этот текст часто обсуждается в параллели с G.3.194 (см., например: Levy E. Op. cit. S. 9; Daube D. Op. cit. P. 33-39; Archi G.G. Op. cit. P. 7-8; Nörr D. Rechtskritik... S. 99; Giaro T. Op. cit. S. 217). См. также: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 474-475; Waldstein W. Op. cit. S. 57. Как справедливо отмечает В. Вальдштайн, G.3.194 снимает сомнения в содержательной подлинности D.7.5.2.1 (Ibid. S. 50).

D.7.5.2.1: Quo senatus consulto non Этим постановлением сената достигнуто id effectum est, ut pecuniae usus не то, чтобы в отношении денег был fructus proprie esset (nec enim узупрукт в собственном смысле (ведь naturalis ratio auctoritate senatus естественный разум не может быть commutari potuit), sed remedio изменен авторитетом сената), но после introducto coepit quasi usus fructus введения этого средства он начал haberi²¹⁶. считаться как бы узупруктом.

Как известно, римский узупрукт представлял собой право пользоваться вещью и извлекать из нее плоды, не изменяя самой вещи (Paulus D.7.1.1: «Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia»; I.2.4pr.: «Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia...»). Разумеется, такое право могло иметь своим объектом только непотребляемые вещи (UE.24.26: «Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas...»)²¹⁷. По тем или иным причинам²¹⁸

²¹⁶ Это рассуждение нашло поддержку и у составителей Институций Юстиниана: I.2.4.2: «Constituatur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: **nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum.** quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguuntur. sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur... ergo **senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit**».

²¹⁷ См., например: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 468-469; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 447-450.

²¹⁸ По-видимому, споры, касающиеся отказа по завещанию узупрукта в отношении всего имущества, в состав которого входили и потребляемые вещи, велись еще в республиканские времена. Так, Цицерон для иллюстрации одного риторического приема приводит пример, когда муж отказал жене узупрукт на свое имущество, включавшее помимо прочего кладовые, полные вина и масла. По мнению Цицерона, она не приобретает прав на них, поскольку узупрукт заключается в пользовании вещами, а не в их уничтожении (Cic. Top. III.17).

было принято постановление сената, идущее вразрез с этими традиционными представлениями: Ulpianus D.7.5.1: «Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari», «сенат постановил, чтобы мог быть отказан по завещанию узуфрукт в отношении всех вещей, которые входят в состав чьего-либо имущества. Считается, что этим постановлением сената введено [правило, в соответствии с которым], может быть отказан по завещанию узуфрукт в отношении тех вещей, которые потребляются или уменьшаются использованием»; I.2.4.2: «...sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum [scil. «quae ipso usu consumuntur»] usum fructum constitui...», «...но ради [практической] пользы сенат постановил, что можно устанавливать узуфрукт даже в отношении этих вещей [, которые потребляются самим использованием]». Сформировавшемуся на этой почве институту, который современная литература, опираясь на приведенный текст Гая, нередко именует «квазиузуфрукт», «quasi usus fructus», посвящен специальный титул Дигест Юстиниана – D.7.5 «De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur»²¹⁹.

Сообщения Ульпиана и Институций Юстиниана, а также позиция Гая, сохранившаяся в D.7.5.2.1, дают все основания полагать, что в постановлении сената говорилось что-то вроде следующего: «по завещанию может быть отказан узуфрукт в отношении любых вещей, [в том числе и потребляемых]». Иными словами, сенатусконсульт содержал предписание, с формальной точки зрения очень близкое к словам законов XII таблиц «furtum manifestum esto»²²⁰. Так же, как и в случае с furtum manifestum, Гай предлагает корректный с философско-правовой точки зрения способ истолковать неудачную

²¹⁹ О квазиузуфрукте см., например: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 474-475; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 453-454.

²²⁰ См.: Daube D. Op. cit. P. 33-34.

формулировку постановления сената. Узуфрукт обладает определенными характеристиками в силу естественного разума, *naturalis ratio*, поэтому сенату не под силу распространить его на новые ситуации. Когда сенат допускает узуфрукт денег, он на самом деле не меняет этого института, который по природе таков, что может устанавливаться лишь в отношении непотребляемых вещей. Названным предписанием сенат добивается лишь того, что узуфрукт, установленный (например, в соответствии с завещанием) в отношении денег, начинает рассматриваться так, как если бы это был настоящий узуфрукт, узуфрукт в собственном смысле слова.

Важное для современного наблюдателя различие между G.3.194 и D.7.5.2.1 состоит в том, что в «Институциях» речь идет о юридических фактах, в то время как в «Комментарии к провинциальному эдикту» Гай рассуждает о разновидностях правоотношений или о юридическом институте. Легко понять юриста, когда он утверждает, будто определенное поведение от природы либо является, либо не является кражей. Но можно ли сказать, что узуфрукт как правовая категория обладает теми или иными чертами от природы?²²¹ Важно заметить, что Гай отвечает на этот вопрос положительно. В следующем параграфе будет показано, что многие правовые отношения воспринимались римскими юристами именно как элементы социальной реальности, существующие от природы.

Итак, можно констатировать, что сопоставление G.3.194 – основного свидетельства о римских взглядах на место фикции в процессе позитивации права – с другими текстами Гая позволяет вписать содержащееся в названном параграфе рассуждение в более широкий концептуальный контекст. Как показывает анализ источников, римляне связывали использование фикции с идеей, что законодатель не в состоянии изменить природную нормативную структуру общества. О том, что, по мнению Гая, на законодателя налагались определенные ограничения такой объективной нормативной реальностью,

²²¹ Примерно так ставит вопрос Д. Даубе: *op. cit.* P. 36.

красноречиво свидетельствует и D.7.5.2.1. Действительно ли предложенное объяснение опиралось на распространенные представления римлян о структуре их правопорядка? Действительно ли античной юриспруденции свойственны такие натуралистические взгляды? Положительный ответ на эти вопросы находит подтверждение в многочисленных сообщениях источников. Так, яркий пример дает текст того же Гая – G.1.158: «Sed adgnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest», «но право агнатского родства прекращается с умалением правоспособности, право же когнатского родства не изменяется таким способом, поскольку причины гражданского порядка могут прекратить гражданские же права, а натуральные не могут»²²². Обсуждению этого и некоторых других свидетельств, обнаруживающих натуралистические воззрения римских юристов, посвящен следующий параграф. Забегая вперед, можно отметить, что натурализм римской юриспруденции объясняет не только фикции вроде тех, которые приводятся в G.3.194 и могут быть описаны как «положительные», в том смысле, что принимают как состоявшийся факт, не имевший места в действительности²²³. Убедительное объяснение в рамках этой концепции получают и фикции «отрицательные», объявляющие несуществующим тот или иной исторический факт (им посвящена, в основном, глава III настоящей работы). Если причиной обращения к положительным фикциям оказывается неспособность законодателя произвольно придавать новым ситуациям правовое значение известных типов социального взаимодействия, таких как кража, убийство, прелюбодеяние, то отрицательные фикции предстают следствием неспособности законодателя произвольно лишать правового значения те факты, которые от природы таким значением обладают.

²²² Ср. I.3.1.11: «...naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest...».

²²³ Положительные и отрицательные фикции различает, например, Д.В. Дождев (Римское частное право... С. 220).

Реконструированная и несколько продолженная нами концепция Лабеоны и Гая выдерживает в действительности расширение и еще в одном направлении. Дело в том, что в G.3.194 фикция появляется на стыке закона (*lex*) и природного социального порядка. Фрагмент D.7.5.2.1 показывает, что проблемы, о которых идет речь в «Институциях», возникают и при попытке сената своим постановлением вмешаться в эту природную нормативную реальность. Как будет показано в главах II и III настоящей работы, объяснение фикции, предложенное Лабеоном и Гаем, годится также для случаев, когда сталкиваются и другие нормативные системы (*ius civile* и *ius honorarium*), или когда реформаторскому закону оказывается противопоставлено традиционное положение *ius civile*.

Таким образом, краткое замечание в «Институциях» Гая, касающееся фикции (G.3.194), в действительности является элементом развернутой концепции, выдвинутой Лабеоном и пронизывающей, по крайней мере, все учение о краже. Суть этой теории заключается в различении ситуаций социального взаимодействия, которые объективно, от природы образуют определенный тип (например, кража, прелюбодеяние или убийство), и тех, за которые установлена ответственность как за принадлежащие к этому типу, хотя объективно они к нему не относятся. Закон, по мнению Лабеоны и Гая, не в состоянии изменить границы данных от природы типов социального взаимодействия (так, он не в силах сделать вором того, кто вором не является), но ему под силу установить для невра такую ответственность, как если бы он совершил кражу. В работе показывается, что в рамках этой концепции фикция предстает необходимым элементом римского юридического метода, позволяющим отчасти преодолеть зависимость правотворческой инстанции от объективной нормативной структуры общества, существующей от природы.

§ 2. Натуралистические представления римлян о праве

Иногда общество представляют аморфной массой, готовой принять любую структуру, любую форму, определенную верховной нормотворческой инстанцией. Социальные факты сами по себе не обладают правовым значением: сообщить им его может лишь законодатель. Понятия, описывающие отдельные фрагменты социальной реальности, такие как «семья», «сын», «сделка», «обязательство», «владение» и т.п., предстают рефлексом волеустановленного правового регулирования. «Сделка» – условное обозначение совокупности всех тех фактических ситуаций, к которым применимы правила о сделках, содержащиеся в законодательстве. Сделка – не самостоятельное понятие, а лишь гипостазированная гипотеза нормы или нормативного комплекса. Сын – это тот, чьи отношения с другими людьми регулируются определенным нормативным комплексом. Поэтому наделение подобных понятий самостоятельным существованием есть не что иное, как непозволительное умножение сущностей. В действительности общество не структурировано в юридических понятиях, их произвольно и извне привносит законодатель. Закон волен назвать сына несыном, если потребуются исключить применение той или иной нормы в отношении некоторых сыновей, – ведь, на самом деле, именно закон и определяет, кто есть сын. Иногда подобных формулировок приходится избегать, дабы не шокировать обывателя, не понимающего, что утверждение «А – сын Б» не означает ничего, кроме того, что ситуация, в которой находятся А и Б, отвечает признакам, составляющим гипотезу целого нормативного комплекса и для краткости именуемым «сын»²²⁴.

²²⁴ Пожалуй, самая последовательная концепция такого рода – «Чистое учение о праве» Ганса Кельзена (Kelsen H. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Studienausg. der 1. Aufl. 1934. Tübingen, 2008; Id. *Reine Rechtslehre. Zweite, vollst. neu bearb. und erweit. Aufl.* Wien, 1960; русский перевод второго издания см.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 1-2. М., 1987-1988).

Примерно с такими установками подходит к исследованию фикции, например, Й. Эссер²²⁵. В полном соответствии с этими общими воззрениями ученый объявляет основной задачей фикций (точнее их полезной разновидности, которая одна и имеет право на существование) – обеспечение экономного расходования юридических средств. Так, зачастую фикция используется в целях отсылки: например, вместо того, чтобы сказать, что в том или ином случае, когда лицо не совершало волеизъявления, применению подлежат те правила, которые действуют при наличии такого волеизъявления, законодатель может предписать рассматривать этот случай так, как если бы волеизъявление состоялось. Фикция-отсылка нужна лишь для того, чтобы не воспроизводить для нового случая все правила, которые уже сформулированы в другом месте для волеизъявлений. Поскольку законодатель волен по своему усмотрению типизировать факты социального взаимодействия и придавать им правовое значение, обращение к фикции для него не необходимо, а лишь удобно в определенных случаях. Нетрудно заметить, что этот взгляд расходится с концепцией Лабеоны и Гаия, изложенной в предыдущем параграфе и выставляющей фикцию необходимым приемом юридической техники, вызванным к жизни теми ограничениями, которые накладывает на законодателя социальная реальность с ее объективной нормативной структурой. Более того, объяснение фикции, предложенное Лабеоном и Гаем, вообще не поддается согласованию с той моделью общества, от которой отправляется Й. Эссер: ведь с точки зрения античных ученых, фикция необходима законодателю для преодоления зависимости от объективной нормативной структуры общества, в то время как по Й. Эссеру структуру социальной реальности задает как раз сам законодатель.

Надо сказать, что взгляды на соотношение социальной реальности и волеустановленного нормативного порядка, схематично обозначенные выше, иногда ложатся в основу исследований античного материала. Для примера

²²⁵ Esser J. Op. cit.

приведем слова М. Таламанки: «Отправной точкой здесь является, по-моему, корректное установление противоположности между исторической реальностью и правовым эффектом, связываемым с ней нормой как принудительной моделью поведения. Историческая реальность и правовой эффект суть явления между собой не сообщающиеся, для которых единственной точкой соприкосновения служит та связь, которую сама норма устанавливает в сфере права между историческими фактами и правовыми последствиями»²²⁶. Эти слова могли быть произнесены и Г. Кельзеном²²⁷.

Иных взглядов – содержательно близких к концепции Лабеоны и Гая – придерживается, по крайней мере, относительно Рима, например, Ф. Виакер: «Там, где формы жизни общества вообще и правоприменение в частности

²²⁶ Talamanca M. Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana // *Bulletino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*. 2005. 101-102 (1998-1999). P. 2-3. Здесь и далее работа цитируется по русскому переводу: Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность юридических сделок в римском праве // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права*. Вып. 3. М., 2007. С. 10-11. Как будет показано в третьей главе настоящей работы, этот подход не позволяет автору в полной мере объяснить механизмы действия законодательных запретов и некоторые особенности римских взглядов на недействительность сделки.

²²⁷ Ср.: «Внешнее действие, которое по своему объективному значению составляет правовой (или противоправный) акт, – это всегда протекающее в пространстве и времени, чувственно воспринимаемое событие, т.е. природное явление, определенное законом причинности. Однако это явление как таковое, как элемент природы, не составляет предмета специфически юридического познания и вообще не относится к праву. Что превращает это действие в правовой (или противоправный) акт... [так это] объективный смысл, связанный с этим актом, то значение, которым он обладает. Конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением... Норма, доставляющая акту значение правового (или противоправного) акта, сама создается посредством правового акта...» и далее (Чистое учение о праве Ганса Кельзена... Вып. 1. 1987. С. 10-11).

подчинены традиционным правилам и изобразительным средствам, свободное рациональное правотворчество, которое нам сегодняшним кажется самым собой разумеющимся, немислимо. Прорыв правовой традиции в новые сферы применения удастся лишь через ассоциативные обходные пути, через приравнивание состава, нуждающегося в регулировании, к уже оформленному [составу]... Таким образом, в фикции скрывается помимо рациональной отсылки вечный элемент права как такового – то, что оно пускает корни в чувственное восприятие фактов действительности, несущих правовой заряд (*ein ewiges Element des Rechtes selbst: seine Einwurzelung in die sinnenhafte Anschauung rechtshaltiger Wirklichkeiten*)»²²⁸. Приведем также его слова, высказанные хотя и не с целью объяснить причины появления фикции, но чрезвычайно удачно выражающие натуралистические представления римлян: «Тот, кто, напротив, согласится, что правовая наука имеет своим предметом не чистые нормативные комплексы, [витающие в некоем] абсолютном правовом мире, а структуры, [данные в] действительности и несущие правовой заряд, и что, следовательно, ее метод определяется действительностью, тот не сочтет возможным... принципиальное различие между «просто фактами» и «чистыми правовыми понятиями». Он, наоборот, увидит в крупных первичных формах донаучного правового мышления, таких как собственность, договор, союз, корпорация, личность, брак, государство, народ, объективные факты действительности более высокого порядка, которые уже как таковые являются фактами действительности духа, фактами действительности, в которых право не только эмпирически проявляется, но от которых, по сути, зависит его

²²⁸ Wieacker F. Rechtsbegriff und juristische Fiktion. Eine Besprechung [zu: Esser J. Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940] // Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1942. Bd. 102. S. 177-178. Здесь различима скрытая полемика с Г. Кельзеном: «Это правовое значение акта нельзя воспринять непосредственно, наблюдая его внешнюю, фактическую сторону, – в отличие от того, как мы воспринимаем физические свойства предмета, например его цвет, твердость, вес» (Чистое учение о праве Ганса Кельзена... Вып. 1. 1987. С. 9).

существование. Понятия этого рода являются фактами действительности духа и в то же время человеческой жизни. Все эти понятия как факты действительности доступны восприятию и нуждаются в нем, и средство этого восприятия – плодотворный образ (*das fruchtbare Bild*). Так что, на самом деле, здесь вновь разворачивается старая большая битва между реализмом и номинализмом»²²⁹.

Как видим, соотношение правового и фактического в жизни общества может быть представлено по-разному. Первый подход полагает, что правовые оценки искусственно и произвольно прикладываются (законодателем) к социальной реальности, что фактическое и правовое существуют отдельно друг от друга. Второй исходит из того, что социальная реальность сама по себе обладает определенной правовой структурой, что социальное взаимодействие проникнуто нормативностью, и что нередко социальные факты несут в себе «правовой заряд». Именно второй подход лежит в основе концепции Лабейона и Гая: фикция необходима как раз потому, что типы социального взаимодействия обладают объективным правовым значением, данным от природы, и законодатель вынужден считаться с этим нормативным порядком более высокого ранга. В настоящем параграфе демонстрируется, что такое объяснение фикции опирается не на экстравагантные представления Лабейона и Гая о месте права в социальной реальности, а на общепринятые воззрения римлян²³⁰.

²²⁹ Wieacker F. *Op. cit.* S. 181-182. См. также: *Id. Vom römischen Recht...* S. 109-110. Ср. размышления о римском праве П. Деларова: «...оно было суммой идей, не только выведенных из сознательного и бессознательного наблюдения над этим миром, но еще и постоянно проверяемых и исправляемых им... Оно... было... правом конкретно-чувственных представлений, ярких и осязательных, получающих свое питание из мира ощущений...» (указ. соч. С. [XI]).

²³⁰ Напротив, вопрос о том, какой из двух обозначенных подходов более удачно описывает объект правовой науки, остается за рамками нашего обсуждения.

Римские юристы едва ли согласились бы с Г. Кельзенем или Й. Эссером. В их представлении социальная реальность структурирована объективно. Речь не идет, конечно, о всеохватывающей, четко определенной, раз и навсегда установленной, неподвижной структуре. Однако отдельные фрагменты социальной реальности, предпосланные сознательному правовому регулированию, то и дело становятся предметом рассмотрения юристов. Так, хорошо известны понятия *fides*, *ius gentium*, *ius naturale*, *cognatio*, *possessio*, *obligatio naturalis* и многие другие. В источниках часто встречаются ссылки на природу того или иного правового института, например, узуфрукта, контракта. Эта объективная структура социальной реальности представляет собой не столько высший или низший правопорядок²³¹, сколько правовой порядок, качественно отличающийся от правового порядка, получаемого в результате сознательно нормотворчества. Понятие *possessio naturalis* или *obligatio naturalis* описывают правовую структуру общества, существующую независимо от того, учитывается ли она законодателем. Законодатель может взять под свою опеку тот или иной фрагмент этой социальной реальности, может даже придать определенное правовое значение фактам, не прошедшим типизацию, не принадлежащим ни к одному из объективных типов социального взаимодействия. Нельзя сказать, что этот объективный социальный порядок слабее или сильнее порядка, созданного законодателем, ибо в отличие от последнего он не устанавливает санкций, представляя базовую нормативную

²³¹ На основе анализа понятий *naturalis cognatio*, *naturalis possessio* и *naturalis obligatio* Э. Леви пришел к выводу, что предикат «*naturalis*» во всех этих случаях означает если и не полное устранение правовых последствий, то, по крайней мере, их редукцию. Более того, этот вывод он распространяет на все естественное право (полагая, что названные понятия относятся к *ius naturale*), которое, по его мнению, римские юристы воспринимали не как высшее по отношению в позитивному праву (что соответствовало бы философской традиции, донесенной до них Цицероном, Сенекой и другими), а как низшее: «*natural law as inferior rather than superior to the law in force*» (Levy E. Op. cit. S. 13-15).

структуру общества в чистом виде, состоящую из типизированных ситуаций социального взаимодействия и представлений о должном.

Как видно уже из приведенных примеров, представление об объективности структуры социальной реальности зачастую связано с убеждением, что она существует от природы. Это воззрение римских юристов повлияло и на современных авторов, которые применительно к целому ряду объективных (по мнению римлян) понятий и принципов говорят о «допозитивных элементах [социального] порядка» («vorpositive Ordnungselemente»)²³², имея в виду, что такого рода понятия и принципы предпосланы позитивации права. Вероятно, подобные оценки нуждаются в корректировке. Объективный социальный порядок, с которым приходится считаться даже законодателю, предпослан не столько позитивации права, сколько сознательному нормотворчеству. Понятия *furtum manifestum* или *possessio naturalis* не существуют от природы, они – продукт рефлексии общества, продукт осмысления обществом самого себя с правовых позиций. Это осмысление протекает постепенно, предполагая долгий процесс сопоставления конкретных ситуаций социального взаимодействия, выявления их сходств и различий, обобщения их в понятиях. Формирование таких понятий имеет ценностное значение, поскольку типизация есть ничто иное, как признание разных «от природы» ситуаций равными с какой-то точки зрения. Понятно, что эти операции предполагают наличие определенного принципа, необходимого не только для выводов о существенности общих или, наоборот, отличительных черт тех или иных фактов, но и вообще для членения социальной реальности на фрагменты – отдельные ситуации. Понятно также, что подобный принцип не предпослан описанной деятельности общества по упорядочению социальной реальности, но рождается и уточняется в ходе самой этой деятельности. Многогранность представлений общества о самом себе проявляется в том, что социальная реальность оценивается, структурируется им

²³² См.: Waldstein W. Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. 17. 1967.

на основании не одного, а многих принципов, воспринимается как многомерная. Одним из таких принципов является право, воплощающее представления общества о справедливости. Осознание самостоятельности, автономии, самоценности этого принципа влечет его институционализацию, частью которой становится формирование профессионального сообщества, призванного продолжать работу по упорядочению социальной реальности с точки зрения права. Накапливая опыт такой работы, юристы не только все больше уточняют представления общества о правовом измерении своего существования, не только содействуют распространению правовой оценки на все новые и новые стороны жизни общества, но и совершенствуют инструментарий, служащий достижению поставленных перед ними задач. Однако фундаментально их методология остается все той же – сопоставление фактических ситуаций с точки зрения правового принципа и уточнение знаний о правовом принципе через сопоставление фактических ситуаций²³³.

Некоторые понятия, принципы, институты, получаемые в результате описанной работы общества, настолько укореняются в его представлениях о самом себе – в т.ч. и в представлениях профессионального сообщества, – что начинают восприниматься как существующие от природы. «Эта привычка оперировать категорией природы, выстраивая юридическую аргументацию, очень хорошо показывает, как юристы смотрели на правовую систему. Она представлялась им совершенной и сбалансированной, как живой организм, возможности и пределы которого определяются его природой. Соответственно, основные понятия, которыми они пользовались в своей интеллектуальной деятельности, постепенно затвердевали до такой степени, что их «природа» не

²³³ Ср. мнение К. Энгиса о том, как (современным) юристом делается вывод, что данная конкретная ситуация охватывается гипотезой той или иной нормы (Subsumtion): он «основывается на уравнивании нового случая с теми случаями, чья принадлежность к классу уже установлена» (Engisch K. Einführung in das juristische Denken. Stuttgart, 2005. S. 64).

могла быть изменена даже законом»²³⁴. Сообщение таким традиционным понятиям и принципам природного значения связано, очевидно, не столько с привычкой, сколько с тем, что богатый социальный опыт их верификации убеждает в их истинности, в их адекватности описываемой реальности. Процесс типизации юридически релевантных фрагментов социальной реальности не столько предшествует сознательному нормотворчеству (являясь «допозитивным»), сколько протекает независимо от него, автономно, что позволяет постоянно уточнять представления о юридической структуре общества (тем самым, усложняя ее).

Такие нормативные категории, наделявшиеся римлянами объективным, часто природным существованием, стали предметом многочисленных исследований романистов²³⁵. Представление римлян, что сознательному,

²³⁴ Levy E. Op. cit. S. 9.

²³⁵ Назовем лишь некоторые яркие публикации последнего столетия: Maschi C.A. La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani. Milano, 1937; Kunkel W. Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht // Festschrift P. Koschaker. Weimar, 1939. Bd. II. S. 1-15; Levy E. Op. cit.; Maschi C.A. Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore? // L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker. Vol. II. Milano, 1954; Lauria M. Ius. Visioni romane e moderne. Napoli, 1962; Burdese A. «Ius naturale» (diritto romano) // Novissimo digesto italiano. Vol. IX. Torino, 1963; Waldstein W. Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht...; Mayer-Maly T. Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache Zwischen Sein und Sollen // Studi in onore di E. Volterra. Vol. II. Milano, 1971; Stein P. The Development of the Notion of Naturalis Ratio...; Waldstein W. Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen...; Archi G.G. „Lex“ e „natura“ nelle Istituzioni di Gaio // Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag. Köln, 1978; Waldstein W. Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen // Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic. Berlin, 1983; Hamza G. Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero // Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età Romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo. Napoli, 1997; Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В.С. Нерсисянца. М., 2000. С. 96-128 (автор главы – Д.В. Дождев); Дождев Д.В. Методологические проблемы изучения римского

целенаправленному правотворчеству предпослан определенный социальный порядок, не зависящий от воли законодателя, проявилось в целом ряде учений, категорий, понятий. К их числу относятся, в частности, *fides*, *aequitas*, *iustitia*, *ius gentium*, а также целый ряд понятий и категорий, апеллирующих к природе – *ius naturale*, *rerum natura*, *naturalis ratio*; иногда римляне отмечают, что рассматриваемое явление обладает теми или иными качествами по природе (*natura*). Применительно к последней группе говорят о «натуралистических» представлениях римских юристов (ср. название знаменитой монографии К.А. Маски «*La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*»²³⁶ или «*“naturalistische“ Rechtsauffassung*» у М. Казера²³⁷). Общим для всех названных и некоторых других концептов является то, что они описывают не зависящую от сознательного нормотворчества и, в этом смысле, объективную юридическую структуру социальной реальности.

Реконструируя натуралистические воззрения римских юристов, необходимо различать их общие концептуальные рассуждения о естественном праве, о *ius naturale* с одной стороны и методы работы с казуистическим материалом, опирающиеся на разнообразные апелляции к природе – с другой. Философско-правовая разработка понятия *ius naturale* проходила под заметным влиянием греческих учений и их интерпретации римскими философами и риториками. Поэтому изучение римских концепций естественного права опирается не только и не столько на юридическую литературу, сколько на сочинения интеллектуалов, не входивших в число *iuris consulti*, прежде всего, – Цицерона, часто возвращавшегося к проблемам естественного права²³⁸. Именно античная философская традиция составляет релевантный контекст для таких суждений

права: право и справедливость в понятийной системе римской юриспруденции («*ius civile*», «*ius naturale*», «*bonum et aequum*») // Вестник древней истории. 2003. № 3. С. 100-122.

²³⁶ См. предыдущую сноску.

²³⁷ Kaser M. *Römisches Privatrecht...* Bd I. S. 204, 183.

²³⁸ Levy E. *Op. cit.* S. 3-6; Hamza G. *Op. cit.*

знатоков права, как например: «*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*», «Слово «право» используется во многих значениях: одно значение – когда называют правом то, что всегда [состоит в] соответствии²³⁹ и добре, каково естественное право» (Paulus D.1.1.11) или «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit...*», «Естественное право – это то, чему природа обучила всех животных...» (Ulpianus D.1.1.1.3). Известные нам философские обобщения такого рода могут пролить свет на некоторые стороны методологии римских юристов, однако переоценивать их значение не стоит. Учитывая философское, умозрительное происхождение подобных концепций, а также их неримские корни, необходимо иметь в виду, что они не составляли основы для решения конкретных юридических вопросов – встречающаяся в источниках аргументация, апеллирующая к природе вещей или какого-либо юридического института, хотя и пересекается с естественно-правовыми учениями, поскольку основана на признании природных, не подвластных законодателю категорий, не должна отождествляться с ними. Эти имеющие непосредственное прикладное значение натуралистические представления проявляются в решении конкретных юридических вопросов с учетом природы вещей (*rerum natura*), здравого смысла (*naturalis ratio*), порядка, установленного природой (*natura*), и т.п. Описанная черта римской юридической методологии не была отрефлексирована самими римлянами²⁴⁰, хотя некоторые теоретические обобщения в этой сфере предпринимались. Верно и то, что натурализм юридической техники не мог не сказаться на римских философских концепциях *ius naturale*²⁴¹.

²³⁹ Обоснование перевода «*aequum*» как «соответствие» (в изречении Цельса «*ius est ars boni et aequi*») см.: История политических и правовых учений. Древний мир... С. 300-301 (автор главы – В.С. Нерсесянц).

²⁴⁰ Burdese A. Op. cit. P. 384.

²⁴¹ Ibid.

Особый интерес для настоящего исследования представляет то обстоятельство, что юристы признавали объективное существование за некоторыми понятиями, описывающими определенные типы ситуаций социального взаимодействия: именно в ряду таких понятий оказывается *furtum manifestum natura*, а также объективные понятия кражи, прелюбодеяния и убийства, о которых рассуждают Лабейон и Гай. Эту черту римского правообразования можно проиллюстрировать на нескольких примерах. Возьмем три хорошо известных пары понятий – с одной стороны *possessio*, *cognatio* и *obligatio*, снабженные предикатом «*naturalis*», с другой – те же понятия без предиката или с предикатом «*civilis*». При рассмотрении этих понятий мы сосредоточим свое внимание на двух тезисах: во-первых, римские юристы полагали, что, по крайней мере, некоторые типы социальных фактов существуют от природы; во-вторых, эти природные типы имеют правовое значение независимо от того, получают ли они признание со стороны законодателя.

Выражения «*possessio naturalis*», «*naturaliter possidere*» и т.п. встречается в целом ряде фрагментов Дигест Юстиниана²⁴². В романистике бытует мнение,

²⁴² Ulpianus D.10.3.7.11 («*naturaliter possideant*»), Papinianus D.10.2.35: «*naturaliter... tenuit*», Ulpianus D.10.4.3.15: «*qui naturaliter incumbat possessioni*», Paulus D.22.1.38.10: «*possessionem naturalem*», Paulus (Labeo) D.41.2.1pr.: «*Possessio... naturaliter tenetur*», Paulus (Nerva filius) D.41.2.1.1: «*naturali possessione*», Paulus (Neratius, Proculus) D.41.2.3.3: «*naturalis possessio*», «*naturali possessioni*», Paulus (Nerva filius) D.41.2.3.13: «*naturalem possessionem*», Ulpianus D.41.2.12pr.: «*Naturaliter... possidere*», Iavolenus D.41.2.24: «*naturaliter tenet*», Papinianus D.41.2.49pr.: «*naturaliter... teneatur*», Iulianus D.41.5.2.1-2: «*possessio... naturalis*», Iulianus (Servius) D.41.5.2.2: «*naturalem possessionem*», Ulpianus D.43.16.1.9: «*naturaliter possideat*», «*naturalis possessio*», Venuleius (Labeo) D.43.26.22.1: «*naturaliter possideretur*», Ulpianus D.45.1.38.7: «*possessionem naturalem*». Некоторым из указанных текстов известно противопоставление натурального владения гражданскому: Iavolenus D.41.2.24: «*civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet*»; Iulianus D.41.5.2.1: «*possessio non solum civilis, sed etiam naturalis*»; Ulpianus D.43.16.1.9: «*sive civiliter sive naturaliter possideat*»,

что в разных контекстах слова «*possessio naturalis*» имеют разное значение²⁴³. Этот взгляд позволил в свое время преодолеть интерполяционистскую концепцию С. Риккобоно, который в отчаянии от невозможности согласовать сообщения источников и получить стройную систему видов владения объявил большую часть указанных текстов испорченными²⁴⁴. Наблюдаемая в источниках многозначность словоупотребления, вообще свойственная римским юристам, не склонным к созданию технической терминологии²⁴⁵, была замечена уже В. Кункелем, выступившим с критикой теории С. Риккобоно²⁴⁶.

Ulpianus D.45.1.38.7: «*quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est*». Старая дискуссия о степени искажения классических текстов, оперирующих понятием натурального владения, подробно воспроизведена в работе Дж. Мак Кормака, который, руководствуясь современными взглядами на методы работы с источниками, пересмотрел прежние интерполяционистские воззрения и предложил реконструкции, многие из которых приемлемы и сегодня (Mac Cormack J. *Naturalis possessio* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. 1967. Bd. 84. S. 47-69). О причинах и степени искажения названных классических текстов постклассиками см.: Дождев Д.В. Владение в системе гражданского права // *Вестник гражданского права*. 2010. № 1. С. 49-50.

²⁴³ Определенное признание получила классификация Дж. Мак Кормака, распределившего материал источников, в которых зафиксировано обсуждаемое словоупотребление, по трем группам в зависимости от значения соответствующих выражений в том или ином конкретном контексте (Mac Cormack G. *Op. cit.*). См., например: Jörs P., Kunkel W. [et al.] *Römisches Recht*. Berlin et al., 1987. S. 133-134.

²⁴⁴ Riccobono S. Zur Terminologie der Besitzverhältnisse [*Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*] // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. 1910. Bd. 31. S. 321-371.

²⁴⁵ Kaser M. Zur juristischen Terminologie der Römer // *Id. Ausgewählte Schriften*. S.l., 1976. Bd. I. S. 35-83.

²⁴⁶ Kunkel W. *Civilis und naturalis possessio. Eine Untersuchung über Terminologie und Struktur der römischen Besitzlehre* // *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*. Leipzig, [1935]. S. 40-79.

Вместе с тем можно констатировать, что все значения словосочетания «*possessio naturalis*», так или иначе, передают одну общую идею. С точки зрения римлян²⁴⁷, это понятие описывает фактическое господство²⁴⁸, состояние «естественной» принадлежности вещи лицу. Б. Альбанезе удачно выделяет общее значение рассматриваемого словоупотребления – фактическое отношение субъекта и объекту в контексте владения («*nel ambito possessorio*»), и частное – материальное владельческое отношение лиц, владеющих для другого лица (*nomine alieno*)²⁴⁹. Можно сказать, что «*possessio naturalis*» означает «господство над вещью (*Sachherrschaft*), не зависящее от дальнейших квалификаций»²⁵⁰. При этом нужно иметь в виду, что, во-первых, речь идет именно о господстве, а не просто о телесном контакте, и что, во-вторых, это господство признается независимо от того, связывает ли с ним закон какие бы то ни было правовые последствия. Важно, что *possessio naturalis* – это именно понятие, а не факт как таковой: *possessio naturalis* – определенный тип фактов, определенная форма (фактической) принадлежности. Современный взгляд на вещи заставляет увидеть в этом понятии продукт юридической работы общества, правовое понятие, структурирующее социальную реальность, формально описывающее социально значимый контакт человека и вещи²⁵¹.

²⁴⁷ И следующих за ними романистов, см., например: Riccobono S. Zur Terminologie der Besitzverhältnisse... S. 325: «das nackte Faktum», «голый факт».

²⁴⁸ Ср. слова Папиниана о владении вообще: Papinianus D.4.6.19: «*possessio autem plurimum facti habet*». Ср., однако, Papinianus D.41.2.49.1: «*...possessio non tantum corporis, sed et iuris est*» (см. об этом тексте: Дождев Д.В. Владение в системе гражданского права... С. 19).

²⁴⁹ Albanese B. Le situazioni possessorie nel diritto privato romano. [S.l.], 1985. P. 58.

²⁵⁰ Jörs P., Kunkel W. [et al.] Op. cit. S. 133.

²⁵¹ На *possessio naturalis* вполне могут быть распространены слова Д.В. Дождева, высказанные применительно к владению: «Личность, воля, свобода, порядок - координаты нормативной системы, и их приложение к владению показывает, что это факт, интегрированный системой отношений, формально преобразованный факт». «Так, Концепция [развития гражданского законодательства – А.Ш.] предлагает понимание

Во многих текстах римских юристов речь идет о «*naturalis obligatio*», «*naturale bebitum*», «*natura debere*» и т.п. При всей дискуссионности стоящего за этими словами понятия (или понятий) большинство авторитетных интерпретаций едины в двух основных выводах. Во-первых, следует различать *obligatio naturalis* как отношение, хотя и отвечающее признакам обязательства, но не пользующееся исковой защитой (в отличие от *obligatio civilis*), с одной стороны и *obligatio naturalis* как обязательство, основанное на *fides* и признанное на уровне *ius naturale* или *ius gentium* с другой стороны. Во-вторых, выражения вроде «*obligatio naturalis*» исторически появляются именно в связи с неисковыми обязательствами и именно в этом контексте приобретают техническое значение, которого лишено более позднее словоупотребление, апеллирующее к *ius naturale*. Так, П. Фрецца, следуя за учебником П. Вочи, выделяет две группы значений, известных уже классическому периоду: во-первых, *obligatio naturalis* как обязательство, существующее по *ius naturale*, и, во-вторых, *obligatio naturalis* как оппозиция к *obligatio civilis*, т.е. обязательство, не получившее признания со стороны *ius civile*, как оппозиция к обязательству, признанному на этом уровне. Про последнюю группу автор пишет: «...обязательства, которые, обладая материальной структурой, свойственной отношению «долг-кредит», лишены формального одеяния, т.е. юридической защиты, которая позволяла бы принудить должника к определенному поведению по отношению к кредитору»²⁵². В том же ключе высказывается и М. Казер. Он также выделяет две группы значений: обязательства, не пользующиеся полноценным признанием со стороны *ius civile*, и обязательства, владения как факта, «фактического отношения». Здесь – *contradictio in adiecto*. Отношения «фактическими» не бывают. Отношения – это всегда абстракция. Отношения, значимые для права, должны получить формальную определенность. Найти правовую интерпретацию владельческих отношений – задача юридической науки» (Дождев Д.В. Владение в системе гражданского права... С. 17, 35).

²⁵² Frezza P. Le garanzie delle obbligazioni. Vol. I. Le garanzie personali. Padova, 1962. P. 36; см. также p. 51. Разрядка автора.

принадлежащие *ius gentium* как построенному на *naturalis ratio*²⁵³. Говоря о *possessio* и *obligatio* в контексте противопоставления понятий *naturalis* и *civilis*, он отмечает, что выражения *possessio naturalis* и *obligatio naturalis* используются, «чтобы описать отношения, которые, хотя и характеризуются некоторыми внешними существенными признаками владения и обязательственной связи, не обладают их частноправовыми последствиями. Это понятие природы, выведенное из существа вещей (*Wesenheit der Dinge*), распространяется далее на *actio* и прочие правовые институты»²⁵⁴. И несколько иначе в другом месте: «Применительно к обязательствам, не снабженным принуждением, *naturalis obligatio* обозначает обязанность (*Verbindlichkeit*), которая с точки зрения частного правопорядка, строго говоря, таковой не является, поскольку ей недостает первичных последствий [правовой] связи, которая, однако, обладая некоторыми вторичными последствиями *obligatio*, соблюдается «правом фактов» («*Recht der Tatsachen*»), иногда именуемым *ius naturale*»²⁵⁵. А. Бурдеше пишет, что выражение «*obligatio naturalis*» в оппозиции к «*obligatio civilis*» употреблялось при описании обязательственных отношений, устанавливавшихся *personae alieni iuris*, и что при этом имелось ввиду с одной стороны негативное значение – «отсутствие полной юридической действительности», с другой – значение позитивное – «наличие материальных, или фактических, элементов юридического состава обязательства, достаточных для полного юридического признания, если бы этому не препятствовал тот или

²⁵³ Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 480.

²⁵⁴ Op. cit. S. 204.

²⁵⁵ Op. cit. S. 480.

иной принцип *ius civile...*»²⁵⁶. С разбиением контекстов на две группы соглашается и Ф. Дидье^{257,258}.

Оригинальный контекст, в котором сформировалось понятие *obligatio naturalis* и в отношении которого этого выражение приобрело техническое значение, сегодня принято видеть в тех случаях, когда речь идет об обязательствах с участием подвластных – рабов, детей, жен²⁵⁹.

Интерес для настоящего исследования представляет, главным образом, именно эта, оригинальная группа значений: ведь *obligatio naturalis* именно в этом смысле оказывается в одном ряду с *possessio* и *cognatio naturalis*²⁶⁰. Отношения с участием подвластных не пользуются признанием *ius civile*.

²⁵⁶ Burdese A. Dubbi in tema di «*naturalis obligatio*» // Studi in onore di Gaetano Scherillo. Vol. II. Milano, 1972. P. 499.

²⁵⁷ Didier P. Les obligations naturelles chez les derniers Sabinien // Revue Internationale des droits de l'antiquité. 1972. T. XIX. P. 242.

²⁵⁸ Не получила признания теория П. Корньолея, будто классическим является только употребление выражения «*obligatio naturalis*» по отношению к обязательствам, основанным на *fides* и принадлежащим *ius gentium*, в то время как обозначение этими словами обязательств, лишенных исковой защиты, имеет постклассическое происхождение (Cornioley P. *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*. Genève, 1964 (Цит. по: Burdese A. Op. cit. P. 487-489). Господствующее мнение обоснованно исходит из того, что обязательства, не получившие по той или иной причине защиты на уровне *ius civile*, рассматривались как *obligatio naturalis* уже классиками (самое раннее свидетельство содержит текст Яволена D.35.1.40.3) – см.: Burdese A. Op. cit. P. 499-500.

²⁵⁹ Так, об обязательстве раба говорят, например, G.3.119a, Paulus D.12.6.13pr., Tryphoninus D.12.6.64, Iavolenus D.35.1.40.3; Ulpianus D.44.7.14; C.4.26.12. О рабе и подвластном сыне речь идет в Ulpianus (Iulianus) D.15.1.11.2. См. также: Africanus D.46.1.21.3. См. об этом, например: Burdese A. Op. cit. P. 513. См. также: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2002. С. 238; Франчози Дж. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 362-363; Дождев Д.В. Римское частное право... С. 486-487; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 481; Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. S.I., 1996. P. 7.

²⁶⁰ Ср. Didier P. Op. cit. P. 242.

Однако наблюдение за социальной реальностью сквозь призму правового принципа позволило сделать вывод, что по своей «материальной структуре»²⁶¹, по существу²⁶², по элементам фактического состава²⁶³ эти отношения не отличаются от тех, которые признаны законодателем²⁶⁴. Что долговые отношения, скажем, между рабом и его господином, подведены под понятие обязательства именно общественным сознанием²⁶⁵, а не юристами, злоупотребляющими технической терминологией, видно уже из текста Яволена:

D.35.1.40.3: Iavolenus libro Яволен во второй книге «Из secundo ex posterioribus Labeonis: посмертно изданных трудов Лабеоны»:

Dominus servo aureos quinque Господин отказал рабу пять золотых: legaverat: 'heres meus Stichus servo «Пусть мой наследник даст моему рабу meo, quem testamento liberum Стиху, которому я завещанием esse iussi, aureos quinque, quos in предоставляю свободу, пять золотых, tabulis debeo, dato'. Nihil servo которые я должен ему по книгам». Как legatum esse Namusa Servium пишет Намуза, Сервий ответил, что рабу respondisse scribit, quia dominus ничего не отказано, поскольку господин servo nihil debere potuisset: ego не мог быть ничего должен рабу. Я puto secundum mentem testatoris думаю, что согласно намерению naturale magis quam civile завещателя следует скорее иметь в виду

²⁶¹ Frezza P. Op. cit. P. 36.

²⁶² Ср. Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 204.

²⁶³ Burdese A. Op. cit. P. 499.

²⁶⁴ Ср. слова Ч. Санфилиппо (указ. соч. С. 237): «...Римское общественное сознание усматривало в некоторых случаях... дебетно-кредитные экономические отношения, которые в силу определенных причин не порождали *vinculum iuris*, правовых уз, и поэтому не признавались как *civilis obligatio*. Однако такие отношения порождали *natura debitum*, т.е. так называемые естественные обязательства».

²⁶⁵ См. предыдущую сноску.

debitum spectandum esse, et eo естественный, нежели цивильный долг, и iure utimur. этим правом мы пользуемся.

Итак, практика упоминания в завещании долгов господина перед рабом известна уже во времена Сервия. Уже тогда обыватель воспринимал отношения с рабом как обязательственные или, во всяком случае, однородные обязательственным и прибегал к соответствующему словоупотреблению – «debeo». Позиция Сервия, считающего легат бессодержательным, поскольку господин не может быть должен рабу, – это позиция профессионала, отказывающегося признать некорректное с точки зрения общепринятого понятийного аппарата вульгарное обобщение, распространение юридического понятия на новые объекты. Сервий прекрасно понимает, что имел в виду завещатель, но, придираясь к словам, настаивает, что и при толковании завещаний приоритет должен отдаваться техническому значению терминов. Когда Яволен озвучивает пользующееся широкой поддержкой («et eo iure utimur»)²⁶⁶ мнение, в соответствии с которым нужно следовать намерению завещателя, имевшего в виду скорее натуральное, чем цивильное обязательство, он не только вступает с Сервием в спор о соотношении *verba* и *voluntas* при толковании завещания, но и – в отличие от своего авторитетного оппонента – соглашается признать выросшую из практики категорию натуральных обязательств: ведь если бы ничто в отношениях между рабом и господином даже приблизительно не соответствовало понятию «*debere*», обращение к *mens testatoris*, намерению завещателя не дало бы результата²⁶⁷. Как видно, понятие *debitum naturale* предстает продуктом диалога между

²⁶⁶ Об обычном значении слов «*eo iure utimur*» см., например: Berger A. *Encyclopedic dictionary of Roman law* // *Transactions of the American philosophical society*. 1953. Vol. 43. Part 2. P. 756. Литературу, посвященную их значению в этом тексте, см.: Didier P. *Op. cit.* P. 248-249.

²⁶⁷ Поэтому сложно согласиться с Ф. Дидье, что перед нами спор исключительно о словах (Didier P. *Op. cit.* P. 249).

обывателем и юристом, причем последний вынужден уступить первому, скорректировав свой понятийный аппарат, который – как показал обыватель – не вполне адекватен социальной реальности.

Тоска по строгой юридико-технической терминологии слышится и в известных текстах Юлиана и Ульпиана. В 53-й книге «Дигест» (D.46.1.16.4) Юлиан пишет: «...nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores²⁶⁸, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse»²⁶⁹, «...ведь хотя о натуральных должниках не совсем в собственном смысле говорится, что они должны, в переносном смысле они могут рассматриваться как должники, а те, кто принимают от них деньги, – как получившие должное». Подобное замечание делает и Ульпиан в 43-й книге «К Сабину» (D.15.1.41): «Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem», «ни раб не может иметь долг перед кем бы то ни было, ни рабу нельзя быть должным. Когда же мы используем это слово в переносном смысле, [то] скорее обозначаем факт, нежели относим обязательство к гражданскому праву». Стремление Юлиана и Ульпиана внести ясность в терминологию²⁷⁰ понятно: выражения типа «naturalis obligatio» или «debere

²⁶⁸ Ср. Iulianus D.28.1.12: «licet minus proprie necessarius heres dicatur».

²⁶⁹ Ф. Дидье доказывает, что в этом тексте речь идет о «моральных обязанностях», которые Юлиан считает необходимым отличать от натуральных обязательств – таких, как обязательства с участием подвластных (Didier P. Op. cit. P. 263-269). Такие выводы основаны на небесспорном тезисе, будто выражение «naturale debitum» применяется только к «моральным обязанностям», являясь в этом смысле синонимом «causa pietatis».

²⁷⁰ То, что обсуждение разворачивается вокруг языковой стороны дела, проявляется и в использовании юристами специальной риторической терминологии: словом «abusio» римские авторы переводили греческий термин «κατάχρησις», который заимствован для обозначения соответствующего понятия и отечественной филологией («катахреза»); в этом контексте риторические сочинения используют и слово «proprius», чтобы указать на основное значение слова (см., например: Cic. Orat. 94; Rhet. ad Her. IV.33.45; Quint. VIII.2.4;

natura» получили известное распространение в классику и стали угрожать точности издревле принятого технического словоупотребления (мнение Сервия показывает, что уже в его время глагол «*debere*» воспринимался как *terminus technicus*). Мыслимы два выхода из подобных затруднений: различать два вида *obligatio*, что происходило на практике и выразилось, в конце концов, в создании пары терминов с предикатами «*civilis*» и «*naturalis*», или отличать *obligatio* в собственном смысле от того, что только условно так называется. Юлиан и Ульпиан выбирают второй вариант. Более того, Юлиан замечает, что, строго говоря, «натуральные должники» – никакие не должники, а Ульпиан пишет, что глагол «*debere*» в подобных случаях не отсылает к *ius civile*, а описывает лишь факт («*factum*»). Едва ли из этих высказываний следует делать вывод, что Юлиан и Ульпиан отрицали существование долговых отношений с участием раба. В центре внимания Юлиана оказывается терминология: он лишь ставит под сомнение – уже сложившееся к его времени – словоупотребление. Утверждение «долговых отношений с участием раба не существует» в его словах не содержится²⁷¹. Ульпиан же в своем рассуждении прямо говорит о наличии таких отношений, называя их «фактом», а не обязательством, признанным *ius civile*. Стремление противопоставить отношения долга с участием раба обязательствам по *ius civile* заставляет Ульпиана искать подходящие слова. Как описать ситуацию долженствования, не признанную ни *ius civile*, ни *ius honorarium*? Ульпиан выбирает слово «*factum*». Не следует, однако, забывать, что имеется в виду тот факт, что один человек, так или иначе, должен другому. Этот долг оказывается за рамками законодательства, но

VIII.6.34; см. об этом: Lausberg H. *Handbuch der literarischen Rhetorik: eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*. Stuttgart, 1990. S. 297-298).

²⁷¹ Р.У.М. Диас даже считает возможным констатировать, что Юлиан, хотя и критикует терминологию, прямо признает, что долг налично: «but the jurist makes it clear that there is nevertheless a debt which is due and owing» (Dias R.W.M. *Unenforceable Duty* // *Tulane Law Review*. 1958-1959. № 33. P. 477).

признается как факт. Иными словами, слово «факт» относится здесь не к физической, чувственной реальности (реальности в ее позитивистском понимании), а к реальности нормативной.

Словами «obligatio naturalis», «debitum naturale», «natura debere» описывались не пользовавшиеся признанием законодателя ситуации социального взаимодействия, отвечающие признакам обязательства, или – более широко – ситуации, в которых налицо долг одного лица перед другим. Допустимость описания этой части социальной реальности в правовых терминах вызвала сомнения у юристов как профессионалов, пекущихся о чистоте понятийного аппарата, но сам факт существования нормативных явлений, претендующих на наименование «obligatio naturalis», судя по всему, не вызывал сомнений, по крайней мере, у классических юристов²⁷². Об этом свидетельствует и употребление слова «vinculum» («vinculum aequitatis») применительно к натуральному обязательству несовершеннолетнего в тексте Папиниана (D.46.3.95.4), слова, обозначающего нормативную связь в знаменитом определении обязательства, данном в Институциях Юстиниана (I.3.13pr.: «Obligatio est iuris vinculum...»)²⁷³, и восходящем, по всей видимости, к классической эпохе²⁷⁴. В этом смысле правы П. Фрецца, М. Казер и А. Бурдесе, когда пишут, что долговые отношения, называемые «натуральными обязательствами», объективно подобны обычным обязательствам, но не признаны *ius civile*. Р.У.М. Диас подчеркивает, что те ситуации, применительно к которым используется понятие натурального обязательства, «мыслятся

²⁷² Учитывая нормативное содержание понятия *naturalis obligatio* неудачными представляются отнесение натуральных обязательств к «праву фактов», «Recht der Tatsachen» (Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 480) или их обозначение как «фактических обязательств», «obligations de fait» (Didier P. *Op. cit.* P. 242, 251, 258, 262 и др.).

²⁷³ Ср. Dias R.W.M. *Op. cit.* P. 477.

²⁷⁴ См. подробное обсуждение существующих теорий и обоснование авторства Гая («*Res cottidianae*») в специальной работе Дж. Фальконе: Falcone G. «*Obligatio est iuris vinculum*». Torino, 2003. P. 10-70.

римскими юристами как ситуации долженствования (*duty-situations*) несмотря на отсутствие принудительности», в пользу чего говорит, по его мнению, как язык, в частности, использование слова «debitum», так и признаваемые юристами правовые последствия²⁷⁵.

Представление об «*obligatio naturalis*» будет неполным, если проигнорирует его позитивную составляющую и примет его просто за «не-совсем-обязательство», «недообязательство», обязательство без иска²⁷⁶. Пафос Р. Циммерманна, который указывает, что две группы значений обсуждаемого словоупотребления вступают между собой в явное противоречие, поскольку вторая группа относится и к обязательствам, снабженным исками²⁷⁷, зиждется на ложной посылке, будто отличительной чертой натуральных обязательств в первом значении является их незащищенность. В действительности, столь жесткое противопоставление описанных групп значений не оправдано²⁷⁸: их объединяет то, что в обоих случаях речь идет об объективно существующих обязательственных отношениях, не зависящих от признания законодателя. И долговые отношения между рабом и господином, и основанные на *fides* или *naturalis ratio* обязательства вроде *obligationes re contractae* объективно присущи социальной реальности. Их эвентуальное признание законодателем ничего не добавляет к их существованию или «материальной структуре». Более того, про *obligatio naturalis* юристы вспоминают обычно не с тем, чтобы показать, что то

²⁷⁵ Dias R.W.M. Op. cit. P. 478. Там же см. контексты, в которых слова «debitum» и однокоренные используются в отношении натурального обязательства. Обсуждение последствий см.: *ibid.* P. 479-481.

²⁷⁶ Ср. у Р. Циммерманна: «„Naturalis“ obligatio in this context... means as much as „non-genuine“ obligation»; и далее: «строго говоря, они не являются обязательствами, поскольку им недостает принудительной реализации» (Zimmermann R. Op. cit. P. 7). Ср. также определение А. Бергера: «обязательство, к исполнению которого нельзя принудить иском» (Berger A. Op. cit. P. 604).

²⁷⁷ Zimmermann R. Op. cit. P. 9.

²⁷⁸ Ср.: Didier P. Op. cit. P. 242.

или иное отношение не пользуется исковой защитой. Напротив, акцент, как правило, падает как раз на факт существования отношения, имеющего определенное юридическое значение. Иными словами, в большинстве случаев основную смысловую нагрузку несет слово «обязательство», а не слово «натуральное». Для иллюстрации достаточно вспомнить цитировавшийся выше текст Яволена (D.35.1.40.3), где о натуральном обязательстве говорится, чтобы показать, что обязательства бывают не только гражданскими (очевидно, что Яволена не интересует вопрос исковой защиты), или объяснение Гая (G.3.119a), что поручительство возможно в отношении любых обязательств – как гражданских, так и натуральных, – или фрагмент Африкана D.46.1.21.3, где говорится, что при назначении должника наследником кредитора поручительство прекращается независимо от того, было ли основное обязательство гражданским или натуральным.

Безусловно, прав А. Бурдесе, который, обсуждая натуральные обязательства, замечает, что «уже понятие *obligatio* имплицитно содержит само по себе правовую оценку, оценку *sub specie iuris*». Но едва ли с ним можно согласиться в том, что этим понятие *naturalis obligatio* отличается от *naturalis possessio* и *naturalis cognatio*, которые относятся к «фрагментам естественной реальности» («*mere realtà naturali*»)²⁷⁹. Все три понятия описывают реальность с точки зрения права, правовую реальность. Признание той или иной ситуации отвечающей признакам *naturalis possessio* или *naturalis cognatio* представляет собой ее правовую оценку, ее оценку как релевантной для права.

Словами «*cognatio naturalis*» и т.п. римские юристы подчеркивали природный характер *cognatio* – того типа родства, который получил признание с изменением представлений римского общества о своей семейной структуре и потеснил более древнее агнатическое родство. Если *adgnatio* – связь, основанная на *patria potestas*, власти домовладыки, то *cognatio* – это кровное родство. С какого-то момента новый тип родства стал пользоваться

²⁷⁹ Burdese A. Op. cit. P. 500.

юридической защитой в отдельных случаях, число которых со временем становилось все больше. Адекватность модели когнатического родства представлениям классической эпохи о родстве вообще привела к объединению обоих типов под наименованием «cognatio». Появление единого термина не сопровождалось унификацией понятий, и юристы – когда требовалось акцентировать внимание на сосуществовании двух типов родства – различали cognatio по гражданскому и естественному праву, или cognatio civilis и cognatio naturalis. В этих парах природное происхождение отводилось cognatio в узком смысле – кровному родству, agnatio же характеризовалась как родство гражданское²⁸⁰. Подчеркнем, что в отличие от рассмотренных выше пар possessio civilis – possessio naturalis и obligatio civilis – obligatio naturalis, понятию cognatio в тесном смысле соответствует именно cognatio naturalis. Поэтому информацию о последнем понятии дают и тексты, где речь идет о cognatio в узком смысле. Для иллюстрации противопоставления cognatio civilis и cognatio naturalis достаточно вспомнить хорошо известный текст Модестина:

D.38.10.4.2: Modestinus libro Модестин в двенадцатой книге
duodecimo pandectarum: «Пандект»:

Cognitionis substantia bifariam Сущность cognatio понимается у
apud Romanos intellegitur: nam римлян двояко: ведь в одних случаях
quaedam cognationes iure civili, cognatio устанавливается по
quaedam naturali conectuntur, гражданскому праву, в других – по
nonnumquam utroque iure естественному. Иногда налицо cognatio
concurrente et naturali et civili одновременно по обоим правам –
copulatur cognatio... Sed naturalis естественному и гражданскому... Но
quidem cognatio hoc ipso nomine cognatio naturalis самым этим словом и
appellatur: civilis autem cognatio именуется; что же касается cognatio

²⁸⁰ О римских видах родства и постепенном признании cognatio см.: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 318-322; Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 127-128, 147; Gaudemet J. Droit privé romain. Paris, 2000. P. 37-38; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 341-351.

licet ipsa quoque per se plenissime civilis, то она, хотя сама по себе и hoc nomine vocetur, proprie tamen называется с полным правом тем же adgnatio vocatur, videlicet quae per словом, строго говоря, называется mares contingit.

«adgnatio», т.е. «та, которая передается через мужчин».

Итак, cognatio бывает двух видов (Модестин говорит о двоякой сущности) – cognatio по ius civile и по ius naturale. Первая, cognatio civilis, – не что иное, как adgnatio. Вторая, cognatio naturalis, и есть cognatio в узком (и – добавим от себя – первоначальном) смысле. В подобных выражениях рассуждает о родстве и Гай, употребляющий слово «cognatio» применительно к обоим типам родства, но подчеркивающий, что лица, связанные через женщин, являются не агнатами, а когнатами, или родственниками по естественному праву (G.1.156: «non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati»; ср. также Gaius libro primo institutionum D.26.4.7 и I.1.15.1). В другом месте (G.3.10) он называет агнатическое родство «cognatio legitima», подспудно подразумевая существование и второго члена оппозиции (который можно назвать «cognatio naturalis»). В своей монографии, посвященной родственным отношениям, Павел пишет:

D.38.10.10.4: Paulus libro singulari Павел в монографии «О степенях de gradibus et adfinibus et nominibus родства, свойстве и их eorum: наименованиях»:

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc Стало быть, агнаты и когнаты interest quod inter genus et speciem: соотносятся как род и вид: тот, кто nam qui est adgnatus, et cognatus est, является агнатом, является и non utique autem qui cognatus est, et когнатом, но не[верно], что тот, кто adgnatus est: alterum enim civile, является когнатом, является и alterum naturale nomen est. агнатом: ведь одно наименование цивильное, другое – натуральное.

Для целей настоящего исследования внимания заслуживает, прежде всего, то обстоятельство, что понятие cognatio описывает тип родства, существующий

до и независимо от его признания законодателем. Именно это постоянно подчеркивают римляне, говоря о его натуральном, природном характере. М. Казер приводит *cognatio naturalis* как пример использования римлянами понятия *natura* для описания «физических, в особенности – органических свойств предметов внешнего мира или их специфической сущности»²⁸¹. К подобным выводам пришел уже К.А. Маски в своем фундаментальном исследовании натурализма в римской юридической методологии: «*Naturalis cognatio* сама по себе находится за пределами права (*sta fuori il diritto*). Но она также может быть учтена в случае *iustae nuptiae* [законных браков]. Здесь налицо юридический элемент, который добавляется к простому рождению, – *iustae nuptiae*. Видно некоторое сходство с владением: *possessio naturalis*, которая сама по себе не учитывается правом, [при добавлении] других элементов становится юридической»²⁸². Подводя итог обсуждению *possessio*, *obligatio* и *cognatio naturalis*, автор еще раз подчеркивает: «...первое значение [понятия] *naturalis* – всегда то, которое мы называли «фактический» или «относящийся к реальности»... фактический элемент, который находится сам по себе за пределами права, но который принимается в расчет правом, связывающим с ним самые разные юридические последствия»²⁸³. В приведенных цитатах можно выделить два тезиса. Во-первых, и К.А. Маски, и М. Казер признают за *cognatio naturalis* самостоятельное существование, не зависимое от правового признания. Во-вторых, оба автора рассматривают этот тип родства как явление фактическое, а не правовое. К.А. Маски пишет, что *cognatio naturalis* может получить правовое признание, если к ней добавится тот или иной юридический элемент, сама же по себе она остается за пределами права.

²⁸¹ Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 204.

²⁸² Maschi C.A. La concezione naturalistica... P. 146.

²⁸³ Ibid. P. 155.

Соглашаясь с первым тезисом, имеющим первостепенное значение для нашего исследования, позволим себе усомниться в обоснованности второго. Рассмотрим три сообщения о юридическом признании *cognatio*, которые, как представляется, не только подтверждают первый тезис, но и заставляют пересмотреть второй. Речь идет о тексте Павла (D.38.10.10.5) и двух текстах Гая (G.3.24 – 26 и D.38.8.2).

В своей монографии, посвященной вопросам родства, Павел пишет: «Не гнушаемся мы этих наименований, т.е. [относящихся к] когнатам, и применительно к рабам, говоря, стало быть, также и о родителях, сыновьях и братьях рабов. Но к законам рабское родство не имеет отношения (*sed ad leges serviles cognationes non pertinent*)» (D.38.10.10.5).

Гай объясняет в «Институциях», что когнаты не наследовали друг за другом на основании законов XII таблиц (G.3.24). «Но эти несоответствия права (*iuris iniquitates*) были исправлены эдиктом претора» (G.3.25): он «призвал к наследованию всех детей, у которых нет законного права (*qui legitimo iure deficiuntur*)» (G.3.26). Игнорирование законом, устанавливающим правила наследования, когнатов он характеризует как «*iuris iniquitas*», т.е. «несоответствие права» или «правовую несправедливость»²⁸⁴, исправленную в преторском эдикте. Примечательно, что в тех же словах Гай говорит о корректировке претором правила законов XII таблиц об отстранении патрона от наследования после вольноотпущенника, имеющего своих наследников (*sui heredes*). Лишение патрона наследственных прав в тех случаях, когда своими наследниками вольноотпущенника были не естественные дети, а усыновленные или жена, выглядело «очевидно несправедливым», «*aperte iniquum*» (G.3.40). «Поэтому – продолжает Гай, – впоследствии это несоответствие права было исправлено эдиктом претора», «*qua de causa postea praetoris edicto haec iuris*

²⁸⁴ В таком переводе выражение Гая приобретает отчетливые черты оксюморона, каковым по сути является и латинский оригинал.

iniquitas emendata est». Сфера применения этого правила была ограничена теми случаями, когда своими наследниками являются естественные дети (G.3.41)²⁸⁵.

Очень близко к нашему тексту – как по предмету, так и по словоупотреблению – подходит фрагмент из шестой книги «Комментария к провинциальному эдикту» Гая (D.38.8.2)²⁸⁶:

Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficient. В этой части [эдикта] проконсул, движимый естественной справедливостью, обещает владение наследственным имуществом всем когнатам, которых принцип крови зовет к наследству, хотя им и недостает гражданского права.

Приведенные тексты красноречиво свидетельствуют в пользу того, что *cognatio* воспринималась римлянами как существующая до и вне закона. В описании Гая она сначала вообще игнорировалась законом (законы XII таблиц знали только агнатическое родство; когнатам «недоставало гражданского права»), лишь впоследствии получив защиту в преторском эдикте или, соответственно, в эдикте проконсула. В последнем тексте *sanguinis ratio* прямо противопоставлена *iuris civile*. Павел же подчеркивает, что родственные отношения рабов также именуются «*cognatio (servilis)*», но «не имеют отношения к законам». Иными словами, юристы говорят о *cognatio* как о некоем (объективном) социальном порядке, с которым закон может связать те или иные правовые последствия.

Что же касается второго тезиса, выводящего *cognatio* за пределы права, то он едва ли согласуется с нашими текстами. Верно ли, что Гай и Павел

²⁸⁵ Современная юридическая методология называет этот прием «телеологическая редукция» (см., например: Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе (часть вторая) // Вестник гражданского права. 2006. №2. С. 201-203).

²⁸⁶ Ср. также G.1.84: «*Sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat*» и G.3.73: «*...divus Hadrianus, iniquitate rei motus, auctor fuit senatus consulti faciundi...*».

рассматривают *cognatio* как юридически иррелевантный фрагмент реальности, объективный порядок вещей, могущий приобрести правовое значение при добавлении того или иного «юридического элемента» или просто-напросто в случае сообщения ему юридических последствий законом, однако сам по себе безразличный для права? Думается, ответ должен быть отрицательным.

Начнем с Гая. В G.3.24 он объявляет отказ когнатам в наследственных правах, проистекающий из того, что законы XII таблиц знают только агнатическое родство, «*iuris iniquitas*», «несоответствием права». Гай ставит действовавшему некогда праву диагноз – *ius iniquum*. Наследственному праву законов XII таблиц показано исправление²⁸⁷. Вмешательство претора оправдано и привело к избавлению от недуга. И в D.38.8.2 звучит все тот же мотив: провинциальный эдикт корректирует порядок наследования по *ius civile* и предоставляет защиту когнатам, претендующим на наследство, повинуваясь требованиям *aequitas naturalis* и *sanguinis ratio*²⁸⁸. Как видим, *aequitas* требует

²⁸⁷ Сложно согласиться с Д. Нерром, что в этом случае «эдикт изменил *ius*, которое [само по себе] не стало предметом критики» (Nörr D. Rechtskritik... S. 114; см. также S. 120).

²⁸⁸ К.А. Маски замечает, что *aequitas* была «основным источником критики права» (Maschi C.A. La critica del diritto nell'ambito degli ordinamenti giuridici romani // JUS. Rivista di scienze giuridiche. XII. 1963. P. 63). Как показало исследование Д. Нерра, Гаю и другим юристам свойственно ссылаться на *aequitas*, чтобы объяснить изменения в праве, произведенные эдиктом или конституциями: Nörr S. Rechtskritik... S. 113-120. Ср., например, тексты Лabeона и Павла, близкие к рассматриваемым рассуждениям Гая, в том числе и в плане словоупотребления. Ulpianus D.47.4.1.1: «Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum...». Paulus D.37.1.6.1: Quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem». Критическая функция *aequitas* не означает, однако, что перед нами нормативная или ценностная система, отличная от права: *aequitas*, предполагает Д. Нерр, – «в конечном счете, лишь инструмент развития самого *ius civile*» (Nörr S. Rechtskritik... S. 120). Ср. также трактовку В.С. Нерсисянца: «Нормы *jus aequum* (в их противопоставлении к *jus iniquum*) как раз и

признания наследственных прав когнатов, что ведет к переоценке действующего порядка и к его осуждению как *ius iniquum*. Более того, это требование содержится уже в *sanguinis ratio*, т.е. в самой природе кровного родства (ср. противопоставление «*ius sanguinis*» и «*ius adgnationis*» в Paulus D.1.7.23). Когнатам – лицам, состоящим в кровном родстве, – справедливо дать наследственные права уже потому, что они когнаты. Иное положение *ius* делает его *ius iniquum*. Отсюда можно сделать важный вывод. Понятие *cognatio* не просто безразлично для права, но имеет нормативное значение: признание римским обществом когнатического родства превращает игнорирующий его закон в *ius iniquum* и требует от законодателя адекватной реакции – предоставления новому типу отношений юридической защиты. Конфликт между претензиями *cognatio* и существующим правом показывает, что эти претензии обладают именно правовым характером²⁸⁹. Не означает ли это, что римские юристы совершали недопустимое умозаключение о должном из сущего, полагая, будто кровное родство само по себе имеет определенное нормативное значение? В рассуждениях римских юристов о *cognatio* такое

представляют собой реализацию требований *justitia* (правды и справедливости), конкретно-определенное преломление и выражение принципа естественного права (и в то же время – права вообще) применительно к изменчивым обстоятельствам, потребностям и интересам реальной жизни данного народа в соответствующее время... Без соответствия справедливости право... дисквалифицируется как *aequum ius* и предстает уже как *ius iniquum*; таким образом, данное соответствие выступает как необходимый момент самого понятия права вообще» (История политических и правовых учений. Древний мир... С. 302).

²⁸⁹ Ср. рассуждения Д.В. Дождева о предоставлении претором защиты эмансипированным детям: «Эта строгость гражданского права (*ius strictum* – Gai., 3,18) создавала значительные неудобства, поскольку не соответствовала утвердившимся в общественном сознании представлениям о кровном родстве (*cognatio* – Gai., 3,23). Поэтому претор стал допускать к наследованию ближайших родственников, несмотря на то что между ними не было агнатической связи» (Римское частное право... С. 656-657). Как видим, и здесь постулируется конфликт между *ius strictum* и представлениями общества о *cognatio*, что предполагает нормативный или, по крайней мере, аксиологический характер этих представлений.

некорректное умозаключение отсутствует, поскольку *cognatio* описывает не физическую реальность, из которой, действительно, нельзя вывести заключений о должном, а нормативную. Об этом свидетельствуют, в частности, слова Гая «*quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem*». Узы крови осмыслены здесь не генетически, а нормативно: суть, логика, принцип (*ratio*) кровного родства требует призыва к наследованию. Кровное родство воспринимается не как чистый факт, свободный от всяких оценок, а как рациональный, обладающий собственным смыслом институт. Этот смысл – в частности, в том, чтобы кровные родственники призывались к наследованию.

Текст Павла (D.38.10.10.5) нередко приводят в подтверждение того, что *cognatio* имела природный, а не правовой характер²⁹⁰. Основанием для такой трактовки служат, очевидно, не в последнюю очередь слова Павла «*sed ad leges serviles cognationes non pertinent*», в которых подчеркивается, что, хотя кровные отношения между рабами и описываются в терминологии когнатического родства, законом они игнорируются. Представляется, что в свете вышесказанного более адекватной предстает прямо противоположная трактовка этих слов. Павел считает необходимым специально подчеркнуть: «*cognatio servilis* не относится к законам», – именно потому, что понятие *cognatio* имплицитно содержит правовую оценку и требует своего признания со стороны закона. Признание *cognatio* между рабами автоматически ставит вопрос о ее учете законом. Утверждение «*cognatio servilis* не относится к законам» исходит из объективного правового значения когнатического родства. Юридически иррелевантной *cognatio* выглядела бы скорее в том случае, если бы утверждение было сформулировано положительно: «рабское родство имеет значение для закона», поскольку такая постановка вопроса предполагала бы, что правовое значение *cognatio* неочевидно и проистекает из признания законом.

²⁹⁰ Gaudemet J. Op. cit. P. 38.

Об объективном и вместе с тем правовом характере *cognatio* свидетельствует и следующий текст Гая:

G.1.158: *Sed adgnationis* Но право агнатского родства *quidem ius capitis deminutione* прекращается с умалением *perimitur, cognationis vero ius eo* правоспособности, право же когнатского *modo non commutatur, quia civilis* родства не изменяется таким способом, *ratio civilia quidem iura* поскольку причины гражданского порядка *corrumpere potest, naturalia vero* могут прекратить гражданские же права, а *non potest*²⁹¹. натуральные не могут.

Итак, *cognatio naturalis* – понятие, не являющееся продуктом сознательного нормотворчества и стоящее, в этом смысле, за пределами закона, но в тоже время не за пределами права. Показательно, что К.А. Маски, как мы видели, делающий общий вывод о юридической иррелевантности *cognatio*, при анализе конкретных текстов дважды обращает внимание на ее правовое значение. Так, обсуждая текст Модестина D.38.10.4.pr.-2, он пишет: «*Naturalis cognatio* описывает здесь... отношения воспроизводства (*rapporto di generazione*), но эти отношения осмысливаются не с чисто физиологической точки зрения, но также – и прежде всего – и с точки зрения юридической»²⁹². В другом месте автор замечает по поводу G.1.156, что «обращение к *ius*, содержащееся в словах Гая «*naturali iure*», подчеркивает юридическое значение этого вида *cognatio*»²⁹³.

Проведенный обзор текстов позволяет констатировать, что, взирая на социальную действительность, римский юрист и, наверное, вообще всякий римлянин видел перед собой не набор безликих и безразличных для права фактов чувственной реальности, а общество с определенной внутренней нормативной структурой. И ситуации фактической принадлежности вещей, и долговые отношения с участием людей, не обладающих правосубъектностью, и

²⁹¹ Ср. также: Pomponius D.50.17.8: *Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*.

²⁹² Maschi C.A. *La concezione naturalistica*... P. 145.

²⁹³ Ibid. P. 151.

кровное родство предстают данными от природы типами социального взаимодействия, поддающимися формализации и обладающими внутренним смыслом (ср. «*sanguinis ratio*»), который может быть выявлен и выявляется юристами. Эти типы взаимодействия имеют правовое значение независимо от их признания со стороны волеустановленного права, хотя без такого признания они могут остаться без всяких последствий. Своим существованием они обязаны не закону, а природе, и игнорирование этих типов законодателем нисколько не влияет на их присутствие в социальной реальности. Более того, иногда этот уровень признания правовых отношений, не подвластный законодателю, оказывается в состоянии открытой конфронтации с волеустановленным правом, приводящей подчас к дисквалификации этого последнего и его корректировке.

Подводя итог изложенному, можно заключить, что соотношение правового и фактического в общественной реальности может быть представлено по-разному: при одном подходе факты социальной действительности сами по себе не обладают никаким правовым значением, обретая его лишь благодаря сознательному и произвольному нормотворчеству; другой подход признает, что социальным фактам объективно присуще правовое значение, что социальная реальность структурирована в правовых понятиях, что в обществе существует правовой порядок, предпосланный сознательному нормотворчеству. Приверженность римлян воззрениям второго типа проявилась в ряде категорий и приемов, многие из которых апеллируют к природе. Натурализм римского правопонимания иллюстрируется на трех понятиях – естественного владения (*possessio naturalis*), натурального обязательства (*obligatio naturalis*) и естественного родства (*cognatio naturalis*). Эти примеры показывают, что значимые для права типы социальных фактов нередко мыслились римлянами как существующие от природы, независимо от признания законодателя.

ГЛАВА 2. ФИКТИВНОЕ СОЗДАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКТА КАК СПОСОБ ОФОРМЛЕНИЯ НОВОГО ТИПА ОТНОШЕНИЙ ПО МОДЕЛИ ПРИЗНАННОГО ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА

§ 1. Фикция в формуле усыновления

Древнейшую известную нам фикцию в римском частном²⁹⁴ праве мы обнаруживаем в формуле усыновления – *adrogatio*. Римская семья, *familia* представляла собой объединение лиц и имуществ под властью отца семейства, *pater familias*. Эта власть, *potestas*, приобретая разные формы, распространялась и на свободных членов семьи – нисходящих родственников по мужским линиям (*patria potestas*) и – в некоторых случаях²⁹⁵ – жену отца семейства и,

²⁹⁴ К числу древнейших случаев использования фикции в публичном праве относится описанный Ливием эпизод римской истории, когда в 200 – 199 гг. до н.э. вместо Гая Валерия Флакка, выбранного на пост курульного эдила, необходимую для вступления в должность клятву произнес его брат Луций Валерий Флакк, а народ постановил, чтобы вся эта ситуация «была такова, как если бы поклялся сам эдил», «*plebesque scivit ut perinde esset ac si ipse aedilis iurasset*» (Liv. XXXI.50.6-9). Трудность, для преодоления которой была использована фикция, заключалась в том, что сам Гай Валерий Флакк не мог приносить клятв ввиду ограничений, наложенных на него как на фламину (жреца) Юпитера (ср. Gell. X.15.5: «*item iurare Dialem fas numquam est*», «также и клясться [фламину] Юпитера никогда не дозволено»). См. об этой фикции: Bianchi E. *Fictio iuris*... P. 200-205; Demelius G. *Die Rechtsfiktion*... S. 27-28.

²⁹⁵ Когда наряду с браком совершался также специальный акт (*confarreatio* или *coemptio*), влекий установление власти мужа над женой (*conventio in manum mariti*), или когда такая власть приобреталась по давности (*usu*). Поскольку заключение брака в древности часто (в архаический период – по-видимому, всегда) сопровождалось установлением *manus*, в романистике долгое время бытовало отвергнутое сегодня мнение, будто римляне знали две формы брака – *cum manu* и *sine manu*. Подробную историографию вопроса см.: Fayer C. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*. Sponslia, matrimonio, dote. Roma, 2005. P. 185-199. См. также: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 327; Он же. Предисловие // Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. IX; Франчози Дж. Указ. соч. М., 2004. С. 168-169 (такая систематика

вероятно, жен его нисходящих (*manus*), а также на подвластных другого отца семейства, посредством обряда манципации на время отданных в другую семью для выполнения работ (*mancipium*), и на рабов и прочее имущество (*dominium*). Неограниченная власть отца семейства над своими домочадцами издревле описывается как *potestas vitae necisque*, власть жизни и смерти²⁹⁶. Правовое положение сына, подчиненного отцовской власти, *filius familias*, занимал тот, кто был зачат²⁹⁷ в законном браке, *matrimonium iustum* или *iustae nuptiae*, браке

«представляет собой дихотомию, лишенную исторической обоснованности»); Gaudemet J. *Op. cit.* P. 42-43 («на самом деле, речь идет о двух разных вещах...»). Старый взгляд см., например: Римское частное право / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 1997 (по изданию 1948 г.). С. 127-130 (автор раздела – Е.А. Флейшиц).

²⁹⁶ Старейшее свидетельство, если доверять редакции Авла Геллия (см. ниже), – формула *adrogatio* (Gell. V.19.9; см. ниже). Дионисий Галикарнасский пишет, что это право отца семейства было введено законом Ромула (Dionys. II.26.1, 4-6). К царским законам, *leges regiae* причисляет это установление и Папиниан в Coll. 4.8.1. Ср. также Frag. Aug. 85: «...patris potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem» (бросающаяся в глаза тавтология лишний раз подтверждает техническое значение выражения «*vitae et necis potestas*»); 86, где в обрывке фразы содержится намек на ограничения власти отца семейства уже законами XII таблиц. Ср. интерпретацию этих сообщений у Д.В. Дождева: «Институт власти домовладыки (*patria potestas*) как таковой не обсуждается в законах XII таблиц и предстает доримским учреждением, известным со времен Ромула, которому и приписывается указанное ограничение (Dion., 2,27), лишь воспроизведенное в XII таблицах (IV,2: Gai., 1,132; Ulp., 10,1)» (Римское частное право... С. 30). Известно также замечание Ульпиана, который говорит, что «право [отцовской] власти введено обычаями» (D.1.6.8pr.: «...ius potestatis moribus sit receptum...»), имея в виду, очевидно, древние обычаи предков – *mores maiorum*. В связи с этим Дж. Э. Ч. Томас пишет: «*Patria potestas as we know it derives from no statute*» (Thomas J.A.C. *Custom And Roman Law* // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 31. 1963. P. 41).

²⁹⁷ О том, что ключевую роль играл именно момент зачатия, свидетельствует целый ряд источников классического периода. Косвенно они подтверждают, что это правило имело гораздо более древнее происхождение (речь идет, прежде всего, о сообщении Геллия – см. ниже). Павел (D.1.5.12) и Ульпиан (D.38.16.3.12), опираясь на авторитет Гиппократов, обсуждают кратчайшие сроки, которые должны пройти с момента заключения брака или

заключенном римскими гражданами или римским гражданином с женщиной, в отношении которой признано особое право вступать в римский брак – *conubium*²⁹⁸. Состояние наших источников не позволяет сделать однозначного вывода относительно того, с какого момента или даже при каких условиях возникала *patria potestas* – с момента рождения ребенка или с того момента, как отец семейства – по древнему римскому обряду – ритуально поднимет его с земли в знак признания (*liberum tollere*)²⁹⁹.

отпуска матери на волю, чтобы ребенок считался зачатым в браке или на свободе и чтобы приобрел статус сына или свободного, соответственно. Paulus D.1.5.12: «...qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse», «...кто родился в законном браке на седьмой месяц, является законным сыном». Обсуждая случай, когда вдова родила, спустя одиннадцать месяцев после смерти мужа, Геллий вспоминает, что законы XII таблиц определили срок беременности равным десяти месяцам (Gell. III.16.12; XII Т. 4.4 – см.: Schöll R. Op. cit. P. 126). Ср. также: Ulpianus D.38.16.3.11 и Plin. NH. VII.5.38 – 40.

²⁹⁸ См., например: G.1.55: «Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est» (=D.1.6.3, первое предложение воспроизведено в I.1.9pr.), «Также в нашей власти находятся наши дети, которых мы производим на свет в законных браках. Это право принадлежит исключительно римским гражданам»; G.1.76: «...nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex his qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit», «ведь, напротив, если римский гражданин возьмет в жены женщину из перегинов, с которой у него есть *conubium* [право вступать в римский брак], заключается законный брак, и тогда тот, кто в нем родится, - будет римским гражданином и под властью отца».

²⁹⁹ Одни авторы – С. Пероцци, М. Казер, Э. Уотсон – считают, что *patria potestas* устанавливалась автоматически в момент рождения и не зависела от совершения обряда признания, не прекращаясь даже с отказом от ребенка, *fili expositio* (См.: Watson A. The Law of Persons in the Later Roman Republic. Oxford, 1967. P. 77-82; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 65, 342, 345; Kaser M., Knütel R. Römisches Privatrecht. München, 2005. S. 303). В пользу такого вывода говорят не только и не столько неюридические источники, проанализированные в свое время С. Пероцци, но и, прежде всего, содержащийся в Дигестах Юстиниана текст Сцеволы (D.40.4.29), на который обратил внимание Э. Уотсон (Op. cit. P.

Современная романистика склонна ставить в один ряд с рождением в законном браке два других основания возникновения *patria potestas* и, соответственно, приобретения статуса подвластного сына – *adrogatio* и *adoptio*³⁰⁰. Правильная по большому счету и, безусловно, оправданная дидактическими соображениями, такая систематика подавляет действительную логику соотношения этих оснований, не позволяя рождению в законном браке заслуженно выступить на первый план³⁰¹. Функцию усыновления в механизме

81-82). Другой взгляд, которого придерживаются Э. Вольтерра, Дж. Гуаланди, А. Романо, Ж. Годме, Дж. Франчози, у нас – Д.В. Дождев, связывает возникновение *patria potestas* именно с ритуальным признанием ребенка, опираясь, в частности, на Петрония, который обуславливает статус «своего наследника», «*suus heres*» [а таковыми были только лица, находившиеся под властью наследодателя,] совершением обряда *liberum tollere* (Sat. 116.7) (Дождев Д.В. Указ. соч. С. 324; Франчози Дж. Указ. соч. С. 132; Gaudemet J. Op. cit. P. 73; Watson A. The Law of Persons... P. 78-80). Л. Капогресси Колоньези предполагает, что обряд *tollere liberos* требовался для установления *patria potestas* в архаический период, но со временем утратил юридическое значение, сохранив лишь социальное: Capogrossi Colognesi L. *Tollere liberos* // *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*. 1990. Т. 102. N 1. P. 107-122. Там же см. его дискуссию с Ж. Сель-Сэн-Илэр (J. Cels-Saint-Hilaire) – p. 123-127.

³⁰⁰ См., например: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 128; Франчози Дж. Указ. соч. С. 133-134; Watson A. The Law of Persons... P. 82-98; Kaser M. *Das römische Recht*... Bd. I. S. 345-349; Kaser M., Knütel R. Op. cit. S. 302-305; Gaudemet J. Op. cit. P. 72-76. К этим двум видам усыновления примыкают и так называемые «завещательные усыновления» или «усыновления на случай смерти», которые, вероятно, представляли собой лишь специфические формы *adrogatio* и *adoptio* (см.: Kaser M., Knütel R. Op. cit. S. 304; Gaudemet J. Op. cit. P. 76-77. О производности *testamentum calatis comitiis* см.: Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte*... Abschn. 1. S. 326 и указанную там литературу).

³⁰¹ Ср. удачное противопоставление в кратком учебнике Б. Ничоласа: «нормальный» способ установления отцовской власти он отличает от «искусственных» (Nicholas B. *An Introduction to Roman Law*. Oxford, 1962. P. 76-77) . Ср. также у Д.В. Дождева: «Нормальной причиной членства в семье и установления агнатической связи считалось рождение в законном браке» (Римское архаическое наследственное право. М., 1993. С. 57).

возникновения *patria potestas* удачно показал Э. Вольтерра³⁰². Его выводы касаются воззрений юристов II – III вв. н.э., но сам характер этих выводов позволяет а fortiori распространить их и на более ранние эпохи. По мнению ученого, ни *adrogatio*, ни *adoptio* не вели непосредственно к установлению *patria potestas* одного лица *sui iuris* (лица своего права, главы семейства) над другим или, соответственно, к передаче *patria potestas* в отношении подвластного сына от одного домовладыки к другому. Суть этих институтов в назначении усыновляемого на роль законного нисходящего родственника, который фиктивно рассматривается как произведенный на свет усыновителем или его нисходящим. Именно принятие на себя этой роли законного сына или внука подчиняет усыновляемого *patria potestas* усыновителя. Приобретение *patria potestas* не зависит от воли домовладыки – он получает власть автоматически в силу рождения ребенка в законном браке или в силу назначения другого лица на роль нисходящего родственника законом или магистратом. То же верно и для прекращения отцовской власти, которое достижимо не столько волевым актом *pater familias*, сколько созданием условий, при которых правопорядок уничтожает *patria potestas*. В этом смысле установление и прекращение *patria potestas* всегда происходят *ipso iure*³⁰³. Анализ формулы усыновления

³⁰² Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo D.C. // *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*. 1966. 69. P. 109-153. Пафос исследования направлен против господствовавшей в те годы концепции П. Бонфанте, полагавшего, что *patria potestas* – реликт догосударственной политической власти главы семейного союза, и что на всем протяжении своего существования она сохраняла черты этой древней власти, а *adrogatio* и *adoptio* – способы включения нового члена в политический союз (см., например: Bonfante P. *Corso di diritto romano*. Vol. I. *Diritto di famiglia*. Roma, 1925. P. 12-26).

³⁰³ См., прежде всего: Volterra E. *Op. cit.* P. 110-112, 115, 121-124. См. также: Id. *L'aquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias* // *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*. 1976. 79. P. 204-207. Эти взгляды встречают поддержку и в исследованиях последних лет (см., например: Bianchi E. *Fictio iuris...* P. 178, 179).

(adrogatio), а также понятийного оформления семейной структуры с учетом включения в нее усыновленных подтверждает эту трактовку, нуждающуюся, быть может, в незначительном смещении акцентов.

Gell. V.19.8 – 9: "Adrogatio" autem «Adrogatio» же так называется dicta, quia genus hoc in alienam потому, что этот род перехода в familiam transitus per populi чужую семью совершается rogationem fit. Eius rogationis verba посредством обращения к народу [с haec sunt: "Velitis, iubeatis, uti L. законодательной инициативой] Valerius L. Titio tam iure legeque filius (rogatio). Слова этого обращения siet, quam si ex eo patre matreque таковы: «Благоволите повелеть³⁰⁴, familias eius natus esset, utique ei vitae чтобы Л. Валерий Л. Тицию был necisque in eum potestas siet, uti patri сыном по праву и закону так, как endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, если бы родился от этого отца и от Quirites, rogo." матери семейства, и чтобы у него была над ним власть жизни и смерти, как у отца над сыном. Вот об этом, как я сказал, так прошу вас, Квириды».

Достоверность сообщения Геллия о видах усыновления в Gell. V.19 подтверждается множеством как содержательных, так и формальных совпадений с другими юридическими и неюридическими источниками³⁰⁵. О точности передачи формулы adrogatio говорят частично воспроизводящий ее текст Прокула (D.1.7.44): «ut etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio puta filio suo et ex matre familias eius natus esset»³⁰⁶, свидетельство Цицерона,

³⁰⁴ Дворецкий И.Х. Указ. соч. С. 832.

³⁰⁵ См. подробное обсуждение: Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'adrogatio... P. 116-120. См. также о юридических источниках Геллия: Dirksen H.E. Op. cit.

³⁰⁶ В романистике сложился консенсус, что в этом тексте звучит именно формула adrogatio: Avenarius M. Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum: Entstehung, Eigenart und

позволяющее сделать вывод, что в формуле, по крайней мере, отчасти повторялись слова вопроса, который задавали усыновляемому перед принятием закона об усыновлении: «auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem haberet, ut in filio», «согласен ли ты, чтобы Публий Фонтей имел в отношении тебя власть жизни и смерти, как в отношении сына?» (Cic. De Domo. XXIX.77)³⁰⁷. Дополнительные доказательства подлинности формулы дают известные по другим источникам слова «velitis, iubeatis», которыми она открывается³⁰⁸, структурные и лексические совпадения с lex Salpensana и lex Irnitana, cap. 29, где для установления опеки используется подобная с формальной точки зрения фикция³⁰⁹, а также описание Фестом института

Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift; Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung. Göttingen, 2005. S. 236: «Еще Прокул ориентировался на старую формулу адрогации»; Fiori R. Materfamilias // Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja». 1993-1994. 96-97. P. 496: «наследие древнейшей формулы adrogatio» (цит. по: Fayer C. Op. cit. P. 293). Представительный обзор точек зрения см.: Fayer C. Op. cit. P. 293-294. См. также: Lenel O. Palingenesia iuris civilis... Vol. II. Col. 165.

³⁰⁷ Cp. G.1.99: «...et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur...».

³⁰⁸ Liv. XXXVIII.54.3; Cic. In Pisonem. XXIX.73; De Domo. XVII.44; XVIII.47.

³⁰⁹ «...tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et ei adgnatus proximus civis Romanus tutor esset» (lex Salp. см.: Fontes iuris Romani antiqui / C.G. Bruns. Tubingae, 1909. P. 142-146; Textes de droit romain / P.F. Girard. Paris, 1937. P. 108-112; lex Irnit. см: Lex irnitana / Ors A. d'. Santiago de Compostela, 1988. P. 13-87). По предположению Ф. Шульца (Schulz F. Lex Salpensana cap. 29 und Lex Ursonensis cap. 109 // Studi in onore di S. Solazzi. Napoli, 1948. S. 457-458) и – теперь – Д. Нерпа (Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 2001. Bd. 118. S. 48-49, 52), эта формулировка восходит к lex Atilia (конец III в. до н.э.). Критика Э. Уотсона оставляет место для сомнений (Watson A. The Law of Persons... P. 124-127).

adoptio с использованием фикции рождения от усыновителя³¹⁰. О древности формулы говорят архаические «siet» и «endo».

Итак, adrogatio совершается в куриатных комициях, которые в ответ на rogatio, формулу которой передает Геллий, принимают закон, lex (ср. также G.1.99: «et populus rogatur, an id fieri iubeat»), делающий усыновляемого сыном усыновителя и устанавливающий между ними отношения patria potestas. Впрочем, статус акта народного собрания об утверждении усыновления оказался предметом дискуссии. Обсуждая соотношение понятий «ius» и «lex» на ранних этапах развития римского права, М. Казер указывает на два случая, когда они сопрягаются: первый – сообщенная Геллием формула адрогации, второй – формула, которую произносил familiae emptor, переданная Гаем (G.2.104: «...quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam...»). «Однако формула адрогации словом «lex» обозначает само постановление комиций, завещание же – правило законов XII таблиц (5.3)...»³¹¹. Таким образом, слова «legeque» в формуле адрогации относятся, по мнению М. Казера, к тому акту, который комиции примут в ответ на rogatio, т.е. к самому закону (lex), утверждающему усыновление³¹².

Й. Блайкен не соглашается с такой трактовкой, поскольку утверждение комициями усыновления не является lex, будучи актом применения, а не установления права (осуществляющим, а не создающим ius arrogationis), и заключает, что слова «legeque» отсутствовали в первоначальной редакции формулы³¹³.

³¹⁰ Fest. De verb. Sign., s.v. Mancipatione adoptatur. Реконструкцию этого поврежденного места см., например: Lenel O. Palingenesia iuris civilis... Vol. II. Col. 334: «[Mancipatione adoptatur,] ut patri sui here[s esse desinat: sed eius qui adop]tet tam heres est qua[m si ex eo natus esset».

³¹¹ Kaser M. Das altrömische Jus. Göttingen, 1949. S. 72.

³¹² Той же точки зрения придерживается и К. Файер: Fayer C. Op. cit. P. 292.

³¹³ Bleicken J. Lex publica. Gesetz und Recht in der Römischen Republik. Berlin; New York, 1975. S. 68.

Обе эти позиции вызывают сомнения. Вывод Й. Блайкена, будто акт комиций, утверждающий усыновление, не является законом, во-первых, не согласуется с некоторыми данными источников, а, во-вторых, основан на спорных посылках. Прежде всего, следует указать на два свидетельства, где акт комиций об усыновлении именуется законом: рассказывая об усыновлении Августом Агриппы и Тиберия, Светоний пишет, что он их «adoptavit in foro lege curiata», «усыновил на форуме посредством куриатного закона» (Svet. Aug. 65); обсуждая акт усыновления, Цицерон сопоставляет его с «ceteris legibus», «прочими законами» (Cic. De Domo. XVI.41). Уже эти свидетельства дают достаточные основания для вывода, что усыновление на народном собрании принимает форму закона³¹⁴.

Слова «iure legeque» могут быть прочитаны и иначе. Эта пара призвана описать все право, все ius, из какого бы источника оно не возникло, и не подразумевает противопоставления ее членов: не право в его отличии от закона и не закон в его отличии от права, а право, установленное как законом, так и любым другим признанным способом³¹⁵. Ius lexque – правопорядок во всем его многообразии. При таком взгляде, объединяющем рассматриваемую пару в единое понятие, понятие позитивного права в целом, слово «lex» уже не может

³¹⁴ Этого мнения придерживаются, например, Э. Вольтерра (Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio... P. 120-121) и – с оговорками об особенностях lex adrogationis – Э. Бьянки (Bianchi E. Fictio iuris... P. 176-177). Об «индивидуальном законе» («Individualgesetz») говорит Ф. Виакер, ставя в один ряд lex de imperio, adrogatio, testamentum calatis comitiis, которые принимались по конкретному делу в форме lex curiata (Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 390).

³¹⁵ См., прежде всего, специальное исследование Дж. Броджини, проанализировавшего множество контекстов употребления этого бинама в самых разных формах (ср. например, «ius legis») и пришедшего к выводу, что пара ius lexque имеет синонимичное значение с ius вообще, а противопоставление ius и lex не подтверждается источниками – Brogginì G. IUS LEXQUE ESTO // Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller. Basel, 1959. S. 23-44. См. также: Bleicken J. Op. cit. S. 67-68.

обозначать сам акт куриатных комиций, не может иметь в виду «настоящий закон», как того требует и интерпретация М. Казера, и ее критика со стороны Й. Блайкена.

Как же следует понимать слова «*iure legeque*» в формуле адрогации? Можно ли сказать, что усыновляемый становится сыном усыновителя на основании права, в силу права? Ответ должен быть очевидно отрицательным, так как право связывает возникновение отношений типа «сын – отец» исключительно с происхождением одного от другого в законном браке. Правом не предусмотрено никаких механизмов установления подобных отношений в других случаях. Именно поэтому *adrogatio* требует участия нормотворческой инстанции: народного собрания³¹⁶.

В *rogatio*, формулу которой передает Геллий, народному собранию не предлагается признать, что усыновляемый становится сыном усыновителя на основании права (при таком толковании слова «*iure legeque*», описывают основание, причину, по которым один становится сыном другого, они стоят в *abblativus causae*). Напротив, народное собрание просят установить, что отныне Луций Валерий – сын Луция Тиция по праву, в соответствии с правом, с точки зрения права (слова «*iure legeque*» стоят в *abblativus modi*). *Lex curiata* об усыновлении устанавливает: то, что усыновляемый является сыном усыновителя, отныне соответствует праву. Подобное значение слова «*ius*» в аблативе различимо, например, и в положении законов XII таблиц, VIII.12, процитированном Макробием: «*SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO*» (Macr. Sat. I.4.19). Да будет убийство ночного вора

³¹⁶ Как известно, со временем эту функцию начинает осуществлять император: «*Adrogatio etenim ex indulgentia principali facta proinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset*» (C.8.47.2.1). Такая перемена отразилась и на наших источниках, что можно проиллюстрировать изменениями, коснувшимися соответствующих разделов «Институций» Гая: слова «*populi auctoritate*» в G.1.98 и 99 были заменены на «*principis auctoritate*» в D.1.7.2pr. и «*principali rescripto*» и «*imperatoris auctoritate*» в I.1.11.1; «*per populum*» в G.1.107 – на «*per principem*» в D.1.7.2.2 и «*per sacrum oraculum*» в I.1.11.11.

правомерным! Понятно, что речь идет не об убийстве в силу права или на основании права, а об убийстве, соответствующем праву, убийстве по праву, правомерном убийстве³¹⁷. Как показало изучение Дж. Броджини целого ряда законов, дошедших до нас в надписях, одним из главных оттенков значения выражений типа «*ius lexque esto*» было распространение правового положения («*estensione dello statuto giuridico*»), занимаемого в соответствии с действующим правом одними лицами, на других. Такое словоупотребление встречается, например, в *lex Cornelia de XX quaestoribus*, *lex coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis* и *lex civitatis Narbonensis de flamonio provinciae*³¹⁸. Таково значение слов «*iure legeque*» и в формуле *adrogatio*³¹⁹.

Итак, куриатные комиции объявляют Луция Валерия сыном Луция Тиция по праву³²⁰. Однако предмет *lex curiata* в данном случае является не только признание одного сыном другого («*uti... filius siet*»), но и установление *patria potestas* («*utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est*»). Современный наблюдатель, искушенный в юридико-технических вопросах, уличает переданную Геллием формулу в тавтологии: установление *patria potestas*, *potestas vitae necisque* усыновителя над усыновляемым – прямое и очевидное следствие признания их отцом и сыном. Именно эти соображения заставили Г. Демелиуса утверждать, будто вторая часть формулы, где говорится о *potestas vitae necisque*, отсутствовала в оригинальной редакции – ведь в этом дополнении не было никакой необходимости³²¹. С таким подходом, безосновательно полагаящим, что текст формулы должен был строго и экономно держаться существа дела, не соглашается Э. Бьянки. Однако и этот

³¹⁷ Дж. Броджини констатирует подобное значение и в XII Т. III.1 (Gell. XX.1.45) и IX.3 (Gell. XX.1.7) – Broggin G. Op. cit. S. 29.

³¹⁸ Ibid. S. 24, 30, 33.

³¹⁹ Ibid. S. 36 – 37.

³²⁰ Со временем «*iure legeque filius*» стал именоваться «*iustus filius*» (G.1.99 = D.1.7.2pr.).

³²¹ Op. cit. S. 36.

автор ограничивается замечанием, что нет ничего удивительно в разъяснении юридических последствий совершаемого акта собравшемуся народу и усыновляемому³²², и, стало быть, в известной мере соглашается с тем, что вторая часть формулы, в общем-то, лишняя. Вся концепция Э. Вольтерры зиждется на идее, что смысл *adrogatio* (и *adoptio*) – в наделении усыновляемого статусом сына, автоматически вызывающем правовые последствия в виде *patria potestas*. Автор специального исследования, посвященного юридической фикции, Р. Деккер отказывается видеть в формуле *adrogatio* этот прием, утверждая, что речь идет скорее об «избыточном сравнении» («une comparaison superflue»)³²³.

Тем не менее, формула содержит и объявление сыном, и установление *patria potestas*, причем обе части формулы одинаково структурированы. В первой народному собранию предлагается объявить усыновляемого сыном, как если бы он родился от усыновителя и его жены, во второй – установить отцовскую власть, какая бывает у отца над сыном. Оставаясь в предложенной системе понятий, структуру каждой из двух частей формулы можно описать так: «правовые последствия» – «юридический факт». Рожденный в законном браке (юридический факт) становится сыном своего отца (правовые последствия). Между сыном и отцом (юридический факт) возникают отношения отцовской власти (правовые последствия). Предписания, которые испрашиваются у народного собрания, в обоих случаях касаются правовых последствий: комиции должны объявить усыновляемого сыном усыновителя и установить между ними отношения *patria potestas*. Однако самими этими предписаниями формула не ограничивается, отсылая в каждом случае к тем юридическим фактам, которые в норме вызывают соответствующие правовые последствия. Рождение в законном браке как основание возникновения отношений «отец – сын»

³²² Op. cit. P. 177.

³²³ Dekkers R. Op. cit. P. 48, 45.

вводится посредством фикции – «как если бы родился от этого отца и от матери семейства».

Если взглянуть на формулу *adrogatio* глазами Г. Демелиуса, Э. Вольтерры, Р. Деккера и Э. Бьянки, окажется, что ее смысл исчерпывается предписанием «да будет Луций Валерий сыном Луция Тиция!»³²⁴. Очевидно, что, в конечном счете, такой подход сводится к отказу от объяснения остальных элементов формулы, в том числе и использованной в ней фикции. Закрывая глаза на особенности построения формулы *adrogatio*, ученые лишают себя ценного источника знаний о юридической технике римлян и их воззрениях на структуру правопорядка. Эта позиция вызывает возражения еще и потому, что формальная структура фикции, использованной в формуле *adrogatio*, воспроизводится и в других случаях (*lex. Salp.*, *lex Irnit.*, 29), представляя распространенным юридико-техническим явлением с долгой историей, а не случайной прихотью многословных разработчиков.

В свете сказанного формула *adrogatio* поддается следующей интерпретации. Описанная выше структура римской семьи, во главе которой стоит отец семейства, властвующий над домочадцами, представлялась римлянам исконной, гораздо более древней, чем законы XII таблиц. Понятно, что такой нормативный порядок воспринимается обществом как незыблемый, объективный, естественный.

С этой точки зрения может быть переосмыслено и бытующее в современной литературе воззрение, что римский брак, *matrimonium* в отличие от современного был не столько правоотношением, сколько «социальным фактом, производящим правовые последствия», «фактическим отношением социальной жизни», имел «внеюридический характер»³²⁵. Судя по всему, такая трактовка не отказывает римскому браку в нормативном значении, фиксируя лишь внимание

³²⁴ В этом ключе и Р. Иеринг (*Jhering R. Geist des römischen Rechts...* 3.1. S. 298).

³²⁵ См., например: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* S. 71-73, 310-311; Kaser M., Knütel R. *Op. cit.* S. 282-283 и указанную там литературу. См. также: Nicholas B. *Op. cit.* P. 80.

на том, что он не был продуктом и – за редкими исключениями – предметом сознательного правового регулирования. Характеристика брака как факта может иметь в виду и нормативную реальность – брак как факт нормативной (а не чувственной) реальности. Ту же мысль можно выразить и иначе, представив брак элементом объективного правового порядка, предпосланного сознательному нормотворчеству³²⁶.

Место сына, *filius familias*, подчиненного *patria potestas*, в этом порядке занимает тот, кто родился в законном браке. Реконструкция данного фрагмента нормативной реальности в понятиях юридического факта и правовых последствий, к которой прибегают все названные авторы, выглядит не вполне адекватной римским воззрениям. Античные юристы едва ли согласились бы с утверждением, будто такие правовые последствия, как приобретение статуса сына и возникновение отношений *patria potestas*, «привязаны» законодателем к факту рождения в законном браке³²⁷. Предложенная реконструкция исходит из механического и произвольного, случайного соединения фактов и их

³²⁶ Ср. у Д.В. Дождева: «Брак – это правовой институт...» (Римское частное право... С. 326). Полемизируя с популярными взглядами, правовой характер римского брака отстаивает в специальном исследовании Г. Айзенринг: Eisenring G. *Römische Ehe als Rechtsverhältnis*. Wien, 2002. Вероятно, оппозицию между юридическим и внеюридическим характером брака может сменить предлагаемое в работе противопоставление скорее частноправового скорее публичноправовому пониманию брака (*ibid.* S. 4 – 6). С этой точки зрения, отказ римскому браку в правовом значении интерпретируется как вывод об отсутствии у института ярко выраженного публичноправового измерения. К сожалению, автором выбрана не совсем удачная методология, что не позволило предложить убедительную концепцию римского брака именно как правового явления: в акцентировании ключевой роли консенсуса, воли сторон как для установления, так и для прекращения брака, отличия конкубината от *matrimonium iustum*, существования правовых последствий брака в праве лиц и в имущественной сфере и т.п. (см., например, выводы в конце работы: *ibid.* S. 399-406) едва ли имеется необходимость – вывод о внеюридическом характере римского брака делается как раз на фоне признания этих хорошо известных его черт.

³²⁷ Ср. Volterra E. *L'aquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias...* P. 204-205.

последствий. Римскому пониманию отношений «отец – сын» в гораздо большей степени соответствует их реконструкция в понятиях правоотношения и правового института как органических элементов социальной реальности, осмысленных в их правовом значении³²⁸. Эти отношения обладают определенной структурой: рождение в законном браке – вступление в роли *pater familias* и *filius familias* – установление *patria potestas*. Однако это структура не механическая, а органическая. Перечисленные элементы суть составные части единого социального факта, единого института, данного в социальной реальности. Сын, рожденный в законном браке, воспринимается римлянами не только как *filius iustus*, законный сын, но и как *filius naturalis*, естественный сын (в отличие от *filius adoptivus*, усыновленного сына)³²⁹. Обсуждаемая структура – естественный строй римской семьи³³⁰, а не механически сконструированная модель. Отношение «сын – отец» не распадается на «юридический факт» и «правовые последствия», механически соединенные в норме, представляя перед римским взором нерасчленимым органическим единством: рождение в законном браке делает ребенка законным и, что то же самое, естественным сыном своего отца, и между ними как отцом и

³²⁸ Современные теории такого рода восходят к учению Ф.К. Савиньи (см., прежде всего: Savigny F.C. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin, 1840. S. 6-11; см. также: Larenz K. *Op. cit.* S. 11-16). К. Ларенц удачно определяет понятие «правового института», «*Rechtsinstitut*» у Ф.К. Савиньи: «*die in ihrer rechtlichen Bedeutung erkannten typischen Lebensverhältnisse selbst*» (*Op. cit.* S. 11).

³²⁹ См., например: G.1.97 (восстановленный на базе I.1.11pr.); 1.104; 2.136; 3.2 (восстановленный на базе I.3.1.2); 3.40; Marcianus D.1.7.31; Ulpianus D.1.9.5 и 10; 38.6.1.6; 38.16.1.11. В этом же смысле Ульпиан противопоставляет *familia naturalis*, естественную семью и *familia adoptiva*, приемную семью – D.38.8.1.4. См. об этом: Maschi C.A. *La concezione naturalistica...* P. 51-54. Верный своей общей концепции, К.А. Маски заключает, что общим ядром всех разнообразных значений *filius naturalis* остаются отношения происхождения, кровной связи, которые – как объективную реальность – право учитывает, сообщая им разные правовые последствия (*ibid.* P. 65).

³³⁰ Ср.: Volterra E. *L'aquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias...* P. 205-206.

сыном устанавливается *patria potestas*. Это означает, в частности, что составляющие его элементы нельзя произвольно разъединить и использовать отдельно друг от друга, прикладывая к другим сферам социальной реальности (примечательно, что Э. Вольтерра называет установление отношений *patria potestas* «неотделимым» и «необходимым» («*inscindibile... e necessaria*») следствием признания одного лица сыном другого³³¹). Именно при таком взгляде становятся понятными не только сама формула *adrogatio*, но и правовой результат осуществляемого с ее помощью усыновления.

Прежде всего, следует признать, что создатели этой формулы исходили из невозможности установления отношений «отец – сын» в случаях, отклоняющихся от нормального – рождения в законном браке (этот вывод обоснован уже Э. Вольтеррой). Настоятельная общественная потребность, продиктованная, вероятно, соображениями сакрального характера – нежелательностью гибели семьи, носительницы частного религиозного культа, *sacra privata*³³², заставляет понтификов³³³ искать способ преодолеть эту зависимость от природы (не только социальной – ведь рассматриваемый институт включает и элемент сугубо биологический). Результатом поисков и

³³¹ Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio... P. 122. Ср. также: Volterra E. L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias... P. 202 («*inscindibile dipendenza*»), 205 («*nel pensiero dei giuristi romani la patria potestas è la conseguenza legale ineluttabile della nascita di un figlio concepito in iustae nuptiae...*»; «*inscindibilità fra patria potestas e discendenza legitima*»).

³³² Demelius G. Op. cit. S. 28-36; Bianchi E. Fictio iuris... P. 173.

³³³ Demelius G. Op. cit. S. 28. Bianchi E. Fictio iuris... P. 179. О роли понтификов в процедурах усыновления и ее связи с их сакральными функциями см. также: Жреческие коллегии в Раннем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права. М., 2001. С. 126-127 (автор главы – А.В. Сморчков); Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 318, 333. См. также: Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft... S. 7-10, 36-38 (ученый подчеркивает, что большую роль понтифики сыграли именно в семейном и наследственном праве как сферах частного права, которые ближе всего примыкали к праву сакральному – S. 10); Lineamenti di storia del diritto romano / M. Talamanca. Milano, 1989. P. 292-297 (автор параграфа – М. Брутти).

стала формула *adrogatio*, которая одновременно и преодолевает зависимость от объективного нормативного порядка, и лишний раз утверждает ее. Чтобы включить в семью нового члена, его не просто объявляют сыном («*filius esto*»), не просто подчиняют его отцовской власти домовладыки, но переносят на него всю модель социального отношения «отец – сын». Эта модель очерчена в формуле тремя основными моментами – рождением в законном браке, ролями отца и сына, отцовской властью, – однако, как показывают требования, которые римляне предъявляли к усыновителю, а также их понимание отношений между ним и усыновляемым, речь шла именно о переносе всей модели в целом, в том числе и с учетом ее социальных функций. Такая техника вызвана к жизни представлениями римского общества о неразрывности факта и его правового значения: вместо того, чтобы новую ситуацию наделить юридическим значением старой, авторы формулы *adrogatio* предлагают новую ситуацию – для правовых целей («*iure legeque*») – сконструировать по модели старой. При этом не происходит недопустимого вторжения в объективную нормативную реальность, наоборот – новая ситуация оказывается вписанной в остающуюся неизменной нормативную структуру общества.

Э. Бьянки, пожалуй, прав, что о юридической фикции в формуле *adrogatio* можно говорить лишь, обсуждая ее создание: со временем этот акт начал восприниматься как особый способ установления отношений «отец – сын», и используемые при его совершении слова и выражения стали чисто формальными реквизитами³³⁴. Однако зависимость нового института от своего образца, проявившаяся при создании формулы в фикции рождения в законном браке, сохраняется на протяжении всей римской истории. Крылатым выражением стал принцип юстиниановского права: «*adoptio enim naturam*

³³⁴ Bianchi E. *Fictio iuris*... P. 178.

imitatur», «ведь усыновление подражает природе» (I.1.11.4)³³⁵. Этими словами можно описать и место усыновления в системе юридических институтов не только в классику³³⁶ (Iavolenus D.1.7.16: «Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere», «Усыновление может иметь место в отношении тех лиц, в отношении которых может иметь [место] и по природе»³³⁷), но уже и в республиканские времена³³⁸.

В речи «О своем доме» Цицерон пытается обосновать незаконность занятия Клодием должности народного трибуна, недоступной патрициям, доказывая, что его усыновление Фонтеем, в результате которого он перешел в плебеи, незаконно (Cic. De Domo. XIII – XIV. 34 – 38)³³⁹. При этом Цицерон обвиняет

³³⁵ Ср. также: I.1.11.8: «In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est...», «Ведь во многих отношениях тот, кто усыновлен посредством adoptio или adrogatio, уподобляется тому, кто родился в законном браке...».

³³⁶ Вряд ли обосновано противоположное мнение (см., например: Rabel E. Grundzüge des römischen Privatrechts. Darmstadt, 1955. S. 30).

³³⁷ Оригинальный контекст этого наблюдения, похоже, не поддается реконструкции (см.: Lenel O. Palingenesia iuris civilis... Vol. I. Col. 280). Ср. также: G.2.136: «Adoptivi filii, quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt...», «Усыновленные дети, покуда остаются в усыновлении, занимают место естественных...».

³³⁸ Ср. у Д.В. Дождева: «К древнейшему виду усыновления – adrogatio – предъявлялись требования подражания природе...» (Римское архаическое наследственное право... С. 57; Римское частное право... С. 322). Образцом при этом выступает агнатическое, а не кровное родство (см., например: Paulus D.1.7.23: «adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert»). Примечательно, что республиканские корни концепции подражания природе вынуждены признать и те, кто видит в ней продукт более поздних эпох: «В постклассическом праве происходят важные изменения, связанные прежде всего с идеей о том, что усыновление должно заменять или быть похожим на естественное родство... (далее идет сноска – А.Ш.) Эта тенденция у компиляторов, похоже, имела своим предшественником Цицерона (De domo sua. 14.36)...» (Гарсия Гарридо М. Римское частное право: Казусы, иски, институты. М., 2005. С. 243).

³³⁹ Обсуждение этого текста см.: Costa E. Cicerone giureconsulto. Vol. I. Bologna, 1927. P. 292-294; Watson A. The Law of Persons... P. 82-88; Tatum W.J. The patrician tribune: Publius Clodius

понтификов, предварительно одобвивших усыновление, в том, что они проигнорировали суть института *adrogatio*: «*Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus*», «Что такое, понтифики, право усыновления? Очевидно, [смысл его в том], чтобы усыновлял тот, кто уже не в состоянии произвести на свет детей, а когда мог, пытался» (34); «*Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberiorumne causa? At procreare potest; habet uxorem, suscipiet ex ea liberos...*», «Двадцатилетний – или даже еще более молодой – человек усыновляет сенатора. Неужели для того, чтобы иметь детей? Он может сам произвести их на свет, у него есть жена, он вырастит детей от нее...» (34); «*nego istam adoptionem pontificio iure esse factam, primum quod eae vestrae sunt aetates, ut is qui te adoptavit vel fili tibi loco per aetatem esse potuerit*», «я отрицаю, что это усыновление было произведено в соответствии с понтификальным правом, во-первых, потому, что по возрасту тот, кто тебя усыновил, годится тебе в сыновья» (36); «*...ut et is adoptet qui quod natura iam adsequi non potest legitimo et*

Pulcher. S.I., 1999. P. 104-108 и др. Данный сюжет создал почву для спора о том, существовала ли *transitio ad plebem* (переход в плебс) как самостоятельная форма или достигалась посредством мнимого усыновления – *adrogatio* (или *adoptio*) *fiduciae causa*. Эта дискуссия развернулась изначально между Т. Моммзенем и Л. Ланге, который первым предложил развернутое обоснование института *adrogatio* (или *adoptio*) *fiduciae causa* (Mommsen T. *Die römischen Patriciergeschlechter* // Id. *Römische Forschungen*. Bd. I. Berlin, 1864. S. 124-127; Id. *Nachtrag [Transitio ad plebem]* // Id. *Römische Forschungen...* S. 397-409; Lange L. *Transitio ad plebem* // *Verhandlungen der einundzwanzigsten Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner*. Leipzig, 1863. S. 120-135; Id. *Über die transitio ad plebem. Ein Beitrag zum römischen Gentilrecht und zu den Scheingeschäften des römischen Rechts*. Leipzig, 1864). Хотя вторая концепция получила широкую поддержку (см., например: Jhering R. *Geist des römischen Rechts...* 3.1. S. 288-290; Costa E. *Op. cit.* P. 292-294; Berger A. *Op. cit.* P. 741; Lineamenti di storia del diritto romano... P. 179 (авторы параграфа – F. Càssola, L. Labruna); Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения. М., 1989. С. 314), судя по всему, точка в дискуссии не поставлена и по сей день (см., например: Tatum W.J. *Op. cit.* P. 90-91, 281-282 и указанную там литературу).

pontificio iure quaerat...», «чтобы усыновлял тот, кто ищет по законному и потификальному праву того, чего уже не может получить по природе» (36); «Quae maior calumnia est quam venire imberbum adolescentulum, bene valentem ac maritum, dicere filium senatorem populi Romani sibi velle adoptare..?», «Существует ли большее безобразие, чем безбородому юнцу, здоровому да женатому, являться и говорить, что он хочет усыновить сенатора римского народа..?» (37). Как видно, в своей аргументации Цицерон исходит из обязанности понтификов перед одобрением усыновления проверить, в частности, годится ли усыновитель в отцы усыновляемому по возрасту, и не может ли он произвести на свет детей естественным образом. Функция усыновления – в исключительных случаях дать то, чего уже нельзя получить от природы³⁴⁰. Такая замена естественных отношений отца и сына на отношения, установленные по праву, предполагает сохранение сути естественного института, его смысла. Цицерон стремится показать: отношения Клодия и Фонтя этого смысла лишены, что делает усыновление мнимым, притворным («*simulata adoptio... imitata esse videatur*», 36). По сообщению Тацита, против мнимых усыновлений («*fictis adoptionibus*», «*simulata adoptio*»), направленных на обход брачного законодательства Августа, было принято даже специальное постановление сената (Тас. Ann. XV.19). Получается, что усыновление, отрываясь от своего естественного образца – нормального строя римской семьи во всей полноте ее социальных функций³⁴¹ – и сводясь к чисто формальному переносу «правовых последствий», или ролей, утрачивает легитимность: только

³⁴⁰ Ср.: «Это был, можно сказать, суррогат тех отношений, которые существовали между естественными родителями и детьми» (Загоровский А.И. Курс семейного права. М., 2003 (по изд. 1909 г.). С. 384).

³⁴¹ Ср.: «Здесь, с одной стороны, римский закон, как он сам характерно выражался, подражал природе (*imitatio naturam*), а с другой, копировал те отношения (*mores*), которые практиковались между естественным отцом и сыном» (Загоровский А.И. Указ. соч. С. 384-385).

подражая объективной нормативной реальности, оно может претендовать на признание.

Развитие институтов *adrogatio* и *adoptio*, их включение в правовой контекст происходили под присмотром понтификов и *iuris prudentes*, все время сопоставлявших отношения между усыновителем и усыновляемым с их образцом – отношениями между отцом и подвластным сыном. Некоторые отступления производного института от лежащей в его основе модели выглядят при этом именно как отступления, исключения из правила³⁴². В большинстве же случаев вопросы, касающиеся правового положения усыновленного, решались в соответствии с подходами, утвердившимися применительно к отношениям «отец – сын».

Женщины не могут выступать усыновителями, поскольку и в отношении естественных детей не обладают властью: «*Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*» (G.1.104)³⁴³. Показательно, что здесь отношение между правовым положением естественных и усыновленных детей как между образцом и копией служит основой для

³⁴² См., например: G.1.103 (= D.1.7.2.1): «*Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt*», «Для обоих же [видов] усыновления общим является то, что усыновлять могут и те, кто не может производить на свет детей, каковы скопцы» (в I.1.11.9 к этому рассуждению добавился запрет на усыновление кастратами «... *castrati autem non possunt*»); Modestinus D.1.7.40.2. Очевидно, что *ratio dubitandi* касается возможности установления отношений «отец – сын» с участием того, кто не может быть их естественным участником. По мнению Ф. Гелльманна, именно наличие определенных оснований для сомнения заставило юристов лишний раз оговорить действительность совершаемых названными лицами актов (Hellmann F. *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. 1902. Bd. 23. S. 385-386). Очевидно, аналогичные сомнения были связаны с усыновлением холостяками: «*Et qui uxores non habent filios adoptare possunt*», «Усыновлять детей могут и те, у кого нет жен» (Paulus D.1.7.30).

³⁴³ Ср.: UE.8.8A; C.8.47.5; I.1.11.10.

аргументации: женщина не может усыновлять, поскольку не может иметь во власти и естественных детей (аргументировать можно было и иначе – ссылкой на аксиому, что женщина вообще не может иметь *patria potestas*). Этот текст лишний раз подтверждает, что образцом для подражания при конструировании института усыновления служит не природа, а именно социальная нормативная реальность.

Подобная аргументация слышна и в ответе Лабеоны, переданном Павлом (Paulus libro undecimum quaestionum D.1.7.34): «Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere». «Был задан вопрос: если тебе дан в усыновление сын с оговоркой, что, скажем, через три года ты передашь его же в усыновление мне, будет ли какой-нибудь иск? И Лабео считает, что никакого иска не будет: ведь по нашим обычаям нельзя иметь временного сына».

Вопрос, адресованный Лабеоны, имеет в виду следующую ситуацию. Отец передал сына в усыновление другому лицу. При этом посредством специального заявления или соглашения – возможно, *lex mancipi*, особой оговорки, которая, совершенная в контексте того или иного торжественного акта, например *mancipatio*, позволяла модифицировать его правовой эффект³⁴⁴, – было установлено, что по истечении трех лет усыновитель передаст сына в усыновление другому лицу. Получит ли такое условие исковую защиту³⁴⁵? Этот

³⁴⁴ См. об этом, например: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 435.

³⁴⁵ Нельзя с уверенностью сказать, о каком именно иске идет речь в тексте: по предположению А. Перниса, нашедшему отклик в литературе, здесь обсуждается *actio fiduciae* (Pernice A. Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. III, 1. Halle, 1892. S. 126-127; Erbe W. Die Fiduzia im römischen Recht. Weimar, 1940. S. 172-173; Noordraven B., Noordraven D. Die Fiduzia im römischen Recht. Amsterdam, 1999 (перевод издания 1988 г.). S. 117-119). Более того, неопределенным оказывается не только конкретный вид иска, но и истец: как осторожно замечает А. Эренцвайг, строго

вопрос, представлял, по-видимому, немалый интерес, о чем свидетельствует, в частности, внимание к нему Павла и юстиниановских компиляторов.

Лабеон отвечает отрицательно: иска не будет³⁴⁶. Очень красноречив избранный юристом способ обоснования этого строгого решения. Содержание

говоря, текст принципиально не исключает возможности предоставления *actio fiduciae* третьему лицу, не являвшемуся стороной акта, дополненного обсуждаемой оговоркой. Ведь рассматриваемая юристами ситуация касается взаимодействия трех лиц: сын кем-то (1) отдан в усыновление тебе, *tibi* (2) с тем, чтобы ты передал его в усыновление мне, *mihi* (3). О чем иске говорится в тексте – твоим или моим? (Ehrenzweig A. *Die sogenannten zweigliederigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte*. Wien, 1895. S. 71).

³⁴⁶ Изложенная интерпретация текста и сделанный с ее учетом перевод не являются единственно возможными. Вопрос «*an actio ulla sit*» и ответ «*nullam esse actionem*» могут быть поняты и иначе: «будет ли [иметь силу] акт [усыновления]?» – «акт будет ничтожным». Вариант перевода, взятый нами в качестве основного, исходит из того, что словом «*actio*» описывается иск. Альтернативная интерпретация видит в «*actio*» юридически значимое действие. Первое прочтение известно уже Донеллу, второе – Куяцию.

Донелл: «Поэтому ни усыновленному сыну, ни тому, кто отдал в усыновление, [не дается] никакой иск для понуждения усыновителя к тому, чтобы он освободил сына от своей власти... Означает же это решение, что если будет достигнуто соглашение, чтобы сын был временным, соглашение [это] будет против права, поскольку против обычаев и порядков общины...». «...То, что мы сказали выше, что с самого начала при усыновлении сына нельзя соглашением обязаться эманципировать его... Соглашение о том, чтобы сын был временным... против права. Поэтому из него не может быть никакого обязательства и никакого иска, как я уже сказал». «*Nulla hinc actio aut filio arrogato, aut ei qui in adoptionem dederat, ad cogendum patrem adoptivum, ut filium e manu sua dimittat... Significat autem haec ratio, si conveniat, ut filius temporalis habeatur, conventionem esse contra jus, quia contra mores, & consuetudinem civitatis...*». «...*Quod supra diximus patrem ab initio filium arrogando se ad eum emancipandum conventionem obligare non posse... Ut enim filium temporalem habeat... conventio contra jus est. A qua proinde nulla obligatio, & actio esse potest, ut dixi*» (Donellus H. *Comentariorum de jure civili liber secundus* // Hugonis Donelli... opera omnia. T. I. Romae, 1828. Col. 352, 354).

Куяций же со ссылкой на Теофила относит *adoptio* к *actus legitimi*, которые приравнивает к *legis actiones*: «*Actus legitimus, & legis actio idem est*». Далее, опираясь на D.1.7.4 («По мнению Нерация, магистрат, в ведении которого находится *legis actio*, может сам у себя и эманципировать своих сыновей и отдавать в усыновление». «*Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est*») и D.1.16.3 («И он не может усыновить: ведь *legis actio* вообще не относится к его полномочиям». «*Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio*»), он пишет: «Ясно, что и усыновление является иском по закону... Поэтому и во [фрагменте] 34 настоящего закона «*actio*» – это не преследование своего права, а *legis actio*... А правовой режим всякого *actus legitimus* таков, что по закону «*actus legitimi*» (имеется в виду D.50.17.77, см. ниже – А.Ш.) он не может быть отсрочен или совершен на срок. Добавление срока порочит и полностью уничтожает *actus legitimus*, или *legis actio*. Отсюда и положение этого закона: если естественный отец даст тебе сына в усыновление с той оговоркой, чтобы он был у тебя три года, а после трех лет чтобы ты его обратно манципировал и отдал в усыновление... усыновление, совершенное таким образом ничтожно, *legis actio* ничтожна...». «*Et adoptionem esse legis actionem constat... Unde & in h.l. 34 actio non est persecutio juris sui, sed legis actio... Jus autem & conditio cujuscunque actus legitimi haec est, ut ad tempus fieri, ut tempore finire non possit, d.l. actus legitimi. Temporis adjectio actum legitimum, sive legis actionem vitiat & corrumpit in totum. Unde quae est sententia hujus legis, si pater naturalis tibi filium dederit in adoptionem, ea lege, ut eum habeas usque ad triennium, post triennium, ut ei eundem remancipes, & des in adoptionem... ita facta adoptio nullius momenti est, nulla est legis actio...*» (Cujas J. In Lib. XI. Questionum Pauli, Recitationes solemnes. Ad L. XXXIV. De adoption. // Iacobi Cuiacii IC Tolosatis Opera... T. V. Mutinae, 1777. Col. 1060).

Надо сказать, что отнесение *adoptio* к *actus legitimi*, которые не принимали сроков и условий, обращаясь ничтожными при добавлении соответствующих оговорок, имеет под собой самые серьезные основания, так как процедуру *adoptio* образует ряд последовательных манципаций, а *mancipatio*, судя по всему, принадлежала к числу *actus legitimi* (Papinianus libro vicesimo octavo quaestionum D.50.17.77: *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti <e>mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem*; об *actus legitimi* и об этом тексте см., например: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 176-177; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 255; см. также подробное обсуждение параллелизма между *actus legitimi* с одной стороны и *legis actiones, lege agere* с другой стороны как формальными актами,

приведенного ответа и подразумеваемую аргументацию можно представить следующим образом (не получившие эксплицитного отражения в словах Лабеоны звенья цепочки рассуждения (энтимемы) поместим в квадратные скобки): [усыновленный – такой же сын, как и естественный]; временных (естественных) сыновей не бывает; [следовательно, не бывает и временных усыновленных]³⁴⁷; следовательно, условие о последующей передаче

требуемыми произнесения определенных слов и поэтому с трудом поддающимися модификации: Schmidlin B. Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage? // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1970. 38. S. 367-387).

В то же время сама аргументация Лабеоны говорит скорее против таких формальных причин недопустимости предложенной в тексте оговорки: юрист выдвигает содержательный довод, демонстрируя, что усыновление на срок – внутренне противоречивое, немыслимое по существу построение, что статус сына не может быть срочным. Иными словами, аргументация Лабеоны зиждется не на формальной невозможности совершения спорного акта, а на неприемлемости правового положения, на установление которого этот акт направлен. Дополнительными доводами в пользу интерпретации Донелла чревато сопоставление рассматриваемого текста с Ulpianus (Papinianus) D.35.1.92, мимоходом предложенное уже О. Ленелем (Palingenesia iuris civilis... Vol. I. Col. 1207) и с Papinianus Coll.2.3.1, которое проведено уже А. Пернисом (Pernice A. Marcus Antistius Labeo... Bd. III, 1. S. 126-127).

Если некоторые из современных общих работ разделяют вывод Куяция (без прямых ссылок на него), объявляя ничтожным именно усыновление, а не дополнительное соглашение о сроке (Röby H.J. Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines. Vol. I. Cambridge, 1902. P. 59), то распространен и более осторожный подход. Так, М. Казер всякий раз при обсуждении текста Лабеоны говорит о том, что усыновление на время «недопустимо» («unzulässig») или невозможно, воздерживаясь от квалификации совершенного с такой оговоркой акта как ничтожного (Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 251, 257-258, 348). В том же ключе высказывается и Р. Циммерманн: Zimmermann R. Op. cit. P. 733.

³⁴⁷ Ср. рассуждение А.И. Загоровского, которое он иллюстрирует обсуждаемыми словами Лабеоны: «Patria potestas была учреждением чисто семейственного, непрерывного характера, а следовательно, с существованием ее были несовместимы ни условия, ни сроки, а посему и усыновление не подлежало этим ограничениям» (указ. соч. С. 385).

усыновляемого в усыновление другому лицу не пользуется исковой защитой. Заметим, что речь идет о недопустимости именно *adoptio* с оговоркой о последующей передаче в усыновление другому лицу: против последующей передачи усыновленного в усыновление как таковой римляне не возражали (Paulus D.1.7.37.1; Modestinus D.1.7.41).

Обилие квадратных скобок в нашей реконструкции показывает, насколько лаконичен ответ юриста. Такое речевое поведение оправдано лишь постольку, поскольку Лабеев уверен в способности адресата распознать воссозданный нами подтекст. Раз он полагал, что будет должным образом понят автором вопроса и учениками, следившими за мэтром во время консультации, можно заключить, что реконструированная выше цепочка рассуждений, основанная на признании зависимости института усыновления от его образца – отношений «отец-сын», апеллировала к общеизвестным и очевидным посылам. Выхватывая из этой цепочки лишь одно звено, лишь одну посылку – безусловно, самую очевидную, – Лабеев дает понять, что остальные шаги, прежде всего, вторая посылка (производность правового положения усыновленного от положения естественного сына) не менее очевидны.

Строго говоря, эта последняя посылка не совсем верна: ведь, как мы уже видели, в действительности в отношении усыновленных допускались некоторые отступления от образца – естественного строя римской семьи. Поэтому обращенный к Лабееву вопрос можно было бы обсудить и в ином ракурсе, проверив, не достоин ли описанный случай специального исключения. Косвенно Лабеев отвечает и на этот вопрос – отсылая собеседника к общему правилу и, тем самым, давая понять, что для данного случая исключений допускать не следует.

Итак, производность правового положения усыновленного представляется Лабееву самоочевидной: он считает, что достаточно указать на невозможность существования временного (естественного) сына, и станет понятно, что недопустимо и усыновление на срок. В то же время немыслимость «временных

сыновей» Лабеон все-таки обосновывает – ссылкой на обычаи, *mores*³⁴⁸. Здесь можно еще раз вспомнить слова Ульпиана о том, что *patria potestas* установлена обычаями (D.1.6.8pr.): «Ведь поскольку право власти принято обычаями и никто не может перестать иметь [детей] во власти, если дети не выйдут [из-под нее] одним из обычных способов...» («*Nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent...*»). Вопрос о возможности существования временных сыновей приобретает значение лишь с развитием институтов усыновления и усложнением практики их использования. Прежде он едва ли мог обсуждаться всерьез и уж точно немыслим в качестве предмета законодательного регулирования. Поэтому Лабеону при рассмотрении предложенного казуса, приходится обращаться к сути института *patria potestas* и, наверное, впервые формулировать такое свойство отцовской власти, как бессрочность. *Patria potestas* была бессрочной всегда, но никакого закона об этом, разумеется, не существовало. Ссылка на *mores* подчеркивает, что отцовская власть – исконный нормативный институт римского общества, обладающий определенными объективными чертами, которые могут быть выявлены юристом, познающим, а не создающим право.

О «временных сыновьях» думает и Цицерон, обращая внимание публики на то обстоятельство, что Клодий сразу после усыновления был эманципирован из-под отцовской власти (De Domo. XIV.37)³⁴⁹.

Звучащий в речи Цицерона упрек понтификам, что те не учли возраста усыновляемого и усыновителя, обоснован и по мнению юристов: если Гай

³⁴⁸ Сложно согласиться с М. Казером, который ссылается на этот фрагмент, обсуждая аморальные сделки – сделки, совершенные против добрых нравов, *contra bonos mores* (Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 250-251). Скорее всего, Лабеон говорит о *mores* именно как об источнике права.

³⁴⁹ Аргументация, основанная на представлении о соотношении институтов как образца и копии, представлена и в I.1.11.8.

сообщает о споре, касавшемся допустимости усыновления старшего младшим (G.1.106: «quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit»), то Ульпиан (D.1.7.15.3) и Модестин (D.1.7.40.1) не сомневаются в его недопустимости, а Институции Юстиниана вообще объявляют такое положение «монструозным», «pro monstro» (I.1.11.4)³⁵⁰.

Общепризнанным оказывается и требование к понтификам, чтобы они выяснили, есть ли необходимость в *adrogatio*, или усыновитель еще в том возрасте, когда произвести на свет детей можно и естественным образом (Cic. De Domo. XIII.34; Gell. V.19.5 – 6; Ulpianus D.1.7.15.2: Ульпиан говорит уже о конкретном минимальном возрасте – 60 лет, допуская исключения при наличии уважительных причин; Ulpianus D.1.7.17.2). Видно, что усыновление как отступление от нормального порядка семейных отношений допускается в исключительных случаях, когда нормальный порядок недостижим.

При определении места усыновляемого в новой семье образцом может служить не только положение естественного сына, но и внуков (Paulus (Iulianus) D.1.7.6: «Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus...», «Когда усыновляется внук как рожденный от сына...»; Ulpianus D.1.7.15.1; Ulpianus D.1.7.22.2: «sive in locum filii sive in locum nepotis aliquis impuberem adrogaverit») и тогда со смертью отца семейства усыновленный окажется под властью такого сына, если, конечно, он в свое время дал согласие на усыновление (Paulus D.1.7.10)³⁵¹. Чтобы описать включение усыновляемого в семью как внука (сына подвластного сына), прибегают к фикции, восходящей к формуле *adrogatio*: очевидные примеры – Pomponius D.1.7.43: «Adoptiones non solum filiorum, sed et quasi nepotum fiunt, ut aliquis nepos noster esse videatur perinde quasi ex filio vel incerto natus sit», «Усыновления бывают не только сыновей, но и как бы внуков, чтобы кто-либо считался нашим внуком, как если бы родился от сына, скажем,

³⁵⁰ «Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater».

³⁵¹ Ср.: I.1.11.5-7.

неопределенного»³⁵², и Paulus D.1.7.11: «Si is qui filium haberet in nepotis locum adoptasset perinde atque si ex eo filio natus esset...». Отклонение от естественного порядка давало повод для сомнений в допустимости усыновления на роль внука при отсутствии сыновей. Павел пишет, что такое усыновление возможно: «Adoptare quis nepotis loco potest, etiam si filium non habet» (D.1.7.37pr.).

Суммируя представленные наблюдения, подведем итоги. Существующие интерпретации формулы усыновления (*adrogatio*) предпочитают оставлять без внимания ее специфическую структуру. Функция использованной в ней фикции – как если бы усыновляемый родился от усыновителя и его законной жены – остается при таком подходе без объяснения. Между тем, формула *adrogatio* – с учетом всех ее элементов – приобретает смысл, если взглянуть на нее сквозь призму представлений самих римлян о структуре их правопорядка. Общество, на которое смотрит римский юрист, выглядит не бесформенной, юридически иррелевантной массой, которая структурируется нормотворческой инстанцией, сообщающей тем или иным произвольно сгруппированным фрагментам социальной жизни правовое значение («правовые последствия»), а объективной нормативной реальностью, которая если и распадается на элементы, остается единым организмом, не терпящим механического отделения правовой оценки от составляющего ее предмет факта. Перенос правовых оценок в отрыве от их нормального фактического субстрата не представляется римлянам возможным. Поэтому, когда жизнь все же требует модификации нормативной структуры общества, например, принятия в семью постороннего на роль сына, выход обнаруживается в том, чтобы перенести на новую почву не только правовую оценку или «правовые последствия», но и весь неделимый социальный

³⁵² Слова «ex filio vel incerto» описывают случаи, когда усыновляемому отводится место внука без указания конкретного *filius familias*, чьим бы сыном он считался (об этом тексте см., например: Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio... P. 136-137). Перевод этих слов «или неизвестного (лица)» (Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. 1. М., 2002. С. 141) нельзя признать удачным.

институт в целом – во всей полноте его социального, в частности, юридического, содержания. Этот прием можно описать и иначе: новая жизненная ситуация моделируется по образцу оформившегося в социальном опыте института. Фикция в формуле *adrogatio* – проявление именно таких воззрений: чтобы назначить постороннего сыном, авторы формулы предлагают народному собранию объявить его сыном, как если бы он родился в законном браке, поскольку без этого элемента отношения типа «отец – сын» немыслимы. Вновь смоделированный фрагмент общественной реальности сохраняет зависимость от своего образца, подчиняясь его внутренней логике, питаясь его социальным смыслом. Проявлением этой зависимости правотворчества от объективной нормативной структуры общества и предстает правовая фикция.

§ 2. Фикция в законодательстве об опеке

Фикцию, по форме аналогичную той, которая была использована в формуле *adrogatio*, содержат два муниципальных закона, дошедших в надписях, – *lex Salpensana* 81 – 84 гг. н.э. и *lex Irnitana* 91 г. н.э. (так называемая *lex Flavia municipalis*). Интересующая нас техника запечатлена в третьем предложении 29-й рубрики «*De tutorum datione*», «О назначении опекунов»³⁵³:

Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei	Тот, кого назначат опекуном в
cui datus erit, quo ne a iusto tutore	соответствии с настоящим законом,
tutela abeat, tam iustus tutor esto quam	да будет тому, кому он назначен,
si is civis Romanus et adgnatus	опекуном по праву – [с тем
proximus civi Romano tutor esset.	условием,] чтобы не прекратилась
	опека со стороны опекуна по праву, –
	как если бы тот был римским
	гражданином, и опекун был
	ближайшим агнатом римскому
	гражданину.

В этой рубрике приведенному предложению предшествуют два других, закрепляющих условия и порядок назначения опекунов жителям муниципия. Каждое из них заканчивается словами «*tutorem dato*», «пусть будет назначен опекуном». Процитированная же фраза начинается со слов «*Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit...*», «Кто будет назначен опекуном в соответствии с настоящим законом...». Иными словами, структура рубрики выглядит следующим образом: сначала закон предписывает назначение опекунов определенными должностными лицами, в определенных случаях и с соблюдением определенной процедуры, затем объявляет опекунов, назначенных в соответствующем порядке, «опекунами по праву» («*iustus tutor*»). Последнее

³⁵³ Текст приводится по *lex Irnitana* в издании А. д'Орса (*Lex irnitana...* Р. 13-87).

положение сконструировано по той же модели, что и формула адрогации: человек, назначенный опекуном, «да будет опекуном по праву так же, как если бы подопечный был римским гражданином, а сам он – ближайшим агнатом подопечного – римского гражданина».

Совпадение техники, использованной разработчиками формулы адрогации и *lex Salpensana*, очевидно:

Adrogatio (Gell. V.19.9)		Tutoris datio (lex. Irnit. (=lex Salp.) 29)
Velitis, iubeatis, uti		
1	L. Valerius	Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is
2	L. Titio	ei, cui datus erit, quo ne a iusto tutore tutela abeat,
3	tam iure legeque filius siet,	tam iustus tutor esto,
4	quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset...	quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romano tutor esset.

Структуру этих формул схематично можно представить так. Сначала (1) в именительном падеже называется лицо X, которое планируется наделить определенным статусом по отношению к лицу Y. Затем (2) в дательном падеже называется лицо Y. Следом (3) идет наделение X определенным статусом по отношению к Y: «да будет X сыном (опекуном) Y»! Закрывает формулы (4) фикция: статус сына (опекуна) должен принадлежать X по отношению к Y «так, как если бы» налицо были определенные обстоятельства.

Идентичность структуры формул подкрепляется почти полным единством синтаксиса и лексики. Несовпадение форм глагола «esse» в первом случае («siet» и «esto») объясняется тем, что предметом сравнения выступают с одной стороны *rogatio* – законодательная инициатива, обращенная к народному собранию, а с другой – уже принятый закон, содержащий готовое предписание: «да будет так!». *Lex curiata* об усыновлении также повелевала бы «iure legeque

filius esto». Второе различие состоит в том, что если формула *adrogatio* предполагает объявление усыновляемого сыном усыновителя «*iure legeque*», то *lex Salpensana* признает назначенного опекуна «*iustus tutor*». Согласно изложенной выше концепции, слова «*iure legeque*» как указывающие на соответствие праву, правомерность синонимичны целому ряду других выражений – в том числе и не содержащих упоминания *lex*, – встречающихся в римских законах. М. Гарсия Гарридо продемонстрировал (см. ниже), что как синонимичные употреблялись и выражения «*iustus tutor*» и «*legitimus tutor*». Учитывая к тому же, что Гай, говоря о процедуре усыновления, на место слов формулы «*iure legeque filius*» ставит «*iustus filius*» (G.1.99: «...an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse...»), следует заключить, что рассматриваемое различие между сравниваемыми формулировками не должно было иметь принципиального значения: как с формальной, так и с содержательной точек зрения, выражения «*iure legeque*» и «*iustus*» предстают взаимозаменяемыми.

Судя по всему, совместное обсуждение приведенного фрагмента муниципального закона и формулы усыновления прежде не предпринималось. Между тем, оправданное единством юридической техники, оно обладает значительным эвристическим потенциалом, позволяя не только уточнить значение фикции для правотворческого процесса, но и предложить дополнительный аргумент в пользу звучащего в литературе тезиса, что рассматриваемая формулировка муниципальных законов восходит к *lex Atilia* конца III в. до н.э.

Чтобы определить значение использованной в *lex Salpensana* и *lex Irnitana* фикции, необходимо восстановить нормативный и исторический контексты ее появления: на протяжении римской истории правила об опеке претерпели множество существенных изменений, поэтому моментом создания обсуждаемой формулировки определяются и задачи, которые с ее помощью стремился решить законодатель.

В древности существовали два основания установления опеки, *tutela* – закон³⁵⁴ и завещание³⁵⁵. В случае если домовладыка не распорядился об опеке в завещании, опекун определялся законом: в первую очередь призывался

³⁵⁴ По господствующему мнению, законную опеку регулировали уже законы XII таблиц (5.6; Schöll R. *Op. cit.* P. 130), о чем прямо или косвенно свидетельствуют G.1.155 (=I.1.15pr.); G.1.157; UE.11.3; C.5.30.1; Ulpianus D.26.4.1pr.; D.26.4.5pr.; Paulus D.4.5.7pr.; I.1.15.2; 1.17 (см., например: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 88 и указанную там литературу; Watson A. *The Law of Persons...* P. 117).

³⁵⁵ Сообщения источников, касающиеся возраста этого института, расходятся. Так, некоторые классические юристы относят опеку по завещанию к законам XII таблиц (Gaius D.26.2.1pr.; Paulus D.26.2.20.1; UE.11.14), Ливий полагает, что она введена уже *leges regiae* (Liv. I.34.12). Между тем, традиционная реконструкция XII Т. 5.3 – «UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUA REI, ITA IUS ESTO», «Как кто распорядится насчет своего имущества и опеки о своем имуществе, да будет это правом», – основанная, главным образом, на UE.11.14, а также отчасти на Paulus D.50.16.53pr. и Pomponius D.50.16.120 (см., например: Schöll R. *Op. cit.* P. 127-128), вызывает сегодня сомнения. Прежде всего, обращает на себя внимание то обстоятельство, что в целом ряде свидетельств опека не упоминается. Таковы G.2.224 («UTI LEGASSIT SUA REI, ITA IUS ESTO» – здесь Гай совпадает с Помпонием (Квинтом Муцием? D.50.16.120), который, однако, вспоминает об опеке, объясняя значение этого положения законов), I.2.22pr. (с той же формулировкой), а также Cic. *De inv.* II.50.148 («PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO» и Auct. *ad Her.* I.13.23 (с почти идентичной формулировкой). Описанное состояние источников заставляет современных исследователей подозревать в словах «*tutelave*» более позднее вкрапление, продиктованное, вероятно, желанием отыскать в законах XII таблиц опору для всех разнообразных типов завещательных распоряжений, которые в действительности были продуктом *interpretatio*. Более того, даже если XII таблиц на самом деле говорили о «*tutela (suae rei)*», то за этим вполне могли стоять забота или даже право собственности в отношении имущества наследодателя (см., например: Франчози Дж. Указ. соч. С. 115, 121, 146 (сравнивая традиционные редакции обсуждаемого положения XII таблиц, ученый отдает предпочтение «риторической версии»); Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 89 и указанную там литературу). Такое положение дел дает основания полагать, что «древнейшим видом опеки следует считать *tutela legitima...*» (Дождев Д.В. *Римское частное право...* С. 300; см. также: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 87).

ближайший агнатический родственник (*adgnatus proximus*)³⁵⁶, во вторую – при отсутствии агнатов – сородичи (*gentiles*)³⁵⁷. Видимо, в каких-то случаях эта система давала сбои, и женщина или несовершеннолетний *sui iuris* оставались после смерти отца семейства без опекуна³⁵⁸. Образовавшийся пробел был

³⁵⁶ G.1.155, 164; UE.11.3 (именно этот контекст дает Гаю и автору «Эпитомы» повод ввести понятия агнатического и когнатического родства и показать различия между ними – 1.156 (=D.26.4.7), 158 и 11.4, соответственно); Ulpianus D.26.4.1pr.

³⁵⁷ G.3.17 («*Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat*»). Далее Гай отсылает к более раннему обсуждению вопроса («*Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus...*»), которое, скорее всего, состоялось в содержащем большую лакуну G.1.164, где рассматривается опека. Этот порядок совпадает с урегулированным законами XII таблиц порядком наследования по закону (за одним исключением: женщина наследует, но не может быть опекуном – Ulpianus D.26.4.1.1) – см., например: G.1.165 («...*eo enim ipso quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosque eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat*»; ср. I.1.17pr.); см. также: Quintus Mucius Scaevola D.50.17.73pr.; Ulpianus D.26.4.1pr. – 1; 26.4.3pr.; 26.4.3.7; Paulus D.4.5.7pr.; 38.10.10pr.

³⁵⁸ Если не считать описанного Гаем случая, который едва ли мог иметь первостепенное значение для принятия специальных законов об опеке – когда женщина, не могущая быть опекуном, отпускает на волю рабыню (G.1.195), – такие ситуации могли возникать, только если покойный домовладыка несовершеннолетнего или женщины не назначил опекуна в завещании при отсутствии у них агнатических родственников и сородичей. В связи с этим можно вспомнить переданное Плутархом высказывание Катона, относящееся к этой эпохе, который говорил, что, прожив один день без завещания, совершил одну из величайших ошибок (Plut. Cato. 9). «Назначение опекунов составляло обычное содержание завещаний. Если оценку Катона можно обобщить, то *lex Atilia* имела очень ограниченную сферу применения: неожиданная смерть, недействительные или не вступившие в силу завещания, к тому же отсутствие агнатических родственников» (Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 24). Можно предположить, что «этот порядок отражает специфику семейной организации плебса, рано утратившего первоначальную семейную солидарность» (Дождев Д.В. Римское частное право... С. 302), или что подобные случаи связаны с постепенным угасанием социальных функций родов (Jolowicz H.F., Nicholas B.

заполнен законом Атилия, *lex Atilia*, принятым до сенатусконсульта «О Вакханалиях» 186 г. до н.э. (*SC de Bacchanalibus*, Liv. XXIX.9.7: «*tutore ab tribunis et praetore petito*»³⁵⁹), вероятно, в 210 г. до н.э., когда должность трибуна занимал Гай Атилий (Liv. XXVI.33.12), который, предположительно, и выступил с законопроектом³⁶⁰. Этим законом был урегулирован порядок назначения опекуна тем, кому он не достался на основании завещания или закона. G.1.185 (=I.1.20pr.): «*Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur...*», «Если у кого-то вообще нет опекуна, то в городе Риме ему на основании закона Атилия дается [опекун] городским претором и большинством народных трибунов, который называется «Атилиев опекун»...». UE.11.18: «*Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores Atilianos" appellamus*», «Закон Атилия предписывает, чтобы женщинам и малолетним, не имеющим опекунов, давались претором и большинством народных трибунов [опекуны], которых мы называем «Атилиевы опекуны»³⁶¹. Нельзя полностью исключать, что назначение опекунов претором практиковалось и до принятия закона³⁶².

Historical Introduction to the Study of Roman Law. London, 1972. P. 239; Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 357).

³⁵⁹ Впрочем, см. сомнения Д. Нерпа: Nörr D. *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze...* S. 49-52.

³⁶⁰ Франчози Дж. Указ. соч. С. 148; Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 357; Watson A. *The Law of Persons...* P. 123; Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte...* Abschn. 1. S. 509; Kunkel W., Wittmann R. *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*. Abschn. 2. Die Magistratur. München, 1995. S. 584.

³⁶¹ См. также G.1.195. Заметим попутно, что перед нами редкое свидетельство коллегиального взаимодействия трибунов (Masi Doria C. *Spretum imperium*. Napoli, 2000. P. 299-300).

³⁶² Эта гипотеза, не вызывающая у большинства современных авторов ни безоговорочного одобрения, ни однозначного отрицания (Франчози Дж. Указ. соч. С. 148; Jolowicz H.F.,

Nicholas B. Op. cit. P. 239; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 357; Watson A. The Law of Persons... P. 112), была выдвинута в свое время М. Власаком (Wlassak M. Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen. Graz, 1884. S. 27-31). Он предположил, что право назначать опекунов изначально входило в *imperium* городского претора и лишь в дальнейшем получило конкретизацию и ограничение в законах (первый из них – *lex Atilia*), которые стали играть столь значительную роль, что сложилось представление, будто только они и способны наделить магистрата подобными полномочиями. Это новое представление и отразилось в словах Ульпиана: «*Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps*» (D.26.1.6.2) (современную литературу об этом тексте см.: Kaser M., Hackl K. Das römische Zivilprozessrecht. München, 1996. S. 187-188). Переживанием более древних воззрений предстает право претора назначать *tutor praetorius* (G.1.184), основанное, по мнению автора «Эпитомы Ульпиана», на *mores*, а не на законе или постановлении сената (UE.11.2,24). Идея М. Власака была подхвачена с некоторыми оговорками и дополнительной аргументацией Л. Миттайсом (Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Leipzig, 1908. S. 41-42), а также Ф. Ляйфером и Г. Крюгером (Leifer F. Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht. Leipzig, 1914. S. 107-108; Krüger H. Verweisungsedikte im prätorischen Album // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1916. Bd. 37 = 50. S. 290 («не может быть никаких сомнений»). Сравнительно недавно изложенные взгляды получили авторитетную поддержку (правда, без ссылки на предшественников) в монографии В. Кункеля, обновленной Р. Витманном (Kunkel W., Wittmann R. Op. cit. S. 584): «Конечно, в подобных случаях претор мог назначать опекуна и до *lex Atilia*. Однако можно предположить, что делал он это не всегда. Поэтому близкие того, кто нуждался в опеке, должны были обращаться за *auxilium* к народным трибунам. Издание плебисцита (*lex Atilia* – А.Ш.) помогло избежать дальнейших конфликтов между претором и трибунской властью и, таким образом, представляет собой образцовый пример взаимодействия *ius auxilii* и права законодательной инициативы трибунов». Д. Нерр, опираясь, в частности, на синхронные сравнительно-правовые наблюдения, предполагает, что защита интересов несовершеннолетних и вдов, включая выбор и назначение опекунов, должна была относиться к исконным функциям претора, и что *lex Atilia* потребовалась не для создания нового института, а для модификации существующей процедуры. Преследуя чисто процессуальные цели, законодатель решил

Lex Atilia касалась назначения опекунов только в Риме, так что со временем стали необходимы законы, предоставляющие соответствующие полномочия провинциальным (*lex Iulia et Titia*) и муниципальным чиновникам (*lex Ursonensis*, *tabula Herculaneensis*, *lex Salpensana*, *lex Irnitana*)³⁶³. Именно так о появлении закона Юлия и Тиция, *lex Iulia et Titia* 31 г. до н.э.³⁶⁴ сообщают Гай и «Эпитама Ульпиана» – G.1.185 (=I.1.20pr.): «...in provinciis vero a praesidibus provinciarum <ex> lege Iulia et Titia», «...в провинциях же в соответствии с законом Юлия и Тиция [опекуны назначаются] наместниками провинций»³⁶⁵; UE.11.18: «Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores», «Но так как закон Атилия имеет место только в Риме, законом Юлия и Тиция предусмотрено, чтобы в провинциях тоже подобным образом их наместниками давались опекуны».

заодно легально закрепить традиционное правовое положение опекунов, назначавшихся магистратом (Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 56-57).

³⁶³ Д. Нерп не исключает, что *lex Iulia et Titia* регулировала и назначение опекунов в муниципиях (ibid. S. 11).

³⁶⁴ Такова общепринятая, хотя и небесспорная, датировка. Остается вероятным, что на самом деле речь должна идти о двух законах *lex Iulia* и *lex Titia* (см.: Франчози Дж. Указ. соч. С. 148; Jolowicz H.F., Nicholas B. Op. cit. P. 239; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 357 и указанную там литературу; Kaser M., Hackl K. Op. cit. S.187; Watson A. Op. cit. P. 124; Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 419; De Visscher M.F. La condition juridique des nouveaux citoyens romains d'Orient // Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. 1938. Vol. 82. P. 37). См. краткое обсуждение основных аргументов в пользу каждого из вариантов у Д. Нерпа (Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 7-8), который заключает, что, поскольку сегодняшнее состояние источников не позволяет сделать однозначного вывода по этому вопросу, предпочтительна унитарная концепция: ведь даже если законов в действительности было два, различия между ними останутся неизвестными, а более поздняя *lex Iulia*, наверняка, содержала множество заимствований из *lex Titia*.

³⁶⁵ См. также G.1.195; G.1.183.

Приведенными сообщениями исчерпываются непосредственные источники наших знаний о содержании этих законов. Итак, в Риме опекунов назначает претор с согласия большинства народных трибунов, в провинциях – наместники. Кроме того, немаловажно, что такие полномочия признаются за ними только при отсутствии опекуна по закону или завещанию (G.1.185 (=I.1.20pr.): «Si cui nullus omnino tutor sit...», UE.11.18: «...mulieribus pupillisve non habentibus tutores...»). Эта «субсидиарность опеки по назначению магистрата»³⁶⁶ имела большое значение³⁶⁷. Показательно, что сразу после приведенного описания *lex Atilia* и *lex Iulia et Titia* Гай обращается именно к обсуждению спорных случаев, связанных с временным отсутствием *tutor legitimus* или *testamentarius* (G.1.186 – 187; за Гаем следуют и Институции Юстиниана, повторяя его слова с незначительными редакционными изменениями – I.1.20.1 – 2)³⁶⁸.

Lex Atilia определила порядок назначения опекунов в Риме городским претором с согласия трибунов. *Lex Iulia et Titia* дала такое право наместникам провинций. Полномочия по назначению опекунов были предоставлены и муниципальным чиновникам³⁶⁹ – в рамках законодательной активности Рима, направленной на установление «из центра» единообразных конституционных и административных порядков в местных общинах посредством *leges datae*,

³⁶⁶ Говоря словами Д. Неппа (Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 44-45, 52).

³⁶⁷ Ср.: I.1.23.5 «...habenti tutorem tutor dari non potest». См. об этом ниже.

³⁶⁸ См. об этом ниже.

³⁶⁹ О компетенции конкретных чиновников и процедуре см.: Consentini C. Salp. 29 e il suo «modello» // Studi in onore di Cesare Sanfilippo. Vol. VII. Milano, 1987. P. 169-170; Kaser M., Hackl K. Op. cit. S. 179-180, 467, 471; Lopez Rosa R. Sobre la «datio tutoris» en la «lex Irnitana» // Studia et documenta historiae et iuris. 1992. 63. P. 304-308; Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 29-33, 35-44.

которая развернулась после гражданских войн³⁷⁰. Сохранились 29-я рубрика «О назначении опекунов» двух муниципальных законов – *lex Salpensana*³⁷¹ и *lex Irnitana*³⁷² и частично – сар. 109 *lex Ursonensis*³⁷³.

Lex Ursonensis 47 – 44 гг. до н.э. относится примерно к той же эпохе, что и *lex Iulia et Titia*. Правовой статус памятника является предметом дискуссии: вероятно, это проект, составленный Гаем Юлием Цезарем, который так и не стал законом³⁷⁴. Замечено, что образцом для *lex Ursonensis* служили римские *leges rogatae*³⁷⁵. Следы такого подражания можно усмотреть, помимо прочего, в приписывании муниципальным магистратам *imperium* (сар. 94, 125, 128)³⁷⁶. В пользу влияния на *lex Ursonensis* законов XII таблиц говорят различные содержательные и языковые заимствования: в сар. 61 *lex Urs.* цитируется Т.3, сар. 73 следует, по-видимому, за Т.10.1³⁷⁷. С другой стороны особенности языка

³⁷⁰ Известны *tabula Heracleensis*, *lex Tarentina*, *lex Rubria*, *fragmentum Atestinum*, *lex Urosnensis*, *lex Malacitana*, *lex Salpensana*, *lex Lauriacensis*, *lex Irnitana*, за которыми, по мнению некоторых исследователей, угадывается «модельная» *lex municipalis*. См.: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 47-49, 75-76; Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte...* Abschn. 1. S. 480-481; Kaser M., Hackl K. *Op. cit.* S. 176-180; Kunkel W., Schermaier M. *Römische Rechtsgeschichte. Köln [et al.], 2005.* S. 265-267, 281-284 и указанную в этих работах литературу.

³⁷¹ *Fontes iuris Romani antiqui...* P. 142-146; *Textes de droit romain...* P. 108-112.

³⁷² *Lex irnitana...* P. 13-87.

³⁷³ Crawford M. H. [et al.]. *Roman Statutes. Vol. I.* London, 1996. P. 393-454; Girard P. F., Senn F. *Les lois des Romains. T. II.* Napoli, 1977. P. 200-222.

³⁷⁴ См.: Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte...* Abschn. 1. S. 179 и указанную там литературу.

³⁷⁵ См., например: Kunkel W., Wittmann R. *Op. cit.* S. 535.

³⁷⁶ Ср.: Wieacker F. *Römische Rechtsgeschichte...* Abschn. 1. S. 482 («abusiv», «offenbar untechnisch»); Kaser M., Hackl K. *Op. cit.* S. 177 («*imperium* in untechnischem Sinn»).

³⁷⁷ См., например: Кофанов Л.Л. Римская *civitas* и муниципальное право эпохи Республики // Вестник древней истории. 2007. № 3. С. 118 (ср. о влиянии *leges rogatae* на *leges datae*: «Ведь что могло быть образцом права, предоставляемого союзникам в IV – III вв.? Ответ может

lex Ursonensis дали почву для популярного вывода о сознательной «архаизации», отличающей выбранный Цезарем стиль³⁷⁸. С этой точки зрения, lex Ursonensis оказывается в одном ряду с трактатом Цицерона «О законах», «De legibus»³⁷⁹.

Глава 109 lex Ursonensis сохранилась плохо: базу для реконструкций дают несколько слов в начале фрагмента, к числу которых относятся «PVPILLO PVPILL» и «TVTOR». В то же время расположение слов и частей слов на памятнике, а также общее убеждение, что муниципальные законы образуют единую традицию³⁸⁰, убеждают исследователей в правомерности воссоздания оригинального текста на основе 29-й рубрики lex Salpensana и lex Irnitana³⁸¹.

быть только один: Законы XII таблиц в обработке римских преторов»). Наряду с приведенными случаями заимствования автор указывает cap. 66 – Т.8.26.

³⁷⁸ Это мнение, впервые высказанное Э. Норденом (Norden E. Aus altrömischen Priesterbüchern. Lund, 1939. S. 12), нашло самую авторитетную поддержку (Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft... S. 113-114; Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 305). Впрочем, следует иметь в виду, что здесь мы имеем дело с одним из тех случаев, когда историографическая традиция складывается из кратких замечаний, не подкреплённых развернутой аргументацией.

³⁷⁹ Ibid. См. также: Nörr D. Rechtskritik... S. 145-146 и литературу, указанную Ф. Виакером (Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 305).

³⁸⁰ См., например: Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 17-19.

³⁸¹ Следы предшествующих эпох в муниципальных законах замечены уже давно (Mommsen T. Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica // Abhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Bd. III. Leipzig: S. Hirzel, 1855; Gradenwitz O. Versuch einer Dekomposition des rubrischen Fragments. Heidelberg, 1915; Id. Stadtrechte von Urso, Salpensa, Malaca in Uhrtext und Beischrift aufgelöst. Heidelberg, 1920). Обнаружение в 1925 году нескольких осколков lex Ursonensis, благодаря которому и стали известны некоторые слова в начале 109-й главы, прежде скрытой от нашего взора, сделало возможными попытки реконструкции первоначального текста. Подробное обсуждение основных реконструкций (А. д'Орса, Ж. Маллона, Ф. Шульца) см.: Gómez-Iglesias Casal Á. Lex Ursonensis cap. 109. La tutela en la lex Ursonensis y en la ley

Поскольку, по крайней мере, частичное совпадение начала *lex Urs.*, 109 с одной стороны и начала *lex Salp.* и *lex Irnit.*, 29 с другой стороны не вызывает сомнений, предпринимались попытки гипотетической реконструкции всего текста главы 109 в целом. Не воспроизводя здесь деталей развернувшейся в связи с этим дискуссии, сосредоточимся на элементах, представляющих интерес в свете настоящего обсуждения. Прежде всего, что касается первой части *cap.* 109, которая воссоздается на основе сохранившихся фрагментов текста, все попытки реконструкции сходятся в том (если не принимать в расчет некоторых формальных различий), что глава открывается словами: «*Cui pupillo pupill[ae mulierive col(onis) col(oniae) Gen(etivae) Iul(iae) in His]pania tutor no[n erit incertusve erit...]*». Как видим, условием назначения опекуна магистратом здесь – как и в *lex Atilia* и *lex Iulia et Titia* – является отсутствие опекуна или неопределенность относительно его наличия.

Если же обратиться к предположениям, касающимся второй части главы (ее текст не сохранился, но известно какое место он занимал), то и здесь реконструкция интересующих нас элементов оказалась, по большому счету, единодушно принятой – при том, что едва ли не все остальные фрагменты стали предметом длительной дискуссии. Итак, по господствующему мнению, глава 109 заканчивалась словами: «*quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto, quam si is ei adgnatus proximus tutor esset*». Оговорка «*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*», призванная обеспечить нерушимость правового положения вероятного опекуна после назначения нового опекуна чиновником, соответствует гипотезе всего института, открывающей главу 109, и вполне вписывается в концепцию Гая (G.1.186 – 187), основное внимание которого при обсуждении *lex Atilia* и *lex Iulia et Titia* сосредоточено на вопросах допустимости назначения опекуна претором до установления опеки по закону или завещанию и последствиях появления законного опекуна или опекуна по

завещанию после осуществления магистратом *tutoris datio*. Как видим, существующие реконструкции возводят к *lex Ursonensis* и фикцию «*tam iustus tutor esto, quam si is ei adgnatus proximus tutor esset*», которая в отличие от *lex Salpensana* и *lex Irnitana* не содержит упоминания о гражданстве подопечного и опекуна, поскольку адресатом *lex Ursonensis* были римские граждане.

Гораздо более смелым и дискуссионным оказался следующий шаг, сделанный Ф. Шульцем – ученый предложил на базе реконструкции *lex Ursonensis* частично воссоздать *lex Atilia*³⁸². Полученные в результате выводы подверглись критике со стороны Э. Уотсона³⁸³, поддержанной М. Казером³⁸⁴. Между тем, многие из высказанных замечаний вызывают серьезные сомнения. Сравнительно недавно сторону Ф. Шульца принял А. Гомес-Иглесиас Касаль, выдвинувший ряд контраргументов против критики Э. Уотсона³⁸⁵. Наконец, Д. Нерр, автор крупного современного исследования римского законодательства об опеке, настаивает на аналогичной реконструкции, не соглашаясь, однако, с аргументацией Ф. Шульца³⁸⁶. Как представляется, аргументация в пользу предложенной реконструкции *lex Atilia* и контраргументы против критиков могут быть усилены с учетом значения и формальной структуры использованной в *lex Salpensana*, *lex Irnitana* и *lex Ursonensis* (?) фикции.

³⁸² Schulz F. *Lex Salpensana* cap. 29 und *Lex Ursonensis* cap. 109 // *Studi in onore di S. Solazzi*. Napoli, 1948. S. 451, 457-458. Предположения о цитатах *lex Atilia* в *lex Salpensana*, в том числе и в отношении приравнивания правового статуса опекуна, назначаемого магистратом, к правовому статусу опекуна по закону, делались уже Т. Моммзенем: Mommsen T. *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden...* S. 439-441.

³⁸³ Watson A. *The Law of Persons...* P. 124-127.

³⁸⁴ Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 357 («nicht glaubwürdig»).

³⁸⁵ Gómez-Iglesias Casal Á. *Op. cit.* P. 265-266.

³⁸⁶ Nörr D. *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze...* S. 48-52.

В реконструкции Ф. Шульца *lex Atilia* содержит следующий текст: «*Qui tutor hac lege datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto quam si ei adgnatus proximus tutor esset*»³⁸⁷.

Оригинальную редакцию автор восстановил, исходя из предположения, что соответствующий фрагмент *lex Salpensana* стал результатом незначительного изменения *lex Ursonensis* – добавления фикции гражданства (оправданная в испанских колониях, она, очевидно, не могла содержаться в законе, адресованном римским гражданам), – а эта последняя воспроизводила текст более древнего закона³⁸⁸.

Древность этой формулировки подтверждается, по мнению Ф. Шульца, найденными в Египте документами, два из которых содержат слова «*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*»³⁸⁹, а третий говорит о назначении магистратом законного опекуна – «*M. Longum legitimum tutorem dedit*», – таким способом кратко передавая суть громоздкого построения в конце реконструированной фразы закона – «*tam iustus tutor esto quam si ei adgnatus proximus tutor esset*»³⁹⁰.

Появление в *lex Atilia* интересующего нас оборота Ф. Шульц объясняет следующим образом. «Почему закон не сказал просто *iustus tutor esto*? Потому что в те времена *tutor testamentarius* еще обладал *ius se abdicandi*, которое законодатель не хотел, конечно, предоставлять опекуну, назначенному магистратом. В связи с этим последнему прямо отводится позиция *tutor legitimus*, которому *ius se abdicandi* не принадлежало»³⁹¹.

³⁸⁷ Schulz F. *Lex Salpensana*... S. 457.

³⁸⁸ Schulz F. *Lex Salpensana*... S. 458-459.

³⁸⁹ *Fontes iuris Romani antejustiniani* / Arangio-Ruiz V. Vol. III. Florentiae, 1943. P. 66-69 (n. 24 и 25).

³⁹⁰ Schulz F. *Lex Salpensana*... S. 457-458.

³⁹¹ Schulz F. *Lex Salpensana*... S. 458.

Оговорку «quo ne ab iusto tutore tutela abeat» ученый считает проявлением заботы законодателя о том, чтобы назначение опекуна магистратом не повлекло прекращения опеки, возникшей в силу закона или завещания³⁹².

Э. Уотсон соглашается с Ф. Шульцем в том, что многое говорит в пользу древности формулировки «quo ne ab iusto tutore tutela abeat», и усиливает его аргументацию, опираясь на документы, найденные в Геркулануме³⁹³. Присутствие данной оговорки уже в *lex Iulia et Titia* подтверждается, по мнению автора, не только тем, что египетские источники, которые содержат приведенную оговорку, прямо ссылаются на этот закон. Главное – что единство словоупотребления в документах из Египта и Геркуланума и в *lex Salpensana* не может быть результатом совпадения, а следовательно, обоснованными оказываются предположения о наличии оговорки в *lex Iulia et Titia* и, вероятно, в *lex Atilia*³⁹⁴.

Что же касается предположения, будто уже в *lex Atilia* содержалась фикция «*tam iustus tutor esto quam si ei adgnatus proximus tutor esset*», то с ним, по мнению Э. Уотсона, согласиться нельзя. Критик, наверное, прав, когда отказывает в убедительности доводу, опирающемуся на найденный в Египте документ, где назначенный магистратом опекун женщины именуется «*tutor legitimus*». Логика рассуждений Ф. Шульца ясна: чтобы назвать опекуна

³⁹² Ibid. Ту же интерпретацию этим словам дает М. Гарсия Гарридо, присоединяясь к мнению А. Д'Орса и В. Аранджо Руица: Garcia Garrido M. *Iustus tutor y legitimus tutor* // *Anuario de historia del derecho Español*. 1955. Т. 25. Р. 842. Не вполне понятна позиция М. Казера (и, соответственно, ссылающегося на него Ф. Виакера (*Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 509*): автор приводит обсуждаемую оговорку в подтверждение того, что опекун, назначенный магистратом, не мог отказаться от полномочий, не имел *ius se abdicandi* (Kaser M. *Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 358*).

³⁹³ См.: Arangio-Ruiz V. *Due nuove tavolette de Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri* // *Studi in onore di Pietro de Francisci*. Vol. I. Milano, 1956. Р. 3 sqq. (цит. по: Watson A. *The Law of Persons... P. 125*).

³⁹⁴ Watson A. *The Law of Persons... P. 125*.

«законным», необходимо, чтобы он призывался к опеке как ближайший агнат, а поскольку в данном случае он был назначен магистратом, должен был существовать закон, приравнивающий опекунов по назначению магистрата к законным. Между тем, против предложенной интерпретации словосочетания «*tutor legitimus*» говорят не столько соображения, высказанные Дж.И. Луццато и Э. Уотсоном и касающиеся, главным образом, отмены законной опеки над женщинами со стороны агнатов законом Клавдия, *lex Claudia*³⁹⁵ (G.1.157; 1.171; UE.11.8), сколько его синонимичность с «*tutor iustus*», показанная М. Гарсия Гарридо на примере целого ряда документов юридической практики из Египта и Геркуланума: оба эти выражения относятся к опекунам, призванным или назначенным правомерно, «в порядке, предусмотренном законом»; словосочетание «*tutor legitimus*» не является техническим термином, который обозначал бы опеку по закону (в ее отличии от опеки по завещанию и др.)³⁹⁶.

Кроме того, по мнению Э. Уотсона, Ф. Шульц неубедительно восстанавливает мотивы законодателя, который включил обсуждаемую фикцию в *lex Atilia* якобы для того, чтобы исключить распространение на опекунов, назначаемых магистратом, права отказаться от опеки, *ius se abdicandi*, признававшегося тогда за опекунами по завещанию: по этой версии, фикция должна была ориентировать на применение к новому институту режима опеки по закону, а не по завещанию. Э. Уотсон не принимает предложенного объяснения, обращая внимание на то, что правовое положение опекуна, назначенного претором, сильно отличается и от положения опекуна по закону: на первом — но не на последнем — лежит обязанность осуществлять свои полномочия³⁹⁷.

³⁹⁵ Watson A. The Law of Persons... P. 125-126.

³⁹⁶ Garcia Garrido M. *Iustus tutor y legitimus tutor*... P. 839-844. За ним следует Ф. Виакер (Römische Rechtsgeschichte... Abschn. 1. S. 509).

³⁹⁷ Watson A. The Law of Persons... P. 126.

Сам Э. Уотсон считает более адекватным другое объяснение рассматриваемой фикции, которое согласуется с его же интерпретацией содержащейся в некоторых дипломах ветеранов оговорки «*proinde liberos tollant, ac si ex duobus civibus Romanis natos*»³⁹⁸. Ученый считает, что обе фикции имели экспликативное значение: они были призваны объяснить непросвещенному обывателю – «*uneducated Roman soldier*» или неримскому населению испанских провинций – суть соответствующих предписаний³⁹⁹. Законодатель хотел, не вдаваясь в технические детали, показать провинциалам с помощью фикции, что назначенный в соответствии с *lex Salpensana* опекун, столь же правомерен, как и призванный к опеке на основании закона ближайший агнат. «Если это объяснение оговорки верно, то очевидно, что она нужнее в таком законе, как *lex Salpensana*, которая относилась к негражданам, чем в *lex Atilia*, имевшей в виду римских граждан. Более того, объяснительная оговорка такого рода едва ли мыслима (*seems scarcely likely*) в таком раннем законе, как *lex Atilia*. Следовательно, нельзя судить о ее наличии в *lex Atilia* по тому, что она содержалась в *lex Salpensana*»⁴⁰⁰.

Надо сказать, что приведенные рассуждения Э. Уотсона наталкиваются на серьезные возражения. Итак, по его мнению, рассматриваемая фикция появилась в законах, призванных урегулировать назначение опекунов в провинциях, и преследовала разъяснительные цели. Если это так, обращает на себя внимание неэффективность выбранного законодателем способа объяснить жителям испанской провинции, каково правовое положение назначенного местным чиновником опекуна: провинциалам не известна не только сугубо

³⁹⁸ См., например, дипломы 76 г. н.э. (*Fontes iuris Romani antiqui...* P. 276), 221 г. н.э. (*Fontes iuris Romani anteiustiniani* / S. Riccobono; G. Baviera; V. Arangio-Ruiz. Vol. I. Florentiae, 1941. P. 233 (n. 29), 233 и 306 г. н.э. (Girard P.F., Senn F. *Les lois des Romains...* P. 256 (n. 5) и 257-258 (n. 6).

³⁹⁹ Watson A. *The Law of Persons...* P. 78-80, 126-127.

⁴⁰⁰ *Ibid.* P. 127.

римская форма родства – *adgnatio*, но и древнейшее правило *ius civile*, делающее опекунами по закону именно ближайших агнатов⁴⁰¹. Показательно, что *lex Salpensana* и *lex Irnitana* содержат фикцию не только агнатического родства между подопечным и опекуном, но и их принадлежности к числу граждан («*tam iustus tutor esto quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romano tutor esset*»): агнатическое родство и связанное с ним призвание к опеке мыслятся как чисто римские институты⁴⁰². Получается, что новый вид опеки объясняется через неизвестный старый. Как видно, объяснительный потенциал рассматриваемой фикции в провинциальных условиях невелик, что делает уязвимой всю дальнейшую аргументацию: если появление этой оговорки в *lex Salpensana* (а может быть, уже и в *lex Ursonensis* или *lex Iulia et Titia*, чего не исключает Э. Уотсон) не продиктовано стремлением объяснить населению неизвестное новое через известное старое, то доводы против ее наличия уже в *lex Atilia* в значительной мере теряют силу.

Экспликативным значением обсуждаемую оговорку наделяет и А. Гомес-Иглесиас Касаль, который, однако, полагает, что она была включена уже в *lex Atilia*, чтобы объяснить гражданам новый институт, вписав его в традиционный нормативный контекст. В более поздних законах фикция обрела другую функцию – теперь она требовалась для того, чтобы уравнивать в правах опекуна, назначенного провинциальным или муниципальным магистратом, с опекуном,

⁴⁰¹ Кстати сказать, незнание традиционных римских правил об опеке демонстрируют даже наместники провинций, в частности, одобряя установление опеки вдовы над ее малолетними детьми: Papinianus D.26.2.26pr.: «*Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*».

⁴⁰² Ср. G.1.55: «*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse*».

чьи полномочия основаны на завещании и законе (и – опосредованно – с опекуном, назначенным претором в Риме)⁴⁰³. Предполагаемая автором перемена функций оговорки возможна, но не менее правдоподобно, что во всех законах, построенных по образцу *lex Atilia*, фикцию сохраняли просто-напросто по традиции – подражание столь древнему закону должно было, помимо прочего, добавить веса новым актам⁴⁰⁴.

Не обсуждая по существу обоснованность экспликативной гипотезы, заметим пока, что если фикция в законах об опеке и имела объяснительное значение, то наиболее вероятно ее появление именно в *lex Atilia*, а не в более поздних законах, адресованных той (новой) части римского общества, которая едва ли была способна воспринять подобные объяснения.

Д. Нерр предложил реконструкцию *lex Atilia*, аналогичную той, которую обосновывал Ф. Шульц: «*Cui tutor hac lege datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne a iusto tutore abeat, tam iustus tutor esto, quam si is agnatus proximus pupillo pupillae mulierive tutor esset*»⁴⁰⁵. Ученый обращает внимание на случаи, когда опекун, назначенный магистратом, и опекун по закону, подчиняются одним и тем же правилам, которые в то же время не действуют в отношении *tutor testamentarius*. Во-первых, согласно UE. 11.26, при множественности опекунов по закону или по назначению магистрата для одобрения сделок подопечного необходима *auctoritas* всех сразу, в то время как от опекунов по завещанию требуется лишь *auctoritas* любого из них. Во-вторых, как известно из *Scholia Sinaitica* 18.48, отказ от опеки (*abdicatio*) доступен лишь опекуну по завещанию, законный опекун и *tutor Atilianus* такого права не имели. Такое уравнивание правового положения опекуна по закону и опекуна, назначенного магистратом,

⁴⁰³ Gómez-Iglesias Casal. Á. Op. cit. P. 265-266.

⁴⁰⁴ Ср. слова Д. Нерра об авторе главы 29 муниципальных законов (*Zur Palingenesie...* S. 18 – 19): «Его задачей было, насколько это возможно, сохранить текст, «освященный» традицией».

⁴⁰⁵ Nörr D. *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze...* S. 52.

основывалось, по всей видимости, на содержавшейся в *lex Atilia* фикции вроде той, которая известна по главе 29 *lex Salp.* и *lex Irnit*.⁴⁰⁶ Существование и содержание фикции в *lex Atilia*, строго говоря, не могут быть доказаны, речь идет лишь о вероятной реконструкции⁴⁰⁷.

Думается, что внимания заслуживает один дополнительный аргумент, который делает отстаиваемую Ф. Шульцем, А. Гомесом-Иглесиасом Касалем и Д. Нерром реконструкцию еще более вероятной. Обычно, обсуждая возраст и значение заключительных слов *lex Salpesana* и *lex Irnitana* – «*tam iustus tutor esto quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romano tutor esset*», – сосредотачиваются на содержательной стороне этого предписания и пытаются ответить на вопросы: зачем законодателю потребовалось такое предписание? в какую эпоху и при каких обстоятельствах оно могло иметь смысл? Эти вопросы совершенно заслужено оказываются в центре внимания – чуть ниже и мы попробуем предложить свои ответы на них. Однако едва ли оправдано почти полное игнорирование той формы, в которую отлилось содержание закона. Отправляясь от экспликативного значения фикции, Э. Уотсон заключает: *lex Atilia* – слишком древний закон, чтобы в нем можно было ожидать подобной объяснительной оговорки, следовательно, рассматриваемая фикция в *lex Atilia*, вероятнее всего, не содержалась⁴⁰⁸. Ученый, очевидно, имеет в виду, что юридическая техника тех времен, когда был принят первый закон об опеке (конец III в. до н.э.), не достигла еще уровня развития, необходимого для таких построений, как «*tam iustus tutor esto quam si ei adgnatus proximus tutor esset*». Верно ли это предположение? Похоже, перед нами один из тех редких случаев, когда может быть дан более или менее обоснованный отрицательный ответ на подобный вопрос. Дело в том, что, как показано выше, использованная в обсуждаемом предписании законов об опеке юридическая техника и языковая

⁴⁰⁶ Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze... S. 48-49.

⁴⁰⁷ Ibid. S. 52.

⁴⁰⁸ Watson A. The Law of Persons... P. 127.

форма, которую оно приняло, совпадают с техникой и языком формулы усыновления. Между тем, древность последней не вызывает сомнений – хотя определить даже приблизительно время ее появления едва ли возможно. Это совпадение оказывается особенно красноречивым, если учесть, что другие фикции с такой структурой и с таким языковым оформлением нам не известны⁴⁰⁹. Сопоставление интересующего нас предписания с формулой усыновления показывает, что утверждение, будто *lex Atilia* не могла содержать подобного оборота, прямо опровергается источниками.

Таким образом, аргументы против предложенной реконструкции *lex Atilia* оказываются не слишком сильными. Во-первых, необоснованным предстает отказ в древнем происхождении заключительному обороту, содержащему фикцию. Во-вторых, неубедительны попытки объяснить появление фикции в более поздних законах об опеке. В то же время приходится признать, что и в пользу наличия фикции уже в *lex Atilia* выдвигаются недостаточно веские доводы. По большому счету, они сводятся к тому, что опекун, назначаемый магистратом, занимал в основном такое же правовое положение, как и законный опекун, и что, следовательно, *lex Atilia* должна была содержать соответствующее предписание. К этому можно добавить аргумент от противного: пока не удастся доказать или хотя бы правдоподобно объяснить появление фикции в более поздних законах, следует исходить из того, что она содержалась уже в *lex Atilia*, которая должна была служить образцом для последующих законопроектов.

⁴⁰⁹ По крайней мере, поиск с условиями «*tam И quam И siet*», «*tam И quam И esto*», «*tam И quam И esset*» в базе «*Bibliotheca Iuris Antiqui*» не дает иных результатов. Очень близкую к рассматриваемым выражениям формулировку (не отвечающую, однако, признакам фикции) использует, Цицерон в речи «О своем доме», обращенной к понтификам (*De Domo*. XVI.43): «*Fueris sane tribunus plebis tam iure legeque, quam fuit hic ipse <P. Ser>vilius...*». Учитывая, что формула *adrogatio*, скорее всего, была разработана именно понтификами, и что их участие в подготовке *lex Atilia* весьма вероятно, получается, что хорошо знакомый с юридическим жаргоном, Цицерон говорит с коллегией жрецов на ее же языке.

Что же касается объяснений включения фикции в *lex Atilia*, то их на сегодняшний день два: одно придает ей экспликативное значение, другое видит в ней способ наделить опекуна, назначаемого магистратом, именно правами законного опекуна, а не опекуна по завещанию, в частности для того, чтобы отказать ему в *ius se abdicandi*. Эти объяснения нельзя признать невероятными, однако и полностью удовлетворительными их не назовешь. Против экспликативной гипотезы можно возразить, что стиль древней юриспруденции ориентирован скорее на цеховую монополию в сфере юридического знания, чем на трансляцию его широкой публике в общедоступной форме⁴¹⁰. Кроме того, чтобы считать это предположение более обоснованным, необходимы другие примеры экспликативных оговорок в древних законах. Со вторым подходом можно согласиться в том, что с помощью фикции опекун, назначаемый магистратом, был наделен правовым положением законного опекуна. Но это пока лишь констатация факта, который нуждается в объяснении. Следующий шаг смещает основной акцент на негативную сторону этого уравнивания: его целью объявляется не столько сообщение новому типу опекунов правового статуса *tutor legitimus*, сколько отказ им в правах *tutor testamentarius*. Как представляется, изложенные взгляды не учитывают того нормативного контекста, в котором принималась *lex Atilia*: главной задачей, которая стояла перед законодателем, было создание нового типа опекунов или, по крайней мере, его легальное оформление. Решение этой задачи требовало изменения порядка, существовавшего испокон веков и признававшего только опекунов по завещанию и по закону. При таких обстоятельствах рассматриваемая фикция должна была в первую очередь преследовать цель наделения опекунов, назначенных магистратом, статусом опекуна вообще. Важно, что правовое положение опекунов по назначению магистрата оформляется по модели одного из существующих видов опеки, и оформление это происходит посредством фикции. Выбор же именно законного опекуна как

⁴¹⁰ Ср.: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 30-34.

нормативного образца для нового типа опеки приобретает при таком взгляде второстепенное значение.

С точки зрения отстаиваемой в настоящей работе концепции, одной из главных причин, вызывающих к жизни юридическую фикцию, является убеждение римлян в объективности нормативной структуры их общества, не поддающейся изменению посредством сознательного нормотворчества, и в неразрывности связей между элементами существующих социальных, в частности, правовых институтов. Исходя из невозможности модификации этой структуры, римляне в случаях необходимости прибегали к фикции, которая позволяла с одной стороны удовлетворить насущные социальные потребности и с другой стороны оставить неизменным нормативное устройство общества. Вместо того, чтобы объявить: «отныне это правило применяется не только к случаю А, но и к случаю Б!», содержащие фикцию законы предписывают: «да будет случай Б рассматриваться так, как если бы он был случаем А!». Эта техника связана с тем, что правовая оценка случая А казалась римлянам неотделимой от самого случая А. Фактическая ситуация сама по себе обладает нормативным значением, которое предстает свойством или природой этой ситуации, а не ее оценкой со стороны законодателя. Поэтому необходимость в наделении аналогичным правовым значением новой ситуации удовлетворяется посредством переноса на нее существующего социального института в целом. На примере усыновления мы видели: чтобы подчинить одно лицо отцовской власти другого, римляне объявляют их сыном и отцом и фиктивно принимают, будто один родился от другого в законном браке.

Интерпретация содержащейся в законах об опеке фикции сквозь призму предложенного подхода способна объяснить ее появление в *lex Atilia*, которая должна была закрепить новый правовой институт, дополнив таким образом исконный порядок назначения опекунов, и в этом смысле носила революционный характер. Кроме того, этот взгляд на использованный в законах об опеке правовой прием согласуется с субсидиарной ролью опеки по

назначению магистрата. Резюмируя сказанное выше и в какой-то мере предвосхищая дальнейшее обсуждение, место *lex Atilia* в истории римского права можно описать следующим образом: она была призвана удовлетворить потребность в опеке в тех случаях, когда существовавшая система способов призвания опекунов давала сбой. Можно сказать, что эта задача предопределила диалектическое напряжение, которое чувствуется в получившемся законе: *lex Atilia* с одной стороны конструирует новый вид опеки, которому суждено заполнить обнаружившийся пробел, с другой стороны обеспечивает сохранение традиционной системы, настойчиво повторяя, что опека по назначению магистрата возможна только в случае, когда отсутствуют опекуны по закону или по завещанию. Для соотношения традиционных видов опеки с опекой по назначению магистрата верно сказанное выше о соотношении естественных оснований возникновения *patria potestas* с усыновлением: опека, урегулированная посредством *lex Atilia*, допускается лишь тогда, когда отказывает естественный нормативный порядок; более того, опекуны нового типа не получают самостоятельного юридического признания, поскольку статус опекуна не может принадлежать лицу, которое не было назначено в завещании и не является агнатом или сородичем подопечного, – чтобы наделить их необходимыми правами их фиктивно принимают за ближайших агнатов.

Один из главных источников информации о содержании *lex Atilia* – сообщение Гая в «Институциях».

G.1.185 – 187: *Si cui nullus* Если у кого-то вообще нет опекуна, то в *omnino tutor sit, ei datur in urbe* городе Рима ему на основании закона *Roma ex lege Atilia a praetore* Атилия городским претором и *urbano et maiore parte* большинством народных трибунов дается *tribunorum plebis, qui Atilianus* [опекун], который называется «Атилиев *tutor vocatur; in provinciis vero* опекун»; в провинциях же в соответствии *a praesidibus provinciarum* <ex> с законом Юлия и Тиция [опекуны

lege Iulia et Titia. Et ideo si cui назначаются] наместниками провинций. И
testamento tutor sub condicione поэтому, если кому-либо в завещании
aut ex die certo datus sit, опекун назначен под условием или после
quamdiu condicio aut dies определенного срока, пока условие не
pendet, tutor dari potest; item si исполнилось или срок не наступил, может
pure datus fuerit, quamdiu nemo быть дан опекун. Также и если просто [без
heres existat, tamdiu ex his срока и условия] будет назначен, до тех
legibus tutor petendus est; qui пор, пока никто не станет наследником,
desinit tutor esse, posteaquam можно требовать опекуна по этим
aliquis ex testamento tutor esse законам, который перестанет быть
coeperit. Ab hostibus quoque опекуном после того, как кто-либо станет
tutore capto ex his legibus tutor опекуном по завещанию. Также и в случае
peti debet; qui desinit tutor esse, захвата опекуна врагами следует
si is, qui captus est, in civitatem требовать опекуна по этим законам,
reversus fuerit: nam reversus который перестанет быть опекуном, если
recipit tutelam iure postliminii. тот, кто захвачен, вернется из плена: ведь
вернувшийся восстанавливается в правах
опекуна по праву постлиминия.

Первый мотив, который звучит в тексте, – опекун может быть назначен магистратом на основании lex Atilia и следующей за ним lex Iulia et Titia только при отсутствии другого опекуна. О том же сообщает и «Эпитама Ульпиана» (UE.11.18: «Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis...»). Видимо, формулировка этого правила, понятного в свете описанного исторического значения lex Atilia, сохранилась в первых словах 29-й главы lex Salpensana и lex Irnitana: «cui (или

quoi) tutor non erit incertusve erit...». В пользу древности этих слов говорит и использованное в *lex Irnitana* «quoi»⁴¹¹.

Дальнейшее обсуждение названных законов Гай полностью посвящает именно субсидиарному значению урегулированного ими вида опеки. Рассматриваемые казусы иллюстрируют решение двух проблем. Во-первых, в каких случаях опекун может быть назначен магистратом. Во-вторых, каковы последствия появления основного опекуна – опекуна по закону или завещанию – после назначения опекуна магистратом. Если первая проблема связана с интерпретацией приведенного выше условия «quoi tutor non erit incertusve erit», то вторая, вероятно, была решена законами с помощью оговорки «quo ne ab iusto tutore abeat», которая по единогласному мнению романистов восходит к *lex Atilia*. В изложении Гая это решение звучит так: в случае появления основного опекуна, опекун, назначенный магистратом, теряет полномочия – «qui desinit tutor esse».

В тексте обсуждаются ситуации, когда женщина или малолетний нуждаются в опеке, хотя потенциально опекун – *tutor legitimus* или *tutor testamentarius* – у них имеется. Гай приводит следующие примеры: назначение опекуна в завещании поставлено под отлагательное условие и срок; опекун назначен в завещании без условий и сроков, однако не приобретает полномочий, пока никто из наследников по завещанию не примет наследство; опекун попал в плен, и не известно, вернется ли он. Во всех описанных ситуациях магистратом может быть назначен опекун, который, однако, лишится этого статуса в случае появления основного опекуна – при реализации условия или наступлении срока, при вступлении в наследство наследника по завещанию⁴¹² или при

⁴¹¹ Эта словоформа известна нам также по *lex Acilia Rep.* 1; 68; 88 (123 – 122 гг. до н.э.); *lex Agraria*, passim (111 г. до н.э.); *fragmentum Tarentinum*, passim (110 г. до н.э.); *tabula Heracleensis*, passim (80 – 43 гг. до н.э.); *lex Rubria*, passim (49 – 42 гг. до н.э.).

⁴¹² Причем достаточно, чтобы наследство принял хотя бы один из наследников по завещанию (Pomponius D.26.2.9: «Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt:

возвращении основного опекуна из плена, влекущем его восстановление в правах по *ius postliminii*. Гай затронул здесь типичные случаи, которые привлекали внимание римских юристов. Так, известен целый ряд текстов Ульпиана, где обсуждаются подобные ситуации⁴¹³. Про опекуна, назначенного под условием, он говорит, что «пока условие не реализуется, опекуна не будет» (D.26.2.8.1: «*Sed si sub condicione fuerit tutor datus, deficiente condicione tutor non erit*»)⁴¹⁴. Чрезвычайно красноречив и другой текст Ульпиана, где рассматривается ситуация, складывающаяся до реализации условия, от которого зависит назначение опекуна по завещанию.

Ulpianus D.26.2.11pr.: Si quis sub Если кто-нибудь назначит опекуна condicione vel ex die tutorem dederit, под условием или с [отлагательным] medio tempore alius tutor dandus est, сроком, пока суд да дело следует quamvis legitimum tutorem pupillus назначить другого опекуна, хотя бы habeat: sciendum est enim, quamdiu малолетний и имел законного testamentaria tutela speratur, legitimam опекуна: ведь необходимо иметь в cessare. виду, что пока можно ожидать опеки

si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant»).

⁴¹³ Ср. также Tryphoninus D.26.2.27pr.: «*Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur falsumve testamentum nomine pupilli dicatur et si patruus exstet legitimus tutor futurus ab intestato, quia tutorem habenti tutor dari non potest. nam commodius ipse, qui scriptura continetur, a praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat*».

⁴¹⁴ Завещательное назначение опекунов под отлагательными или отменительными условиями или сроками часто попадало в поле зрения юристов. См., например: Ulpianus D.26.2.8.2: «*Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet et sub condicione et usque ad condicionem*»; Ulpianus (Iulianus) D.26.2.8.3: *In tutoris dationem utrum levissima condicio an novissima, ut in legato, spectanda est? ut puta 'Titius cum poterit tutor esto': 'Titius si navis ex Asia venerit tutor esto'. Et Iulianus libro vicesimo digestorum recte scripsit novissimam scripturam esse spectandam*». См. также Ulpianus (Proculus, Pomponius) D.26.2.10.3.

по завещанию, законная [опека]
исключена.

Итак, малолетнему в завещании назначен опекун, но это назначение поставлено под условие или отсрочено. Получается, что до реализации условия или до наступления срока малолетний остается без опекуна. Так же, как и Гай, считая возможным в этом случае назначение опекуна магистратом, Ульпиан обращает внимание на еще одну проблему: не следует ли призвать к опеке того, кто стал бы опекуном по закону, если бы не назначение опекуна в завещании? Основания для сомнений очевидны: при отсутствии опекуна, назначенного в завещании, призывается опекун по закону (см., например: G.1.155; Paulus D.26.4.6). Не такова ли рассматриваемая ситуация? Решение Ульпиана, который отказывает в призвании *tutor legitimus* и допускает назначение опекуна магистратом, обосновано тем, что для устранения опекунов по закону достаточно, чтобы получение полномочий опекуном по завещанию оставалось возможным. Видимо, по мнению Ульпиана, опекуны по закону получают полномочия в случае, если условие станет невозможным или назначенный в завещании опекун умрет до его реализации или до наступления срока. Получается, что в данной ситуации опекун по завещанию существует настолько, насколько это требуется для устранения опекунов по закону, но не настолько, чтобы исключить применение *lex Atilia* или *lex Iulia et Titia*.

Этот текст примечателен еще и тем, что демонстрирует приобретение значительной самостоятельности опекой по назначению магистрата, которая преодолевает свою первоначальную зависимость от послужившей ей образцом опеки по закону. Подход Ульпиана, делающий возможной опеку по назначению магистрата в том случае, когда *tutela legitima* недопустима, показывает, что фикция, будто назначенный магистратом опекун является ближайшим агнатом подопечного, сыграла свою историческую роль и утратила практическое значение: для позднего классика опека по назначению магистрата

самостоятельный институт, утративший свою первоначальную связь с законной опекой.

Ульпиан подтверждает позицию Гая и относительно ситуации, когда никто не вступает в наследство по завещанию, в котором содержится назначение опекуна (Ulpianus D.26.2.10pr.: «Si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est alium tutorem posse dari, quasi nondum sit, nec speretur»). Пленение опекуна, разумеется, прекращает опеку⁴¹⁵, но и в тех случаях, когда опекун, находится среди врагов, не будучи плененным, и, стало быть, остается опекуном, наместники провинции могут назначить опекуна [в соответствии с lex Iulia et Titia] (D.26.1.15: «Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit, quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim a praesidibus alius tutor dabitur»).

Судя по всему, именно к подобным ситуациям, когда не известно, появится ли у женщины или малолетнего опекун по завещанию, или существует ли опекун по закону, относились слова законов об опеке «incertusve erit». Случаи же, когда в завещании назначен «неопределенный опекун» (видимо, примерно так: «да будет кто-то опекуном моему сыну!») охватываются первой частью гипотезы – «tutor non erit» (Paulus D.26.2.20pr.: «Tutor incertus dari non potest», «Неопределенного опекуна назначить нельзя»)⁴¹⁶.

Устойчивая традиция обсуждения в связи с опекой по назначению магистрата двух обозначенных выше проблем – когда можно сказать, что «опекуна нет, или не известно, появится ли он», и каковы последствия появления опекуна по закону или завещанию после того, как новый опекун назначен магистратом – лишний раз подтверждает содержательную

⁴¹⁵ Ulpianus D.26.1.14.2: Aliis quoque modis desinunt esse tutores, si forte quis ab hostibus fuerit captus vel pupillus vel tutor.

⁴¹⁶ Ср. также Paulus D.26.2.30: Duo sunt Titii, pater et filius: datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator: quaero, quid sit iuris. respondit: is datus est, quem dare se testator sensit: si id non apparet, non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor.

достоверность реконструкции *lex Atilia*. Скорее всего, эта традиция восходит к тексту самого закона, который, как видно, двумя способами закреплял субсидиарность опеки по назначению магистрата: во-первых, назначение опекуна магистратом возможно только при отсутствии другого опекуна, во-вторых, даже если основной опекун объявится после такого назначения, оно теряет силу. Дополнительное значение нового вида опеки напоминает аналогичную роль усыновления, которая как мы видели, пользовалась общим признанием: подобно усыновлению, опека по назначению магистрата возможна только тогда, когда нормальный, традиционный порядок не дает искомого результата. Это соотношение нормативного образца, освященного традицией и неприкосновенного, – опеки ближайших агнатов – и производного, вторичного института, призванного восполнить пробелы, оставляемые существующим порядком, – опеки по назначению магистрата – полностью согласуется с предлагаемой нами интерпретацией юридической фикции. Легальное оформление нового типа опеки достигается не распространением правового положения опекуна на новые категории лиц, а фиктивным наделением этих лиц ролью ближайших агнатов подопечного.

Исконный порядок, при котором опекуном становится либо ближайший агнат (или сородич), либо тот, кого выбрал отец семейства в своем завещании, воспринимается как незыблемый. Возникающая в некоторых случаях потребность в назначении опекунами лиц, не отвечающих этим требованиям, удовлетворяется без изменения существующего порядка. На опекунов нового типа переносится – опять же целиком, во всей своей полноте – институт опеки по закону: их не просто наделяют тем же правовым положением, какое занимают законные опекуны («правовые последствия»), но сообщают им роль ближайших агнатов и, следовательно, опекунов. Связь между позициями «опекун» и «ближайший агнат» кажется неразрывной, и назначение опекуна требует переноса на него всех элементов этого органического правового института.

ГЛАВА 3. ФИКТИВНОЕ УСТРАНЕНИЕ ИЛИ ИЗМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКТА КАК СПОСОБ ЛИКВИДАЦИИ ИЛИ МОДИФИКАЦИИ ЕГО ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ

§ 1. Соотношение несуществования, ничтожности и недействительности сделок как проблема науки римского права

Появление фикции в римском праве связано, с точки зрения предлагаемой в настоящей работе интерпретации, с особенностями представлений античного общества о своей нормативной структуре, которые заключались в том, что отдельные типы юридически значимых социальных фактов признавались объективно существующими и обладающими правовым значением независимо от того, сообщены ли им правовые последствия тем или иным законом, пользуются ли они правовой защитой. Этому взгляду, как было показано выше, противостоит воззрение, будто конкретные ситуации социального взаимодействия, конкретные факты общественной жизни образуют типы и приобретают правовое значение только в случае признания их законодателем. Второй подход отказывает типам социального взаимодействия в самостоятельном существовании, объявляя их рефлексом правовой нормы, ее гипостазированной гипотезой.

Сегодня противостояние описанных концепций достигает своей кульминации и получает наиболее отчетливое звучание при обсуждении фундаментальных вопросов общей теории сделки как самого важного вида юридических фактов частного права. Здесь это противостояние проявляет себя при ответе на вопрос, существуют ли сделки, которым закон отказывает в правовых последствиях. Очевидно, что первый подход допускает положительный ответ на подобные вопросы и принимает концептуальное различие несуществующих сделок и сделок, хотя и существующих, но лишенных правовых последствий, тогда как второй отвечает отрицательно, объявляя сделками лишь те случаи, с которыми закон связывает определенные

правовые последствия. В настоящей главе обосновывается, что римляне при обсуждении социальных фактов, которые мы сегодня называем сделками, нередко руководствовались именно первым подходом, и что именно такие методологические установки объясняют частое использование фикции для описания недействительности сделки, ее отдельных условий или ее части, а также при толковании волевых актов. В связи с этим необходимо, прежде всего, определить, насколько предложенная постановка вопроса адекватна античному материалу. Остановимся поэтому кратко на отличиях римского юридического метода от современного в плане построения таких понятий, как сделка и недействительность сделки.

Правовая организация общества основывается на приложении единого масштаба к всегда уникальным и неповторимым жизненным ситуациям. Признание индивидуальных черт тех или иных ситуаций безразличными для права позволяет объединять их в типы и не просто давать правовую оценку конкретному случаю социального взаимодействия как таковому, но усматривать в нем типичное. Такая типизация может принести специфику конкретного случая в жертву системной согласованности правовых оценок разных ситуаций: квалификация рассматриваемого казуса как подпадающего под признаки того или иного типа (субсумция) гарантирует, что его решение будет таким же, как и решение других подобных случаев, затрудняя, однако, учет его индивидуальных особенностей, которые, возможно, требуют для него иного решения⁴¹⁷. Поэтому описанный процесс установления отношений подобия сопровождается постоянным поиском различий, ориентированным на выявление таких специфических черт новой ситуации, которые исключали бы

⁴¹⁷ Всякая систематизация и категоризация права сталкивается с необходимостью достижения компромисса между справедливостью для отдельного случая («Einzelfallgerechtigkeit») и требованием «равным за равное», см.: Michaels R. Vor § 241. Systemfragen des Schuldrechts // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241 – 432. Tübingen, 2007. S. 3-4.

ее отнесение к известному типу. Вместе с тем, абстрагирование от тех или иных особенностей конкретного случая, обеспечивающее типизацию общественной жизни, предстает неизбежным элементом юридического метода, без которого не обходится ни один правопорядок⁴¹⁸ – ни античный, ни современный⁴¹⁹. Однако современная догматика стран континентальной Европы, сформировавшаяся на базе учений Средних веков и Нового времени, принципиально отличается от методологии римской юриспруденции уровнем абстракции, на котором обсуждаются типы ситуаций социального взаимодействия. Римляне относились к общим определениям настороженно и старались избегать слишком высоких абстракций (достаточно вспомнить ставшие крылатыми слова Яволена (D.50.17.202): «*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*»), что, впрочем, не означает, будто они обходились совсем без абстрактных понятий или без абстрагирования как такового⁴²⁰.

⁴¹⁸ Ср.: Koschaker P. *Europa und das römische Recht*. München; Berlin, 1947. S. 166: «Jedes Recht, selbst das primitivste, hat Begriffe», «каждое право, даже самое примитивное, пользуется понятиями».

⁴¹⁹ О построении абстрактных понятий в юриспруденции см., например: Larenz K. *Op. cit.* S. 322-333. «Задача закона – охватить обозримым образом колоссальное множество сильно различающихся, в высшей степени сложных жизненных процессов, описать их и упорядочить так, чтобы фактические составы, которые могут рассматриваться как «одинаковые» («gleich»), вызвали одинаковые правовые последствия. Чтобы в какой-то мере справиться с решением этой задачи, по большому счету, нет другого пути, кроме выделения из множества повторяющихся отдельных черт и закрепления в абстрактных понятиях тех из них, которые оказываются значимыми для правовой оценки» (*ibid.* S. 326).

⁴²⁰ Об абстрагировании и типизации в методологии римских юристов см.: Schulz F. *Prinzipien des römischen Rechts...* S. 27-44; Id. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft...* S. 38; Kaser M. *Zur Methode der römischen Rechtsfindung...* S. 60-62; Vacca L. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. Torino, 1989. P. 126-130; Brutti M. *Il diritto privato nell'antica Roma*. Torino, 2009. P. 41-44.

К числу системообразующих понятий сегодняшней частноправовой догматики континентальной Европы (точнее – так называемых стран *civil law*, «гражданского права») относятся в высшей степени абстрактные понятия юридического факта, сделки, волеизъявления и т.п.⁴²¹ Выработанные представителями рационалистического юснатурализма и получившие дальнейшее развитие в трудах пандектистов, они легли в основу современной организации юридического знания и нормативного материала⁴²². Именно они

⁴²¹ В некоторых правопорядках большее значение имеет понятие договора, находящееся на более низком уровне абстракции (см., например: Zweigert K., Kötz H. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen, 1996. S. 314-315 (русский перевод см.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. М., 2000. С. 6). Например, Гражданскому кодексу французов (*Code civil*), следующему в этом смысле традициям средневекового *ius commune*, не известны более абстрактные понятия, чем договор (см., например: Ferid M. *Das französische Zivilrecht*. Bd. I Frankfurt am Main, 1971. S. 240 ss. – цит. по: Coing H. *Op. cit.* S. 183). Ср.: Шапп Я. Система германского гражданского права. М., 2006. С. 201-202, 204: «Высокая степень абстракции понятия «правовая сделка», как она сформулирована в Третьем разделе Общей части ГГУ, находится в полном соответствии с основополагающей философской традицией, восходящей к немецкому философскому идеализму». «Современное учение о сделках ясно определило, что термин «правовая сделка», как его понимали в XIX веке и взяли за основу в ГГУ, представляет собой высокую абстракцию, или обобщение самых разнообразных и признанных правопорядком типов сделок». В том же ключе: Torrente A., Schlesinger P. *Manuale di diritto privato*. Milano, 2004. P. 156.

⁴²² Wieacker F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, 1967. S. 374-375; Coing H. *Op. cit.* S. 181-183; Schermaier M.J. Vor § 104. *Das Rechtsgeschäft // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Band I. Allgemeiner Teil. §§ 1 – 240. Tübingen, 2003. S. 354-358; Manigk A. *Willenserklärung und Willensgeschäft*. Berlin, 1907. S. 27-33 (русский перевод см.: Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права. 2008. N 4. С. 192-197). См. также: Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. СПб., 1900. Из классических работ пандектистов см., прежде всего: Savigny F.C. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. III-IV. Berlin, 1840-1841;

заняли место *actiones* в систематике, восходящей к Институциям Юстиниана, которые, в свою очередь, воспроизвели систему Институций Гая: «лица» – «вещи» – «иски», «*personae*» – «*res*» – «*actiones*» (G.1.8: «*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*» = I.1.2.12). Эта систематика, представленная в самом общем виде как «субъект права» – «объект права» – «юридический факт», лежит в основе как институциональной, так и пандектной систем⁴²³. На первый план в приведенном выше ряду понятий часто выступает юридическая сделка как проявление автономии воли, имеющей, по господствующему мнению, фундаментальное значение для частного права⁴²⁴.

Римлянам не были известны не только технические термины, которые обозначали бы юридическую сделку, волеизъявление или договор, но и соответствующие концептуальные обобщения⁴²⁵. В то же время за обсуждениями отдельных казусов или отдельных типов частноправовых актов можно увидеть более или менее стройную систему общих правил, которая – не

Windscheid B. *Op. cit.* S. 176-388; Karlowa O. *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. Berlin, 1877; Zitelmann E. *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig, 1879. Понятия юридического факта и сделки как абстрактные системообразующие понятия восприняты и отечественной традицией (см., например: Красавчиков О.А. *Юридические факты в советском гражданском праве*. М., 1958; Исаков В.Б. *Юридические факты в советском праве*. М., 1984; см. также: Он же. *Фактический состав...; о восприятии понятия сделки российской наукой и его судьбах в отечественной литературе* см. подробный обзор В.А. Белова: Белов В.А. *Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор)* // *Сделки: проблемы теории и практики*: Сб. статей. М., 2008. С. 5-118).

⁴²³ Wieacker F. *Privatrechtsgeschichte...* S. 487-488.

⁴²⁴ Larenz K., Wolf M. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. München, 2004. S. 393-394; Шапп Я. Указ. соч. С. 201-202. Coing H. *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* // *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1957-58. Bd. 8. S. 266-267, 269.

⁴²⁵ Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 227-229; Kaser M., Knütel R. *Op. cit.* S. 41-42; Honsell H. *Römisches Recht*. Berlin; Heidelberg, 2010. S. 25-26.

будучи сформулирована самими римлянами – составила основу позднейших учений. Утверждают даже, что только сквозь призму этой системы и может быть адекватно описан античный материал⁴²⁶. Впрочем, известен и другой взгляд, с радостью встречающий освобождение романистики от инородного понятийного аппарата и рассматривающий отказ от понятия юридической сделки как значительный шаг вперед, отчасти уже совершенный⁴²⁷.

Учебная литература по римскому праву ограничивается иногда «общим учением о договоре», не поднимаясь на следующий уровень абстракции – до сделки или юридического факта⁴²⁸. Даже скептик, критически настроенный по отношению к «общей теории договоров» («*théorie générale des contrats*»), чуждой античным воззрениям, следует ориентированной на нее схеме изложения⁴²⁹. Некоторые авторитетные курсы римского права оставляют впечатление, что не столько современные абстракции используются для организации обсуждения античного материала, сколько этот последний служит поводом для введения таких понятий теории гражданского права, как юридический факт и сделка, и изложения соответствующих общих учений⁴³⁰.

⁴²⁶ Kaser M. *Das römische Privatrecht*... Bd. I. S. 227-228. Ф. Шульц пишет, что, хотя обсуждаемая техническая терминология и отсутствует в источниках, сами понятия – будь то осознанно или бессознательно – лежат в основе рассуждений римлян (Schulz F. *Prinzipien*... S. 30). Дискуссия о допустимости и продуктивности использования современной догматики для описания правовых систем прошлого вообще и римского правопорядка в частности ведется в романистике уже много десятилетий (см. об этом: Gallo F. *Op. cit.* P. 28-30).

⁴²⁷ См., например: Quadrato R. *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*. Napoli, 1983. P. 1-2. См. также указанную там литературу.

⁴²⁸ Римское частное право / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского... С. 314-334 (автор раздела – И.С. Розенталь).

⁴²⁹ Gaudemet J. *Op. cit.* P. 262-264.

⁴³⁰ См., например: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 137-147; Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 65-66, 68-69; Франчози Дж. Указ. соч. С. 55-59. Показательно, что последние два учебника следуют осовремененной институциональной системе: «субъект права» – «объект права» – «юридический факт».

Встречается и гораздо более осторожный подход, отказывающийся от систематизации античного материала на базе современных понятий юридического факта, сделки или договора⁴³¹. При этом, например, М. Брутти вводит понятия фактического состава (*fattispecie*) и юридического акта при обсуждении методологии римской юриспруденции с оговоркой, что они, хотя и принадлежат современному языку, более или менее адекватно описывают элементы античного юридического метода⁴³².

Пожалуй, ключевым разделом (современного) общего учения о юридической сделке, в значительной мере определяющим его *raison d'être*, является теория недействительности сделок. Проблемное поле этой теории задается отношениями между целой группой понятий, сформулированных, главным образом, немецкой пандектистикой XIX в.⁴³³ Речь идет о понятиях ничтожности (*Nichtigkeit*), оспоримости (*Anfechtbarkeit*), недействительности-порочности (*Ungültigkeit*)⁴³⁴ и неэффективности⁴³⁵ (*Unwirksamkeit*), а также

⁴³¹ Brutti M. *Il diritto privato nell'antica Roma...*; Hausmanninger H., Selb W. *Römisches Privatrecht*. Wien, 2001.

⁴³² Brutti M. *Il diritto privato nell'antica Roma...* P. 42-43.

⁴³³ См. об этом, прежде всего: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. С. 140-147, 179-198; Brutti M. *Invalidità (storia)* // *Enciclopedia del Diritto* XXII. [Milano], 1972. P. 560-565. См. также: Zimmermann R. *Op. cit.* P. 681-682. О предшествующих не слишком удачных попытках юристов *usus modernus* организовать материал античных источников в стройное общее учение о недействительности см.: Coing H. *Europäisches Privatrecht...* Bd. I. S. 413-422.

⁴³⁴ Мы предпочитаем такой составной термин предложенной Д.О. Тузовым «порочности», поскольку «*Ungültigkeit*» означает не только наличие в сделке внутренних пороков, но и результирующую недействительность.

⁴³⁵ Конвенциональный термин в русском языке отсутствует. Более точный перевод немецкой «*Unwirksamkeit*» – «недействительность», однако этот термин закрепился в русском языке за более узким понятием – о недействительности говорят, когда сделка не производит эффекта ввиду внутренних пороков или законодательного запрета (ср. пункт 1 статьи 166 ГК РФ; ср., однако, пункт 2 статьи 827 ГК РФ), другие причины отсутствия правовых последствий,

несуществования (Nichtexistenz). Господствующее мнение закрепляет за этими понятиями следующие содержания: о несуществовании сделки говорят, чтобы описать отсутствие факта, отвечающего признакам сделки; ничтожная сделка обладает такими недостатками (пороками), которые препятствуют наступлению правовых последствий или даже – по распространенному воззрению – формированию самого состава сделки (при таком взгляде разница между несуществованием и ничтожностью отсутствует); если же пороки сделки не исключают возникновения правовых последствий, но делают возможным их устранение в том или ином порядке, говорят об оспоримости; понятие недействительности-порочности описывает отсутствие у сделки правовых последствий, вызванное ее пороками; в то время как неэффективность указывает на отсутствие последствий по любой причине, в том числе и не связанной с пороками сделки⁴³⁶. Отладка очерченного понятийного аппарата

например, ненаступление отлагательного условия, русским термином «недействительность» не охватываются, в то время как подпадают под «Unwirksamkeit». Кстати сказать, подобным образом объясняет необходимость различать «Ungültigkeit» и «Unwirksamkeit» Б. Виндшейд, который отмечает, что принятое словоупотребление характеризует как «ungültig» лишь сделку, «не получившую признания, несмотря на то, что она хотела быть признанной» (что, очевидно, неверно для сделки под условием) (Windscheid B. Op. cit. S. 246).

⁴³⁶ Представленная здесь система понятий и терминов следует в основных чертах – за исключением гораздо более редкого термина «Nichtexistenz» – «Пандектам» Б. Виндшейда (Windscheid B. Op. cit. S. 245-254). В то же время, если абстрагироваться от некоторых, главным образом, стилистических, особенностей, схваченные в ней различия можно считать общепринятыми. Так, хотя Ф.К. Савиньи и употребляет термины «Ungültigkeit» и «Unwirksamkeit» как равнозначные, противопоставление сделок, не производящих эффекта из-за внутренних пороков, из-за несоответствия совершенного акта абстрактным реквизитам сделки (в предложенной системе понятий такие сделки называются «ungültig»), сделкам, которые, безупречные по своей структуре, лишаются силы из-за наличия внешних препятствий, например, законодательного запрета (Savigny F.C. System... Bd. IV. S. 549); известно Ф.К. Савиньи и понятие «mangelhaftes Rechtsgeschäft», «порочная сделка», которым он характеризует неоспоренную оспоримую сделку (ibid. S. 559). Подробное обсуждение

остается, однако, сугубо схоластическим занятием, пока дело не доходит до его приложения к материалу, который должен быть описан с его помощью. Именно в этот момент дискуссия о недействительности достигает максимального напряжения. Самым острым оказывается, естественно, вопрос, не заключает ли в себе предложенная категориальная сетка недопустимого умножения сущностей. Оправдано ли различие несуществующих сделок и сделок, не производящих правового эффекта? Или, иными словами, существуют ли недействительные сделки? Описывают ли ничтожность и недействительность разные явления (и вообще описывают ли они явления), или же речь идет скорее о разных аспектах одного и того же объекта описания? Не скрывается ли за всем этим понятийным богатством одно простое утверждение: в рассматриваемом случае обстоятельства, с которыми правопорядок связывает наступление искомых последствий, не имели места? И т.д. и т.п.

Одним из главных камней преткновения оказывается, таким образом, вопрос о существовании сделок, не имеющих правовых последствий. Нетрудно заметить, что ответ на этот вопрос зависит, в конечном счете, все от тех же воззрений на нормативную структуру общества⁴³⁷, с которыми – как доказывалось в настоящей работе – связаны использование фикции римскими юристами и ее критика некоторыми современными авторами.

проблем современной теории недействительности сделки, вкратце излагаемых далее, см.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 57-138 (о различии недействительности, ничтожности и несуществования); 140-332 (о ничтожности и оспоримости); Brutti M. Invalidità... P. 560-565.

⁴³⁷ Ср. у Д.О. Тузова: «...вопрос [о правомерности различения ничтожных и несуществующих сделок] не является простым и уходит своими корнями глубоко в недра проблематики общей теории права и психологии научного познания» (Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 65).

Признание за ничтожной сделкой самостоятельного существования исходит из наличия в социальной реальности такого типа фактов как сделка⁴³⁸, которому нормотворческая инстанция может сообщить определенные правовые последствия или отказать в них. От законодателя зависит, при таком взгляде, не существование сделки, которая как тип социальных фактов предпослана его деятельности, а лишь ее действительность. Эти установки делают оправданным различение ничтожных и несуществующих сделок: ничтожная сделка существует (в социальной реальности), но не обладает признаками, необходимыми, по предписанию закона, для наступления правовых последствий. Несуществование же сделки – это отсутствие сделки как социального факта⁴³⁹.

Если же считать, что слово «сделка» – лишь краткое наименование совокупности случаев (отвечающих определенным признакам), с которыми закон связывает правовые последствия, или, иначе говоря, что сделка – гипостазированная гипотеза группы правовых норм, то, очевидно, так называемая ничтожная сделка теряет право на существование, поскольку не предусмотрена законом как основание возникновения правовых последствий. То же верно и для сделок недействительных. При таком взгляде объем понятий «несуществующая сделка», «ничтожная сделка» и «недействительная сделка» совпадает: они (негативно) описывают обстоятельства, с которыми закон не связывает последствий, предусмотренных для сделок. Если и существует такой

⁴³⁸ Д.О. Тузов, скептически настроенный по отношению к подобным взглядам, говорит о «смещении критерия юридического существования на уровень социальной реальности» (Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 76).

⁴³⁹ Ср., например, концепции Р. Сконьямильо и Т. Аскарелли (см.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 73-75, 76-78. Далее (с. 78-81) см. критику Д.О. Тузова, которая, впрочем, не убедительна).

тип социальных фактов, как сделка, то юридического значения сам по себе он не имеет⁴⁴⁰.

Современная дискуссия, не представляющая самостоятельного интереса в рамках настоящей работы, имеет несколько точек соприкосновения с материалом римского права. Во-первых, изложенный понятийный аппарат формировался пандектистами на основе интерпретации римских источников, что уже само по себе делает привлекательными не раз предпринимавшиеся романистами проверки соответствия предложенной системы понятий античным источникам. Во-вторых, попытки описать правовую составляющую жизни римского общества в современных терминах с необходимостью наталкиваются на вопрос, насколько принятые сегодня понятия адекватны объекту описания или, возможно, какие из сегодняшних понятий лучше подходят для выполнения этой задачи⁴⁴¹. Таким образом, памятуя об условности современной системы понятий, о том, что она не была известна римлянам, мы все же адресуем источникам вопрос, существует ли недействительная сделка, или, если перевести его на более универсальный язык, могут ли одновременно быть

⁴⁴⁰ Ср.: «Конечно, полезность изучения сделки в социальной плоскости неоспорима, такая методология не может не обогатить теорию права, но это не означает, что понятие самой сделки должно выводиться за пределами закона. На это обращают особое внимание те авторы, которые связывают существование сделки с выполнением конкретной легальной схемы (гипотезы)... Понятие юридическое... вытекает из этого регулирования, и... «социальная типология» не интересна праву до тех пор, пока социальный тип не воспринят правовой нормой, гипотезу которой он составляет, т.е. до тех пор, пока «социальная типология» не становится «типологией юридической» (со ссылкой на итальянских ученых – Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 76).

⁴⁴¹ Показательно, что М. Казер в своем фундаментальном курсе отказался от выбора между понятиями «Unwirksamkeit, Ungültigkeit, Nichtigkeit» и предпочел при изложении решений римского права «независимо от современной догматики» использовать их как равнозначные для обозначения того обстоятельства, что в том или ином конкретном случае сделке отказано в свойственных ей правовых последствиях (Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 246).

верны два утверждения: «сделка совершена», и «сделка не произвела обычного эффекта».

Прежде чем перейти к обсуждению несуществования, ничтожности и недействительности на материале античных источников, заметим, что господствующее мнение относит эти категории к учению о юридической сделке. Известна, однако, и другая систематика. Так, автор термина «юридический факт» («juristische Tatsache»⁴⁴²) и, безусловно, один из самых влиятельных теоретиков в этой области правовой науки Ф.К. Савиньи говорил о недействительности применительно к юридическим фактам вообще: «...обстоятельства, которые препятствуют действительности (Wirksamkeit) юридических фактов... или разные виды и основания их недействительности (Ungültigkeit)»⁴⁴³. Специальные параграфы его «Системы» (§§ 202 и 203) посвящены недействительности именно юридических фактов (хотя, главным образом, речь в них идет о недействительности сделок)⁴⁴⁴. Как показывает анализ источников, римским воззрениям в гораздо большей степени отвечает такой подход, не ограничивающий сферу использования соответствующих предикатов каким-то определенным видом юридических фактов⁴⁴⁵. Поэтому

⁴⁴² «Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, juristische Thatsachen» (Savigny F.C. System... Bd. III. S. 3).

⁴⁴³ Ibid. S. 8.

⁴⁴⁴ Savigny F.C. System... Bd. IV. S. 536-560.

⁴⁴⁵ Программным стало исследование Ф. Гелльманна, который на богатейшем материале источников продемонстрировал необоснованность некогда общепринятого ограничения понятий действительности и недействительности только сферой сделок и вернул их в более корректный с исторической точки зрения контекст – в сферу юридических фактов вообще (Hellmann F. Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1902. Bd. 23. S. 380-428; 1903. Bd. 24. S. 50-121; Id. Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht. München, 1914). См. также: Brutti M. Invalidità... P. 562. Отчасти оправданны сомнения С. Ди Паолы, который пишет, что понятие

речь в этой главе будет идти именно о несуществовании, ничтожности и недействительности юридических фактов, а не сделок. Такой подход не сводится к чисто количественному расширению сферы применения этих категорий: если современная догматика с их помощью обсуждает, главным образом, условия и пределы правопроизводящего действия воли, то для античного права вопрос о недействительности юридических фактов предстает вопросом о соотношении факта и его правового значения.

Сложность осмысления реалий античного римского права в изложенной системе категорий⁴⁴⁶ состоит с одной стороны в том, что понятие недействительности самими римлянами отрефлексировано не было, с другой стороны – в том, что, если и можно констатировать наличие технической терминологии, которая относилась к недействительным юридическим

юридического факта столь же чуждо римской юриспруденции, сколь и понятие юридической сделки (Di Paola S. *Contributi ad una teoria della invalidita e della inefficaccia in diritto romano*. Milano, 1966. P. 2-3). Это, безусловно, верное замечание не лишает, однако, силы вывод Ф. Гелльманна, что казуистический материал, позволяющий констатировать обращение римлян к категориям ничтожности, недействительности и т.д., не укладывается в рамки современного понятия сделки, охватывая и целый ряд других юридических фактов, и что поэтому самостоятельное исследование недействительности сделки (которое и предпринимает С. Ди Паола) страдает произвольностью в конструировании предмета.

⁴⁴⁶ О недействительности в римском праве см., прежде всего: Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 8-69; Di Paola S. *Contributi...*; Kaser M. *Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige geschäfte im römischen Recht*. Wien, 1977; Quadrato R. *Op. cit.*; Brutti M. *Invalidità...*; Masi A. *Nullità. Nullità in generale (storia)* // *Enciclopedia del Diritto*. XXII. [Milano], 1978. См. также: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 160-179; Zimmermann R. *Op. cit.* P. 678-686; Robleda O. *La nulidad del acto Jurídico*. Roma, 1964. P. 293-336; Jörs P., Kunkel W. [et al.] *Op. cit.* S. 114-130; Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 246-252; Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. II. S. 92-95. Сохраняет актуальность и классическая работа О. Граденвитца: Gradenwitz O. *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*. Berlin, 1887.

фактам⁴⁴⁷, то, в любом случае, ее богатство граничит с необозримостью. Чтобы указать на недействительность, использовали, в частности, следующие слова и выражения: *nihil agere*; *non consistere* (*subsistere, stare*); *nullum effectum, nullas vires habere*; *non esse, locum non habere*; *corrumpere, infirmari, vitiari*; *non recte, non iure fieri*; *non videri factum*; *ratum non esse, non haberi, irritum esse*; *nullius momenti esse*; *non valere*; *nullum esse*; *pro nihilo esse (haberi)*; *inane esse (facere)*; *frustra facere (fieri)*; *inutile esse*; *infectum (imperfectum) esse*; *inefficax esse*; *pro eo haberi ac si factum non esse*⁴⁴⁸. Даже этот неполный список способен направить систематически ориентированного наблюдателя (а таковы многие поколения юристов, транслировавших римскую традицию, – от средневековых глоссаторов до пандектистов XIX в.) по ложному следу. Сегодня принято считать, что за всем этим лексическим многообразием стоит более или менее единая – хотя и не вполне определенная – система представлений о недействительности. Воссозданию этой системы и посвящены исследования современных романистов.

В романистике утвердилось мнение, согласно которому римляне не различали ничтожности и несуществования юридических фактов⁴⁴⁹: если рассматриваемая конкретная ситуация не отвечала признакам абстрактной модели фактического состава, говорили, что соответствующий факт не имел места. Выражения вроде «*stipulatio nulla*» или «*testamentum nullum*» описывают ситуации, которые не отвечают необходимым признакам стипуляции или завещания. Предикат «*nullus*» передает идею несуществования, поэтому приведенные слова должны переводиться примерно так: «стипуляции или

⁴⁴⁷ Как это делает, например, Hellmann F. Zur Terminologie... 1903. S. 50-52.

⁴⁴⁸ См.: Brutti M. Invalidità... P. 565; Hellmann F. Zur Terminologie... 1903. S. 50; см. также: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 161; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 246-247; Zimmermann R. Op. cit. P. 679.

⁴⁴⁹ С противоположной гипотезой выступил в свое время Л. Миттайс, посчитавший оправданным перенос на почву римского права оппозиции «*existierende*» – «*nicht existierende Geschäfte*»: Mitteis L. Op. cit. S. 249-250.

завещания нет». Ничтожность, отличная от несуществования, римскому праву неизвестна⁴⁵⁰. Так, в пример приводят знаменитый текст Ульпиана с цитатой Марцелла, – один из главных источников, информирующих о римских воззрениях на ошибку при совершении сделки⁴⁵¹, – *Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum D.18.1.9pr. – 2*⁴⁵². В этом пространном рассуждении Ульпиан неоднократно говорит о купле-продаже, что она «nulla»: «emptio nulla est», «нет купли» (pr.)⁴⁵³; «apparet nullam esse emptionem», «ясно, что нет купли» (pr.); «in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur», «в остальных же [случаях], я думаю, не будет купли-продажи, поскольку имело место заблуждение относительно материала» (2).

В двух случаях употребления предиката «nullus» в *principium* идея несуществования выводится, судя по всему⁴⁵⁴, из содержания текста: Ульпиан рассуждает о ситуациях, когда отсутствует соглашение о товаре (*in corpore dissentire*), когда продается один участок или раб, а покупается другой, и заключает, что при таких обстоятельствах купля-продажа «nulla». Если же учесть, что (уже по римским представлениям?) отсутствие соглашения о

⁴⁵⁰ См.: Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность...; Brutti M. Invalidità... P. 565-568; Masi A. Nullità... P. 859-865. См. также: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок... С. 65-66, 163-164; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 247; Jörs P., Kunkel W. [et al.] Op. cit. S. 115. Обоснование старого взгляда, видящего в характеристике «nullum esse» в разных контекстах утверждение то о несуществовании, то о ничтожности см., например: Hellmann F. Zur Terminologie... 1903. S. 52-71.

⁴⁵¹ Подробное обсуждение текста с этой точки зрения см.: Schermaier M.J. *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*. Wien; Köln; Weimar, 1992. S. 109-162 (в частности, см. обстоятельную защиту текста от многочисленных подозрений в интерполяциях: S. 112-115).

⁴⁵² Di Paola S. *Contributi...* P. 78-80; Masi A. Op. cit. P. 859.

⁴⁵³ Здесь и далее дается перевод, учитывающий господствующие воззрения на предикат «nullus».

⁴⁵⁴ С. Ди Паола, не вдаваясь в подробности, говорит, что это «очевидно», «ясно» (Di Paola S. *Contributi...* P. 79).

предмете договора не дает ему состояться, обрести бытие, то очевидно, что в обсуждаемом месте предикат «nullus» использован для передачи идеи несуществования.

Что же касается «nullam esse venditionem» второго фрагмента⁴⁵⁵, то здесь в пользу господствующей интерпретации – гораздо убедительнее – говорит логика диалога между Марцеллом и Ульпианом. Ульпиан подводит к цитате Марцелла словами «an emptio et venditio sit», «будет ли [в описанных случаях] купля-продажа», предвосхищая, тем самым, марцелловское «emptionem esse et venditionem», «налицо купля-продажа». Изложив мнение Марцелла, Ульпиан пишет, что может согласиться с ним лишь отчасти – существуют ситуации, когда следует заключить: «nullam esse venditionem». Схематично структуру диалога можно представить так: «есть ли купля продажа в случаях А, В, С?» – «купля-продажа есть» – «на самом деле, это верно лишь для А. В остальных случаях купли-продажи нет». Предикат «nullus», таким образом, выражает здесь идею несуществования.

Другое яркое свидетельство того, что «nullus» указывает на несуществование, видят в тексте Гая D.46.1.70.4⁴⁵⁶, посвященном

⁴⁵⁵ D.18.1.9.2: «Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an **emptio et venditio sit**. Marcellus scripsit libro sexto digestorum **emptionem esse et venditionem**, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ούσίᾱ...а est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem **nullam esse venditionem** puto, quotiens in materia erratur».

⁴⁵⁶ Gaius libro primo de verborum obligatonibus: «Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia **non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur**. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor». Cp. также G. 3.106: «Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat».

стипуляционному обещанию умалишенного⁴⁵⁷. Гай говорит, что невозможно дать поручительство за исполнение обязательства, принятого на себя умалишенным посредством стипуляции, поскольку – да будет нам позволен несколько вольный перевод – «не только самой стипуляции не было, но следует считать, что не совершено вообще никакого юридически значимого действия».

Текст Гая G.3.176, где проводится различие между «*stipulatio inutilis*» и стипуляцией, которую следует рассматривать как несовершенную, послужил некогда одним из главных оснований для вывода, что римляне противопоставляли сделки существующие (но недействительные) и несуществующие⁴⁵⁸. Этот взгляд сегодня оставлен (см. об этом в следующем параграфе).

Итак, ничтожность юридического факта означала для римлян не что иное, как его несуществование. Этот вывод не снимает, однако, вопроса о том, признавали ли римляне существующими юридические факты, не вызывающие правовых последствий. Мыслима ли, с точки зрения римского права, недействительность свершившегося юридического факта, бывают ли ситуации, когда можно утверждать, что стипуляция имела место и в то же время недействительна? Или же, напротив, понятия недействительности и несуществования описывали с разных точек зрения одни и те же ситуации?

Пожалуй, наиболее информативными для обсуждения этого вопроса оказываются сообщения источников о последствиях совершения актов, запрещенных законом. В Риме нарушение установленных законом запретов могло иметь различные последствия. Это обстоятельство нашло отражение в систематике, различающей *leges perfectae*, *leges imperfectae* и *leges minus quam perfectae* – законы совершенного вида, законы несовершенного вида и законы менее чем совершенного вида⁴⁵⁹. Если первые не позволяют запрещенному акту

⁴⁵⁷ Di Paola S. Contributi... P. 82-83; Masi A. Op. cit. P. 860.

⁴⁵⁸ Mitteis L. Op. cit. S. 249-250.

⁴⁵⁹ пользуясь переводом Д.В. Дождева (Римское частное право... С. 105).

произвести искомого эффекта, то вторые и третьи оставляют его в силе, не устанавливая вообще никакой санкции или возлагая на нарушителя штраф. Данная систематика засвидетельствована одним единственным античным текстом, который дошел до нас лишь частично и прямо называет только последний вид законов, – UE.1.1 – 2⁴⁶⁰.

Согласно популярному воззрению, *leges perfectae* распространяются в практике римского законотворчества значительно позже законов двух других видов⁴⁶¹. Романистике известно множество объяснений этого факта⁴⁶², однако почти все из них⁴⁶³ вращаются вокруг одной из двух идей – что по тем или иным причинам закон не мог изменить существующего нормативного порядка или просто-напросто не воспринимался римлянами как подходящее средство для таких изменений. Так, Д.В. Дождев пишет: «Большинство известных законов III – II вв. до н.э. были *leges minus quam perfectae* или *imperfectae*... Объяснение распространенности таких законов состоит в том, что законы не могли отменить эффект ритуальных форм, в которых совершались нежелательные акты, в плане *ius civile*. *Leges rogatae* в постдецемвиральную эпоху вносят дополнения в существующую систему, либо устанавливают наказания за злоупотребление индивидуальной свободой распоряжения, но бессильны отменить формально безупречный акт, отвечающий фундаментальному для *ius civile* принципу автономии воли. Ограниченность силы законов ставит их в один ряд с такими средствами развития *ius civile*, как интерпретация юристов, преторское право и рескрипты императоров. Предпочтение интерпретаторского пути законодательному связано с

⁴⁶⁰ Об этом тексте и об описанной в нем классификации законов см.: Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 9-20.

⁴⁶¹ См. литературу, указанную М. Казером: Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 10, 13-18.

⁴⁶² Обсуждение некоторых точек зрения см.: Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 14-15.

⁴⁶³ Иначе нелюбовь римлян к *leges perfectae* объясняет П. Штайн: Stein P. *Regulae iuris*... P. 9-25.

естественно-правовым видением позитивной формы права как внешней по отношению к нормативной реальности, данной в самих отношениях людей. Соответственно, форма предстает зависимой непосредственно от этой реальности, а не от другой, пусть более авторитетной, формы того же порядка»⁴⁶⁴. По мнению М. Казера, серьезные основания отказывать древности в *leges perfectae* отсутствуют. Между тем и он соглашается с тем, что вмешательство законодателя в частноправовой порядок римского общества носило исключительный характер: «Если не принимать во внимание... отдельных исключений, сохраняется традиционное положение, при котором частное право и особенно его ядро – организация семейных союзов и их общежития – существует в неписанном правовом убеждении римского народа, которое покоится на исконной традиции и которое без сомнений можно назвать обычным правом... Это право, когда необходима его конкретизация, обнаруживается знатоками права – сначала жрецами, затем светскими юристами – и осуществляется в действительности в юрисдикции претора и судей, которых консультируют правоведы. Законодательство вмешивается в эту частноправовую сферу только тогда, когда позитивация тех или иных правил (например, возрастных категорий, сроков, штрафов и т.д.) оказывается необходимой, главным же образом, когда речь идет о защите экономически или политически слабых – т.е. опять же в той сфере, где дают о себе знать публичные интересы»⁴⁶⁵.

Каков бы ни был возраст *leges perfectae*, идея объявления противозаконных актов полностью ничтожными предполагает высокий уровень развития юриспруденции и, без сомнений, выступает на сцену гораздо позже самих запретительных законов⁴⁶⁶. Лишение акта, запрещенного законом, юридической силы требует теоретического осмысления, которое может идти различными

⁴⁶⁴ Дождев Д.В. Римское частное право... С. 106.

⁴⁶⁵ Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 15-16.

⁴⁶⁶ См.: Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 19 и указанную там литературу.

путями. Воспринимались ли такие акты как существующие, но недействительные, или, напротив, мыслились как несуществующие?

Ответ на этот вопрос вызвал споры. Так, С. Ди Паола настаивает на первом варианте⁴⁶⁷, в то время как М. Брутти⁴⁶⁸ и А. Мази⁴⁶⁹ выступают за вторую альтернативу. М. Казер ограничивается указанием на ничтожность противозаконных актов⁴⁷⁰.

Отталкиваясь от определения закона менее чем совершенного вида (UE.1.2 «Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit...») и сохранившегося обрывка фразы, посвященной, по-видимому, законам несовершенного вида (UE.1.1: «...prohibet... et si plus donatum sit, non rescindit»), санкцию *leges perfectae* можно описать глаголом «*rescindere*». Этот вывод подтверждается и другими источниками. Юлиан в D.40.9.5.2 говорит: «...libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur», и в тех же выражениях описывает действие названного закона в D.42.8.15 «...libertates ut rescindantur...». Глагол «*rescindere*» для описания последствий нарушения установленного законом запрета использует и Гай в G.1.46: «...quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt». Что значит «*rescindere*»? – так может быть конкретизирован поставленный выше вопрос. По господствующему мнению (М. Брутти, М. Казер, А. Мази), которое недавно нашло лишнее подтверждение в исследовании Д.О. Тузова⁴⁷¹, словом «*rescindere*» и производными от него описывается «объявление несуществования», «*dichiarazione di inesistenza*». Это удачное выражение

⁴⁶⁷ Di Paola S. Contributi... P. 64-67.

⁴⁶⁸ Brutti M. Invalidità... P. 571.

⁴⁶⁹ Masi A. Op. cit. P. 860-862.

⁴⁷⁰ Kaser M. Über Verbotsgesetze... S. 42-43

⁴⁷¹ Tuzov D. Rescissio in diritto romano. Studi sul significato di rescindere nelle fonti giuridiche romane. Roma, 2009. См.: Тузов Д.О. Ресциссия купли-продажи в позднеклассическом и постклассическом римском праве // Вестник гражданского права. 2009. № 3. С. 4-41.

М. Брутти⁴⁷² акцентирует диалектическую, процессуальную сторону *rescissio*, на которую редко обращают внимание в литературе⁴⁷³. Важно не только то, что ситуация, нарушающая *lex perfecta*, рассматривается как несуществующая, но и то, что речь идет о превращении существующей ситуации в несуществующую, лишении существования имевшего место факта. При таком взгляде конфликт между двумя очерченными выше подходами теряет остроту: хотя юридический факт, запрещенный *lex perfecta*, и принимался за несуществующий, такая оценка рассматривалась как привнесенная извне, навязанная законом существующему факту. Идея устранения юридически значимой ситуации исходит из того, что она сначала существует.

Описанная диалектика функционирования *leges perfectae* соответствует их историческому значению. Запрещающие законы издавались в Риме лишь в случаях крайней необходимости. Можно поэтому с уверенностью утверждать, что их появление было вызвано всякий раз распространением социальной практики, которая по тем или иным причинам воспринималась как недопустимая. Например, очевидно, что *lex Aelia Sentia*, которая запрещала освобождение рабов во вред кредиторам (*in fraudem creditorum*)⁴⁷⁴, была направлена на борьбу с частыми злоупотреблениями, выразившимися в сокращении доступной кредиторам имущественной массы посредством отпуска рабов на волю. На момент принятия закона такие манумиссии не рассматривались как что-то особенное с юридической точки зрения и имели

⁴⁷² Brutti M. Invalidità... P. 571.

⁴⁷³ Хотя она и заложена в самом слове «*rescindere*» – ср.: Neumanns Handlexikon... S. 512-513. Динамический аспект rescission схвачен и в термине Ф.К. Савиньи «*ungleichzeitige Nichtigkeit*» (Savigny F.C. System... Bd. IV. S. 538), «неодновременная ничтожность», т.е. ничтожность, наступающая одновременно с тем фактом, которой она поражает (S. 542). Впрочем, автор «Системы» полагает, что корректное употребление термина «*rescindere*» ограничивается как раз теми случаями, когда юридический факт совершается как действительный и лишь впоследствии лишается силы.

⁴⁷⁴ G.1.37; 1.47; Iulianus D.40.9.5.2.

полную силу. Трудно представить себе, чтобы с изданием закона они сразу стали восприниматься как несуществующие. Закон, который лишал их силы, имел дело с (существующими) фактами социальной реальности, поэтому законодатель оказался перед выбором: либо объявить существующие факты недействительными, либо признать их несуществующими. То, что римская правовая мысль пошла вторым путем, вполне согласуется с предлагаемой в настоящей работе концепцией: нельзя «оторвать» правовые последствия от вызывающего их социального факта, нельзя просто лишить его юридического значения – чтобы отнять у него силу, нужно отказать ему в существовании.

Рассмотренный пример – юридические факты, совершенные в нарушение *lex perfecta*, – к которому в следующем параграфе добавятся иные, показывает, что для описания того, что мы сегодня называем недействительностью, римляне нередко прибегали к идее несуществования. Ее приложение к фактам, существование которых не вызывало сомнений, предопределило частое использование фикций в этом контексте: свершившийся факт, подлежащий обессиливанию, рассматривался так, как если бы его не было. Именно такие фикции составляют предмет следующего параграфа.

Поводя некоторые итоги, можно сказать, что римская юриспруденция не проводила последовательного различия между несуществованием и недействительностью сделок, полагая отсутствие эффекта (недействительность) несовместимым с существованием сделки: совершенная сделка не может не вызвать своих естественных последствий. Такие воззрения вынуждали римлян лишать нежелательные сделки существования, а не правового эффекта. Однако закон не в силах просто объявить свершившийся социальный факт, от природы обладающий определенным правовым значением, несостоявшимся. Чтобы лишить факт правового значения, его надо лишить существования, но в то же время его существование объективно и не зависит от законодателя. Диалектическое решение этой проблемы достигается посредством фикции, которая принимает неугодный юридический факт за несуществующий, признавая вместе с тем, что в действительности он имел место.

§ 2. Недействительность юридического факта и устранение юридических фактов с помощью фикции

Как было показано в предыдущем параграфе, недействительность юридических фактов была осмыслена римлянами прежде всего через идею несуществования. Чтобы сказать, что в данной ситуации не наступают правовые последствия, вызываемые обычно, скажем, стипуляцией, говорят просто, что стипуляции не было. Между тем в некоторых случаях невозможно отрицать существование юридического факта, который в то же время по тем или иным соображениям хотелось бы оставить без последствий. Факт, признанный традицией и *ius civile*, может при определенных условиях приводить к результату, который идет вразрез с современными представлениями о справедливости. На такого рода ситуации римский правопорядок реагировал одним из трех способов: *ius civile* могло быть скорректировано посредством *interpretatio prudentium*, законодатель с помощью *lex perfecta* мог отнять у спорного факта привычный эффект, претор, конструируя иски и возражения, мог парализовать соответствующие нормы *ius civile*. Какой бы ни была реакция римлян на конкретный случай конфликта между сложившимся порядком и представлениями о должном, процесс преодоления этого конфликта – процесс диалектический. Отказывая данному факту в правовом значении, юристы, законодатель или претор имели дело с фактом существующим, фактом, который отвечал всем традиционно предъявляемым требованиям. Сказать, что он не имел места, в такой ситуации невозможно. В то же время именно через идею несуществования римляне описывали отсутствие правовых последствий. Итак, с одной стороны факт бесспорно существует, с другой стороны утверждается убеждение, что он недостоин правовых последствий. Преодолению этой концептуальной трудности служила фикция несуществования: признавая, что соответствующий факт состоялся, ситуацию рассматривают так, как если бы его не было. Чтобы

лишить факт последствий, нужно лишить его существования, однако в данном случае его существование отрицать нельзя⁴⁷⁵. Тогда спорный факт лишается существования фиктивно.

М. Таламанка, анализируя фикцию несуществования как способ описания недействительности, предпринял попытку установить причины, побудившие юристов в том или ином случае предпочесть этот прием более простой предикации «nullus» или «inutilis», и предложил более или менее убедительные гипотезы в целом ряде контекстов, указав, что в других случаях такого рода объяснения, которые были бы понятны современному юристу, не обнаруживаются⁴⁷⁶. Для настоящего исследования первостепенное значение имеет сам факт использования фикции для передачи идеи недействительности. Какие представления о структуре правопорядка приводят к тому, что описание ситуаций, в которых социальный факт не производит типичных последствий, отливаясь в форму фикции несуществования этого факта? Наличие развитого понятийного аппарата, способного описать ничтожность-недействительность юридических фактов, делает особенно примечательным то обстоятельство, что на протяжении всей истории римского права, начиная, по крайней мере, с поздней Республики, идея недействительности продолжает – в отдельных случаях – принимать именно эту форму. Настоящий параграф посвящен рассмотрению сквозь призму предлагаемой концепции отдельных случаев, в которых римляне выражали идею недействительности посредством фикции несуществования.

⁴⁷⁵ С. Ди Паола прав, когда говорит, что «конкретное мышление римлян сопротивлялось» признанию свершившегося факта несуществующим. Однако автор, пожалуй, не совсем точен, когда заключает, что фикции вроде «pro infecto» не лишали факт юридического существования, указывая лишь на его недействительность (Di Paola S. Contributi... P. 93-94). Скорее следует сказать, что с помощью таких фикций римляне сознательно лишали свершившийся акт существования, чтобы отказать ему в правовом эффекте.

⁴⁷⁶ Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 56-65.

Фикция несуществования широко использовалась для устранения юридических фактов. Такие фикции встречаются в законах, постановлениях сената, преторском эдикте и сочинениях юристов. Обратимся к примерам: рассмотрим фикции в законах, конституциях, постановлениях сената, преторском эдикте, в ответах знатоков права. В заключение на одном примере проанализируем фикцию как способ устранения части юридического факта.

Начнем с фикции несуществования развода, использованной в брачном законодательстве Августа.

D.38.11.1pr.-1: Ulpianus libro Ульпиан в сорок седьмой книге
quadragensimo septimo ad «Комментария к эдикту»:

edictum: Чтобы муж или жена могли требовать
Ut bonorum possessio peti possit владения [наследственным] имуществом
unde vir et uxor, iustum esse друг друга, необходим законный брак. Если
matrimonium oportet. Ceterum si же брак будет незаконным, никак нельзя
iniustum fuerit matrimonium, будет требовать владения
nequaquam bonorum possessio [наследственным] имуществом, точно так
peti poterit, quemadmodum nec же, как нельзя принять наследство по
ex testamento adiri hereditas vel завещанию или требовать владения
secundum tabulas peti bonorum [наследственным] имуществом в
possessio potest: nihil enim capi соответствии с табличками [, на которых
propter iniustum matrimonium было составлено завещание,]: ведь ничего
potest. 1. Ut autem haec bonorum нельзя приобрести в связи с незаконным
possessio locum habeat, uxorem браком. 1. И чтобы такое владение
esse oportet mortis tempore. Sed [наследственным] имуществом имело
si divortium quidem secutum sit, место, [женщине] нужно быть женой на
verumtamen iure durat момент смерти. Если же состоялся развод,
matrimonium, haec successio [то], хотя бы по праву брак и продолжался,
locum non habet. Hoc autem in это преемство не имеет места. А
huiusmodi speciebus procedit. происходит это в случаях такого рода.

Liberta ab invito patrono divortit: Вольноотпущенница разводится со своим
lex Iulia de maritandis ordinibus патроном против его воли – закон Юлия о
retinet istam in matrimonio, dum вступлении сословий в браки удерживает
eam prohiberet alii nubere invito ее в браке, запрещая ей выходить замуж за
patrono. Item Iulia de adulteriis, других против воли патрона. Также и
nisi certo modo divortium factum [закон] Юлия о прелюбодеяниях принимает
sit, pro infecto habet. развод за несостоявшийся, если он не был
совершен определенным образом.

Ульпиан обсуждает условия, при которых допускалась *bonorum possessio unde vir et uxor* – преторское наследование супругов⁴⁷⁷. Для его применения было необходимо, чтобы на момент смерти одного из супругов они состояли в законном браке – *matrimonium iustum*. Особый интерес для нас представляет заключительная часть текста, посвященная рассмотрению тех случаев, когда, несмотря на состоявшийся развод, «брак сохранялся по праву» – «*iure durat matrimonium*». Ульпиан пишет, что в таких случаях преторское наследование исключено: хотя «*iure*» брак продолжается, для целей применения правил о преторском наследовании он прекратился разводом. В тексте приводятся два примера: развод вольноотпущенницы против воли мужа-патрона, запрещенный *lex Iulia de maritandis ordinibus*, за совершение которого вольноотпущенница лишается права вступать в новые браки (*conubium*), пока этого не захочет патрон⁴⁷⁸, и развод, произведенный без соблюдения определенных требований и рассматриваемый поэтому законом Юлия о прелюбодеяниях как

⁴⁷⁷ Текст взят из той части «Комментария к эдикту», которая была посвящена *bonorum possessio unde vir et uxor* (Lenel O. Palingenesia... Vol. II. Col. 723-724).

⁴⁷⁸ Об этом предписании см. подробно: Fayer C. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*. Parte terza: concubinato, divorzio, adulterio. Roma, 2005. P. 125-134.

несостоявшийся⁴⁷⁹. Как видим, различие в санкциях законов не сказывается на решении, которое излагает Ульпиан, – для преторского наследования и в том, и в другом случае брак прекращается разводом. На причины такого решения свет проливает следующий фрагмент Ульпиана.

D.24.2.11pr.: Ulpianus libro tertio Ульпиан в третьей книге «Комментария к ad legem Iuliam et Papiam: Quod закону Юлия и Папия»: То, что закон ait lex: ‘divortii faciendi potestas говорит: «да не будет у libertae, quae nupta est patrono, ne вольноотпущенницы, которая замужем за esto’, non infectum videtur патроном, власти совершать развод», как effecisse divortium, quod iure представляется, не делает civili dissolvere solet несостоявшимся развод, который по matrimonium. Quare constare цивильному праву обычно прекращает matrimonium dicere non брак. Поэтому мы не можем сказать, что possumus, cum sit separatum. брак сохраняется, поскольку он Denique scribit Iulianus de dote расторгнут. Вот и Юлиан пишет, что у нее hanc actionem non habere. Merito нет иска о приданом. С полным igitur, quamdiu patronus eius eam основанием, следовательно, [можно uxorem suam esse vult, cum nullo сделать вывод, что], пока ее патрон хочет, alio conubium ei est nam quia чтобы она была его женой, у нее нет права intellexit legis lator facto libertae вступать в брак с другими: ведь поскольку quasi diremptum matrimonium, законодатель понимал, что поведением detraxit ei cum alio conubium. вольноотпущенницы брак расторгнут, он Quare cuicumque nupserit, pro non отнял у нее право вступить в брак с nupta habebitur. Iulianus quidem другими. Поэтому, за кого бы она не amplius putat nec in concubinato вышла замуж, считается не вышедшей eam alterius patroni esse posse. замуж. Юлиан же, более того, считает, что

⁴⁷⁹ Это различие почему-то игнорирует С. Ди Паола, так что его интерпретация D.38.11.1pr.-1 и D.24.2.11pr. основывается на искажении содержания источников (Di Paola S. Contributi... P. 96-101).

она не может состоять с другим патроном
и в конкубинате.

Этот текст сильно испорчен⁴⁸⁰. Судя по всему, он подвергся значительным сокращениям, что привело к странному соединению противоречивых мнений Ульпиана и Юлиана: после принципиального вывода автора текста, что брак прекращается разводом, следует цитата Юлиана, отказывающего вольноотпущеннице в иске о возврате приданого, вводимая словом «denique», указывающим не на противопоставление двух позиций, а, наоборот, на их согласованность. Между тем признание развода состоявшимся требует прямо противоположного вывода – бывшая жена должна получить иск о возврате приданого (*actio rei uxoriae*). Чтобы преодолеть это явное противоречие, И.С. Перетерский корректирует Ульпиана, вкладывая ему в уста слова «но брак не расторгнут целиком», которых нет в тексте⁴⁸¹. Э. Уотсон предполагает, что в оригинале Ульпиан критиковал взгляды Юлиана, считавшего, что развод вольноотпущенницы помимо воли патрона не имел силы⁴⁸². В пользу того, что санкция за нарушение этого запрета могла пониматься по-разному, говорит, по мнению ученого, и текст Модестина (D.24.2.10), где утверждается, что «помимо воли патрона вольноотпущенница, состоящая с ним в браке, не может развестись с ним...», «*patrono invito liberta, quam in matrimonio habuit, ab eo discedere non potest...*». Если «*non potest*» указывает на отсутствие юридической возможности (*rechtliches Können*) произвести своими действиями искомый эффект, то следует заключить, что по Модестину развод, совершенный вольноотпущенницей, ничтожен. Такая интерпретация вполне согласуется с

⁴⁸⁰ Литературу см.: Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 127.

⁴⁸¹ Дигесты Юстиниана / пер. с лат. И.С. Перетерского. М.: Наука, 1984. С. 394. Этот перевод сохранен и в последнем издании: Дигесты Юстиниана / под ред. Л.Л. Кофанова. М.: Статут, 2004. С. 449.

⁴⁸² Watson A. *Captivitas and Matrimonium* // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 1961. 29. P. 249-252.

формулировкой закона, которую приводит Ульпиан: «divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto». Так или иначе, сам Ульпиан занимает другую позицию, и нет оснований подозревать, что его аргументация содержательно пострадала при переработке текста.

Ульпиан не считает развод вольноотпущенницы, совершенный вопреки законодательному запрету, ничтожным. Он пишет, что закон не делает развод несовершенно («infectum»). При этом Ульпиан подчеркивает, что развод обычно («solet») прекращает брак по цивильному праву. Такое положение дел не позволяет говорить о сохранении брака после развода: «quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum». Аргументация Ульпиана такова: закон не лишает развод существования, поскольку правовое значение развода определено *ius civile*. Правило, по которому брак прекращается разводом, предстает элементом объективной нормативной реальности, с которой приходится считаться – «constare matrimonium dicere *non possumus*». Бросается в глаза концептуальная близость этого рассуждения подходу, который, как показано в первой главе настоящей работы, получил наиболее отчетливое выражение в текстах Гая, прежде всего, в G.3.194: «neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit». Пресуппозицией Ульпиана тоже является неспособность закона изменить правила *ius civile* о прекращении брака разводом. Обратим внимание, что Ульпиан обсуждает эту проблему именно в терминах существования/несуществования юридического факта: он говорит, что закон не может превратить акт, получивший признание на уровне *ius civile*, в несуществующий, не может лишить его существования.

На первый взгляд кажется удивительным, что такую же позицию Ульпиан занимает и применительно к разводу, совершенному без соблюдения формальностей, предусмотренных *lex Iulia de adulteriis*: ведь законодатель прямо объявляет развод несостоявшимся («pro infecto habet»). Это кажущееся

противоречие снимается, если признать, что, объявляя юридический факт (в нашем случае – развод) несуществующим, закон тем не менее не лишает его существования. Такая юридическая техника призвана отнять у имевшего место факта правовое значение для тех или иных целей. Отрицание его существования отливается в форму фикции потому, что с одной стороны очевидно объективное существование факта, с другой стороны необходимо, чтобы его правовые последствия не наступали. Поскольку правовые последствия представлялись римлянам неразрывно связанными с вызывающим их фактом, устранение правовых последствий возможно только посредством (мысленного) устранения соответствующего факта.

Развод, в рассматриваемых текстах обозначенный термином «divortium», – видимо, самое распространенное основание прекращения брака у римлян⁴⁸³. Логика функционирования этого института определялась римским пониманием брака как союза, скрепленного постоянной *affectio maritalis* – намерением состоять в браке – супругов. Существовать без *affectio maritalis* брак не мог, поэтому утрата этого намерения хотя бы одним из супругов лишала брак необходимого реквизита и означала его прекращение разводом⁴⁸⁴. Достаточно ли было утраты *affectio maritalis* для прекращения брака, или необходимо было еще выражение воли на его расторжение – вопрос спорный⁴⁸⁵. Поскольку для

⁴⁸³ Paulus D.24.2.1: «Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum»; Quint. Decl. 347: «Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius». О римском разводе см., прежде всего: Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 55-178; Robleda O. *Il divorzio in Roma prima di Constantino // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Bd. II.14.* Berlin, 1982. S. 347-390. См. также: Watson A. *The Law of Persons...* P. 48-56. Из русскоязычных изданий *honoris causa* можно упомянуть уже отчасти устаревшее исследование Л.Н. Казанцева: О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Киев, 1892.

⁴⁸⁴ Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 55-56.

⁴⁸⁵ Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 66-69; Robleda O. *Il divorzio...* S. 383-388.

установления самого брака не требовалось соблюдение каких бы то ни было формальностей, то и его прекращение разводом совершалось в свободной форме⁴⁸⁶. Впрочем, известны некоторые выражения, с помощью которых издревле объявляли о разводе, – такие, как «*tuas res tibi habeto*»⁴⁸⁷. Их правовое значение остается предметом дискуссии⁴⁸⁸. Так или иначе, для развода точно не требовалось ничего сверх объявления одним из супругов намерения прекратить брак.

Дополнительные формальные реквизиты развода устанавливаются брачным законодательством Августа. Основным актом, регулировавшим вопросы, связанные с разводом, была *lex Iulia de adulteriis coercendis* – закон Юлия об обуздании прелюбодеяний⁴⁸⁹. Каковы бы ни были новые требования,

⁴⁸⁶ Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 60.

⁴⁸⁷ Gaius D.24.2.2.1: «*In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: 'tuas res tibi habeto', item haec: 'tuas res tibi agito'*». Эти и некоторые другие формулы хорошо известны также неюридическим источникам (см.: Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 60-64).

⁴⁸⁸ Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 64-69.

⁴⁸⁹ Paulus libro secundo de adulteriis D.24.2.9: «*Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet. libertum accipiemus etiam eum, qui a patre avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit*». Ulpianus D.24.1.35: «*Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, cum non videatur solutum matrimonium*». Gaius D.48.5.44: «*Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit. Idque Salvius Iulianus respondit, quia adulterium, inquit, sine dolo malo non committitur: quamquam dicendum, ne is, qui sciret eam ex lege repudiatam non esse, dolo malo committat*». О регламентации развода брачным законодательством Августа подробно и с учетом других источников см.: Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 112-125; Mette-Dittmann A. *Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*. Stuttgart, 1991. S. 53-58; Robleda O. *Il divorzio...* S. 378-383. Из старой литературы см., например: Corbett P.E. *The Augustan Divorce* // *Law Quarterly Review*. 1929. 45. P. 178-185.

последствия несоблюдения некоторых (?) из них, передаются наиболее отчетливо в конце обсуждаемого текста: «*item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet*», «также и [закон] Юлия о прелюбодеяниях принимает развод за несостоявшийся, если он не был совершен определенным образом». Судя по всему, первоначально соблюдение формальностей, предусмотренных названным законом, имело значение для уголовно-правовых вопросов, связанных с последствиями супружеской измены. Если со временем эти правила и получили более широкое применение – их привлекательность связывают, прежде всего, с тем, что они обеспечивали высокий уровень определенности в брачных отношениях, недостижимый при неформальном разводе, – то все же по господствующему в романистике мнению, опирающемуся на прочную источниковую базу (особенно красноречивую группу свидетельств образуют тексты о *verum divortium* – истинном разводе, который имел силу независимо от выполнения требований *lex Iulia*, если воля супругов прекратить брак была окончательной и получила явное выражение⁴⁹⁰), классическое римское право сохраняло свою приверженность свободе развода и допускало прекращение брака в той же (свободной) форме, что и прежде⁴⁹¹. Яркое свидетельство такого положения дел – приведенный выше текст Ульпиана. С одной стороны сама постановка вопроса, сама *ratio dubitandi* показывает, что сфера применения положений августовских законов о разводе была неопределенной: Ульпиан едва ли стал бы пускаться в подробное разъяснение очевидных вещей. Видимо, юрист имел в виду риск неверного понимания эдикта теми, кто сочтет, что развод в свободной форме следует рассматривать как несовершенный и при ответе на

⁴⁹⁰ Papinianus D.23.4.26.5; Iavolenus D.24.1.64; Paulus D.24.2.3; FV.107 (помимо литературы, указанной в следующей сноске, см. о *verum divortium*: Yaron R. *De Divortio Varia* // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 1964. 32. P. 533-542).

⁴⁹¹ См.: Fayer C. *La familia romana... concubinato, divorzio, adulterio...* P. 120-125; Mette-Dittmann S. 57-58 и указанную в этих работах литературу.

вопрос, состоял ли покойный в *matrimonium iustum*. С другой стороны в основе решения, которое излагает Ульпиан, лежит именно убеждение, что для рассматриваемого вопроса правила брачных законов Августа никакого значения не имеют – если произошел развод, нельзя говорить о сохранении *matrimonium iustum*, даже если этот развод совершен без соблюдения требований законов.

Таким образом, развод в свободной форме прекращает *matrimonium iustum*, хотя закон о прелюбодеяниях рассматривает его как несовершенный – *pro infecto habet*⁴⁹². Сложно сказать наверняка, содержалась ли фикция в *lex Iulia*⁴⁹³, но это весьма вероятно. Впрочем, предлагаемое здесь объяснение фикции не потребует корректировки и в том случае, если перед нами лишь продукт интерпретации юристов.

Закон о прелюбодеяниях устанавливал определенные формальные требования к разводу, причем законодатель хотел, чтобы несоблюдение этих требований лишало развод юридической силы. В предыдущем параграфе мы видели, что римляне не знали недействительности, которая не была бы связана с несуществованием (ничтожностью). Объявить, что совершенный в полном соответствии с многовековой традицией развод (для определенных целей) не имеет силы, закон не мог, не мог не только потому, что ему не подвластно преобразование традиционных правовых институтов⁴⁹⁴, но и потому, что такое предписание было не под силу римской юридической технике. Совершенный развод производит определенные правовые последствия, обладает определенным правовым значением. Отказать состоявшемуся разводу в

⁴⁹² На основе этого текста была сформулирована максима «*quod contra legem fit, pro infecto habetur*» (Liebs D. Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. München, 2007. S. 197; Lautenbach E. Latein – Deutsch: Zitate-Lexikon: Quellennachweise. Münster, 2002. S. 408).

⁴⁹³ Так, по-видимому, считает М. Таламанка (Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 61).

⁴⁹⁴ Подобное объяснение предложил уже С. Ди Паола: Di Paola S. Contributi... P. 96-101.

правовом эффекте невозможно: неформальный развод и прекращение брака связаны неразрывно. Поэтому для лишения развода силы прибегают к идее несуществования. Но социальная реальность сопротивляется и ей: можно ли говорить, что развода не было, если в действительности он произошел? В этой ситуации на помощь приходит фикция, позволяющая лишить неугодный юридический факт существования, не отрицая, что на самом деле он имел место. Иными словами, утверждение «развод был, но не имеет силы, недействителен» римлянину не понятно, утверждение «развода не было» неверно, поэтому закон предписывает рассматривать подобные ситуации так, «как если бы развода не было».

Поскольку неформальный развод принимается за несовершенный, брак сохраняется и после такого развода. Об этом говорит и Ульпиан, но вместо того, чтобы нейтрально констатировать продолжение брака, он подчеркивает: «*iure durat matrimonium*», «брак продолжается *по праву*». В этой оговорке – учитывая, что излагаемое Ульпианом решение игнорирует сохранение брака, – слышится подразумеваемая оппозиция: если брак и продолжается, то только *iure*, с другой точки зрения брак прекращается разводом⁴⁹⁵. Эта другая точка зрения и определяет решение обсуждаемого вопроса: для *bonorum possessio* брака больше нет, а то, что он существует *iure*, в этом контексте значения не имеет. Это противопоставление двух форм существования брака перекликается с рассмотренной в первой главе оппозицией *furtum manifestum lege – natura*, а также со словоупотреблением, которое обсуждалось во второй главе, – усыновленный с использованием фикции объявлялся *iure legeque filius*, а опекун, посредством фикции поставленный в положение законного, именовался *iustus tutor*.

⁴⁹⁵ Внимание на эту особенность изложения Ульпиана обратил уже С. Ди Марцо, который не только увязал ее с фикцией в конце текста, но и предложил интерпретацию, в значительной мере совпадающую с нашей (Di Marzo S. *Lezioni sul matrimonio romano*. Roma, 1972 (по изданию 1919 г.). Р. 79 ss. Цит. по: Robleda O. *Il divorzio...* S. 380, 382).

Техника, аналогичная той, которую использовала *lex Iulia de adulteriis*, известна также и по предписанию времен Марка Аврелия, объявлявшему несовершеннолетними освобождения рабов под давлением театральной толпы⁴⁹⁶.

Это правило известно нам по двум источникам:

C.7.11.3: Divo Marco auctore По инициативе божественного Марка
amplissimus ordo censuit, ne quis сенат постановил, чтобы на
spectaculo, quod edatur, actorem suum театральных представлениях,
alienumve servum manumitteret et, si которые даются, никто не отпускал
factum esset, pro infecto haberetur. на волю своего или чужого раба-
Alex. a. Iustinae. актера, и чтобы, если [это] будет
сделано, принималось за
несделанное. Александр [Север]
Юстине.

D.40.9.17pr.: Paulus libro singulari de Павел в монографии «Об
libertatibus: Si privatus coactus a populo освобождении рабов»: Если частное
manumiserit, quamvis voluntatem лицо под принуждением народа
accommodaverit, tamen non erit liber: отпустит раба на волю, то хотя оно и
nam et divus Marcus prohibuit ex совершает это по своей воле, [раб⁴⁹⁷]
adclamatione populi manumittere. все же не будет свободен: ведь и
божественный Марк запретил
освобождать рабов под возгласы
народа.

⁴⁹⁶ Об этом предписании, правда, без внимания к юридико-технической стороне дела см.: Quadrato E. D.40.9.17.pr. e C.I.7.11.3: un intervento di Marco Aurelio in tema di «manumissio» per acclamazione // <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03quadrato.pdf>. См. также: Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 245.

⁴⁹⁷ Нехватка субъекта – формальный порок фрагмента.

Речь идет о постановлении сената, инициированном Марком Аврелием, или о конституции самого императора – что не имеет большого значения, учитывая вес *oratio principis*, произнесенной в сенате. Не вдаваясь в содержательные подробности, сосредоточим внимание на юридической технике. С одной стороны ясно, что перед нами законодательный запрет совершать освобождение рабов при определенных обстоятельствах («*divus Marcus prohibuit... manumittere*», «*ne quis ... servum manumitteret*»). По санкции данное постановление можно квалифицировать как *lex perfecta* (в широком смысле). Чтобы лишить юридической силы манумиссии, совершенные в нарушение устанавливаемого запрета, их объявляют несостоявшимися – «*pro infecto haberetur*». Эта фикция, формально идентичная той, которую мы наблюдали в *lex Iulia de adulteriis*, может быть проинтерпретирована следующим образом. По тем или иным причинам⁴⁹⁸ отпуск рабов на волю под крики театральной толпы казался императору неприемлемым, поэтому перед его канцелярией была поставлена задача лишить такие акты силы. Специалисты, которым было поручено юридическое оформление императорской воли, прибегают к фикции несуществования противных ей актов. Это техническое решение вызвано, по-видимому, убеждением его авторов, во-первых, в том, что освобождение раба, осуществленное одним из принятых способов, не может не произвести искомого эффекта, и что, стало быть, нельзя просто-напросто объявить манумиссию недействительной, и, во-вторых, в том, что отпуск раба на волю все же имеет место, даже если он запрещен императором или сенатом. Опять же – чтобы лишить запрещенный акт правового эффекта, приходится обращаться к идее несуществования, но, поскольку существование этого акта не зависит от произвола нормотворческой инстанции и в этом смысле объективно, приходится прибегать к фикции и, не признавая акт несуществующим, рассматривать его так, как если бы он не существовал.

⁴⁹⁸ См. об этом: Quadrato E. *Op. cit.*

Признание юридических фактов несостоявшимися с использованием той же языковой формы – слов «pro infecto», «pro infectis» – как прием юридической техники получило широкое распространение в более поздних императорских конституциях: Diocl./ Maxim. C.2.4.21 (293 г. н.э.), Diocl./ Maxim. C.4.2.6.1 (293 г. н.э.), Diocl./ Maxim. C.5.16.20 (294 г. н.э.), Theod./ Valent. C.3.4.1.1 (440 г. н.э.), Iust. C.10.32.67.6 (529 г. н.э.). Более того, конституция Феодосия II, принятая в 439 г. н.э. в рамках его программы по систематизации источников права⁴⁹⁹, предписывает рассматривать фикцию несуществования противозаконного акта как универсальную санкцию (NT.9.3 = Theod./ Valent. C.1.14.5.1):

Quod ad omnes etiam legum И мы повелеваем распространить это на
interpretationes, tam veteres quam всякое толкование законов, будь оно
novellas, trahi generaliter старым или новым, чтобы законодателю
imperamus, ut legislatori, quod было достаточно просто запретить то,
fieri non vult, tantum prohibuisse совершения чего он не желает, а остальное
sufficiat, cetera quasi expressa ex можно было вывести из воли закона, как
legis liceat voluntate colligere: если бы оно было прямо выражено, т.е.
hoc est, ut ea, quae lege fieri чтобы если будет совершено то,
prohibentur, si fuerint facta, non совершение чего запрещается законом, оно
solum inutilia, sed pro infectis рассматривалось не только как ничтожное,
etiam habeantur, licet legislator но даже как несовершенное, даже если
fieri prohibuerit tantum, nec законодатель просто запретил и не
specialiter dixerit, inutile debere оговорил специально, что то, что сделано,
esse, quod factum est... должно быть ничтожным...

На это правило ссылается конституция 470 г. н.э.: «...quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt», «...поскольку то, что совершается против законов, следует принимать за несовершенное» (Leo / Anthem. C.1.2.14.4).

⁴⁹⁹ См. об этом подробно: Сильвестрова Е.В. *Lex Generalis*. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V – X вв. н.э. М., 2007.

Конституция 215 г. н.э. Ant. C.4.6.1 предписывает рассматривать пакт как несовершеннолетний, прибегая к другой, впрочем, не менее распространенной в античных источниках, языковой форме фикции: «...pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset haberi oportet».

Известны два постановления сената, где фикция несуществования использована для того, чтобы описать утрату силы юридическими фактами с наступлением определенных обстоятельств. Речь идет о *senatusconsultum Silanianum* 10 г. до н.э.⁵⁰⁰ и так называемом *senatusconsultum Ostorianum*, принятом в период с 41 по 47 гг. н.э.⁵⁰¹. Первое постановление, предусматривавшее жестокие пытки и казни для рабов, присутствовавших на вилле во время убийства господина, содержало фикцию, что раб, отданный убитым хозяином в залог, во всех отношениях рассматривался так, как если бы он в залог не передавался: Ulpianus D.29.5.1.3: «Servus pignori datus, quod attinet ad debitoris necem, per omnia perinde habetur atque si pignori datus non esset». Второй сенатусконсульт регламентировал право домовладыки специальным актом определить, какой из его детей станет патроном его вольноотпущенников после его смерти или утраты им гражданства. «Если же кто-нибудь из детей утратит гражданство и у него не будет никаких детей, остальные дети того, кто отпустил на раба на волю, пользуются всеми правами, как если бы отец ничего не определил об этом вольноотпущеннике», «utique, si ex liberis quis in civitate esse desisset neque ei liberi ulli essent, ceteris eius liberis qui manumisit perinde omnia iura servantur, ac si nihil de eo liberto eave liberta is parens significasset» (Ulpianus D.38.4.1pr.). Здесь, как видим, вместо того, чтобы объявить установление залога и распоряжение о судьбе вольноотпущенника

⁵⁰⁰ D.29.5; C.6.35; PS.3.5; Tac. ann. XIII.31 – 32; XIV.40 – 45. См. об этом постановлении: Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 283.

⁵⁰¹ I.3.8; D.38.4.1. См. об этом постановлении: Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 299.

утратившими силу, их лишают существования при наличии определенных привходящих обстоятельств, т.е., говоря современным языком, ретроактивно.

В предыдущем параграфе сказано, что понятием *rescissio* описывалась санкция законов совершенного вида, которые лишали существования акты, нарушающие запрет. Процессуальный аспект этого механизма усматривается в том, что существования лишается именно факт состоявшийся, что своей санкцией закон лишает его существования, которое вообще за ним признавалось. Если применительно к *leges perfectae* такой вывод приходится обосновывать на широком материале, лишь косвенно свидетельствующем в его пользу, то в отношении так называемой преторской недействительности, т.е. тех случаев, когда претор считал необходимым отказать какой-либо ситуации в присущем ей по общему правилу правовом значении, в нашем распоряжении есть текст Гая, где объясняется, что такое ресциссия. Речь идет о G.4.38, завершающем пространное обсуждение случаев использования фикций (G.4.32 – 38). Приведем здесь и другой текст из Институций, посвященный тому же вопросу – G.3.86.

G.4.38: *Praeterea aliquando* Кроме того, иногда мы прибегаем к *fingimus adversarium nostrum* фикции, что наш противник не претерпел *capite deminutum non esse. Nam* умаления правоспособности. Ведь, если *si ex contractu nobis obligatus* обязанный или обязанная перед нами на *obligatave sit et capite deminutus* основании контракта будет умален или *deminutave fuerit, velut mulier* умалена в правоспособности, например, *per coemptionem, masculus per* женщина посредством коэмпции, мужчина *adrogationem, desinit iure civili* посредством адрогации, то по цивильному *debere nobis, nec directo intendi* праву престанет быть должным [или *potest sibi dare eum eamve* должной] нам, и нельзя просто указать в *oportere; sed ne in potestate eius* интенции формулы, что он или она должны *sit ius nostrum corrumpere,* нам [что-либо] дать. Но чтобы *introducenda est contra eum eamve* уничтожение нашего права не было в его

actio utilis rescissa capitis или ее власти, против него или нее введен deminutione, id est in qua fingitur иск по аналогии, [основанный на] capite deminutus deminutave non ресциссии умаления правоспособности, т.е. esse. [иск], в котором содержится фикция, что он

или она не претерпели умаления правоспособности.

G.3.84: Ex diverso quod is debuit, Напротив, то, что был должен тот, кто qui se in adoptionem dedit отдал себя в усыновление или та, которая quaeque in manum convenit, non поступила под власть мужа, не переходит к transit ad coemptionatorem aut ad тому, кто приобретает власть над женой, patrem adoptivum... de eo vero, или к приемному отцу... Что же касается quod proprio nomine eae того, что эти лица должны были от своего personae debuerint, licet neque имени, хотя ни приемный отец не отвечает pater adoptivus teneatur neque [по этим долгам], ни тот, кто приобрел coemptionator nec ipse quidem, власть над женой, ни сам тот, кто отдал qui se in adoptionem dedit, себя в усыновление, ни та, которая quaeque in manum convenit, поступила под власть мужа, не остаются maneat obligatus obligataque, обязанными, поскольку освобождаются quia scilicet per capitis через умаление правоспособности, все же deminutionem liberetur, tamen in против него или нее дается иск по eum eamve utilis actio datur аналогии, [основанный на] ресциссии rescissa capitis deminutione; et si умаления правоспособности. И если [они] adversus hanc actionem non не будут защищаться от этого иска, то defendantur, quae bona eorum претор позволяет кредиторам продать в futura fuissent, si se alieno iuri целом все имущество, которое non subiecissent, universa принадлежало бы им, если бы они не vendere creditoribus praetor подчинились чужому праву. permittit.

Гай описывает способ, которым претор в некоторых случаях устранял несправедливые последствия *capitis deminutio*⁵⁰². Поступая под чью-либо власть – *manus* мужа или другого лица или *patria potestas* усыновителя, лицо *sui iuris* претерпевало умаление правоспособности и освобождалось от всех долгов. Поскольку совершение актов, влекущих такие последствия, – *coemptio* и *adrogatio* – зависело от воли, соответственно, женщины или усыновляемого, получалось, что должник мог своими действиями прекратить обращенные к нему требования кредиторов: после *capitis deminutio* обязательства прекращались *iure civili*, и кредиторы уже не могли требовать от (бывшего) должника того, что он должен им в силу обязательства (*dare oportere*). Такое положение дел представлялось несправедливым, и претор счел необходимым предоставить обманутым кредиторам специальные иски, которые позволили бы защитить их права в подобных случаях. Эти иски, аналогичные обычным искам из обязательства, – *actiones utiles* – конструировались претором с использованием фикции: формула соответствующего иска требовала от судьи рассмотрения спора так, как если бы *capitis deminutio* не имела места (и, стало быть, прекращение обязательств не произошло). О том, что обсуждаемые иски содержали фикцию, свидетельствует и редакция преторского эдикта, которую передает Ульпиан в своем «Комментарии к эдикту»:

D.4.5.2.1: Ait praetor: 'Qui quaeve, Претор говорит: «против того или posteaquam quid cum his actum той, кто после совершения с ним или contractumve sit, capite deminuti с ней акта или контракта, как будет deminutae esse dicentur, in eos easve утверждаться, претерпел или perinde, quasi id factum non sit, претерпела умаление iudicium dabo'. правоспособности, я дам иск, как если бы этого не было сделано».

⁵⁰² Другой случай см.: Paulus D.37.1.6.1. Краткое обсуждение преторской rescissio умаления правоспособности см.: Di Paola S. Contributi... P. 58-60.

Сама же формула, судя по приведенным текстам Гая, выглядела примерно так: «Si Ns Ns capite diminutus non esset, tum si Nm Nm Ao Ao ... dare oporteret, iudex Nm Nm Ao Ao ... c. s. n. p. a.», «Если бы Нумерий Негидий не претерпел умаления правоспособности, и в таком случае Нумерий Негидий был бы должен Авлу Агерию..., судья осуди Нумерия Негидия в пользу Авла Агерия, если не выяснится, оправдай» (титул X, § 42)⁵⁰³.

Описывая этот прием, Гай говорит, что иски по аналогии были основаны на ресциссии умаления правоспособности, т.е. содержали фикцию того, что умаление правоспособности не состоялось (G.4.38). Иными словами, под ресциссией – в изложении Гая это явно технический термин – понимается мысленное устранение свершившегося акта, достигаемое посредством фикции: с одной стороны признано, что акт имел место и произвел соответствующие последствия (предусмотренные *ius civile*), с другой стороны претор для целей рассмотрения определенных споров лишает его существования, поскольку иначе устранить его последствия не представляется возможным. Полученный в результате описанных манипуляций иск именуется «*actio utilis*»: такая терминология лишний раз акцентирует внимание на том, что обычный иск из обязательства в данной ситуации неприменим, так как имела место перемена в правовом положении, произошедшая на уровне *ius civile*, и фикция несуществования вызвавшего ее акта в этом плане ничего не меняет.

Можно заметить, что претор не в силах изменить *ius civile*, поэтому не может не учитывать изменений, признанных гражданским правом⁵⁰⁴. Именно такое

⁵⁰³ Здесь и далее мы следуем классической реконструкции преторского эдикта, выполненной О. Ленелем: Lenel O. *Das Edictum perpetuum*... S. 116-118.

⁵⁰⁴ Ср., например, G.3.32 (=I.3.9.2): «Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam *praetor heredes facere non potest*; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, velut per senatus consultum et constitutionem principalem. sed cum eisdem praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur». Ср. слова Д.В. Дождева: «...Во всех этих случаях фикция статуса (*fictio iuris*) как процессуальное средство применяется в тех отношениях, где претор в материально-правовом плане был бессилен: он

положение вещей и делает сообщения Гая особенно информативными. Если преторская ресциссия оформляется с помощью фикции несуществования юридического факта (который тем самым признается существующим), потому что существование этого факта не зависит от претора, то налицо все основания предположить, что использование той же техники законодателем, творящим *ius civile*, продиктовано теми же соображениями – типизация и правовое осмысление юридических фактов не зависят от закона, который имеет дело с нормативной реальностью более высокого порядка. Как претор не может объявить, что долги лица *sui iuris* не прекращаются с умалением правоспособности, так и закон не может отказать разводу в традиционных правовых последствиях. Чтобы достичь таких результатов, приходится прибегать к фикции, что *capitis deminutio* или *divortium* не имели места. Обращение к фикции показывает, что в действительности существование этих фактов не отрицается⁵⁰⁵.

Итак, чтобы лишить силы юридический факт, получивший признание на уровне *ius civile*, претор не отрицая напрямую его существования и не отказывая существующему факту в обычных правовых последствиях, прибегает к фикции, предписывая судье рассматривать дело так, как если бы спорный факт не существовал. Заметим, что здесь, как и в рассмотренных выше санкциях законов, спорный юридический факт объявляется несуществующим для определенных целей – в остальном его существование под сомнение не ставится. Данный прием Гай называет «*rescindere*». Учитывая это обстоятельство, а также словоупотребление источников в некоторых других

не мог сделать лицо наследником (*heres*) по *ius civile* или римским гражданином» (Римское частное право... С. 221).

⁵⁰⁵ К предложенной в тексте интерпретации близко подходит С. Ди Паола, когда с помощью приведенных фрагментов «Институций» пытается обосновать различие между недействительностью и ничтожностью: Di Paola S. Contributi... P. 58-60.

контекстах, для описания исков, содержащих подобные фикции, современная романистика оперирует термином «*formula rescissoria*».

Наши источники позволяют констатировать, что к описанной технике претор прибегал и в других случаях. Основываясь на реконструкции эдикта О. Ленеля, рассмотрим вкратце два случая использования фикции несуществования, о которых мы лучше всего информированы.

Модификация формулы виндикационного иска с помощью фикции позволяла игнорировать отчуждения, сделанные во вред кредиторам (XLI, 225)⁵⁰⁶. Основания для такого вывода дает, главным образом, следующий текст: I.4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui* во вред кредиторам, то после того, как *tradiderit, bonis eius* а кредиторы по предписанию наместника *creditoribus ex sententia* провинции введены во владение [его *praesidis possessis permittitur* имуществом], самим кредиторам *ipsis creditoribus rescissa* разрешается требовать эту вещь с помощью *traditione eam rem petere, id est* ресциссии передачи, то есть заявлять, что *dicere eam rem traditam non* эта вещь не была передана и поэтому *esse et ob id in bonis debitoris* осталась в имуществе должника. *mansisse.*

Об использовании претором фикции говорит и Павел (D.22.1.38.4): «...nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset...», «...ведь претор действует, как если бы все обстояло так, как если бы ничто не отчуждалось...».

На основе этого и некоторых других свидетельств О. Ленель предлагает такую реконструкцию формулы виндикационного иска, которая использовалась для защиты обманутых кредиторов:

Si quem hominem L. Titius Если выяснится, что если бы этого раба,

⁵⁰⁶ Lenel O. *Das Edictum perpetuum*... S. 435-443; 186.

No No mancipio dedit, L. которого Луций Тиций передал Нумерию Titius No No mancipio non Негидию в собственность, Луций Тиций не dedisset, tum si pareret eum передавал Нумерию Негидию в собственность, hominem q. d. a. ex iure тот этот раб, о котором идет спор, принадлежал Quiritium L. Titii esse, si ea бы Луцию Тицию по праву Квиристов, [и] если res arbitrio iudicis non эта вещь не будет возвращена по приказу судьи, restituetur, q. e. r. e., tantam сколько будет стоить эта вещь, столько денег, pecuniam iudex Nm Nm Ao судья, присуди Авлу Агерию с Нумерия Ao c. s. n. p. a.⁵⁰⁷ Негидия, если не выяснится, оправдай.

Итак, неоплатный должник, которому грозит распродажа имущества, избавляется от активов с целью сократить доступную кредиторам имущественную массу. В таких случаях на помощь кредиторам приходит претор, доступными ему средствами восстанавливающий первоначальное положение⁵⁰⁸. Перед нами одно из этих средств – модификация виндикационного иска, позволяющая истребовать имущество, переданное должником в собственность другому лицу. Поскольку отчуждение состоялось и произвело искомый эффект, будь то *iure civili* или *iure honorario*, простая виндикация потерпела бы при сложившихся обстоятельствах неудачу. Поэтому претор с помощью фикции устраняет юридический факт, с которым связан переход права собственности. Скорее всего, таким же образом претор модифицировал и личные иски⁵⁰⁹.

Обратим внимание на слова Институций Юстиниана «...rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse». Здесь, как и в рассмотренном тексте Гая, о фикции несуществования

⁵⁰⁷ Lenel O. Das Edictum perpetuum... S. 442.

⁵⁰⁸ Таким мерам посвящен специальный титул Дигест Юстиниана (D.42.8) – «Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur», «О том, что подлежит отмене как совершенное во вред кредиторам». См. об этом: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 515-516.

⁵⁰⁹ Lenel O. Das Edictum perpetuum... S. 443; Дождев Д.В. Римское частное право... С. 516.

говорится, чтобы разъяснить, в чем заключается суть rescissio. Таким образом, перед нами уже второй текст, где rescissio предстает техническим термином для описания фикции несуществования акта, имевшего место в действительности.

По всей видимости, с помощью фикции претор устранял и сделки, совершенные в нарушение *senatusconsultum Vellaeianum* 46 (?) г. н.э.⁵¹⁰. Это постановление запрещало женщинам *intercedere*, вступаться за другое лицо. Под запрет попадали поручительство, вступление в обязательство в качестве содолжника, предоставление залога, новация и некоторые другие сделки. Если женщина заключала сделку, влекущую освобождение должника (судя по всему, речь идет, главным образом о новации), кредитору предоставлялась *actio restitutoria* против должника, основанная на фикции, будто *intercessio* не состоялась (XVIII, 105)⁵¹¹. Об этом свидетельствуют, прежде всего, две конституции: Gord. C.4.29.8pr. «...in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiae non intercessissent...», «...можно требовать того, чего можно было бы требовать, если бы дочери не вступились...», и Diocl./ Maxim. C.4.29.16, где обсуждаемый иск именуется «*actio rescissoria*».

Мы рассмотрели случаи, когда претор с помощью фикции несуществования устранял нежелательный юридический факт, признанный *ius civile*, и не учитывал его при предоставлении исковой защиты. Иными словами, фикция несуществования использовалась для лишения безупречного с точки зрения *ius civile* факта правовых последствий в плане *ius honorarium*: чтобы проигнорировать его правовые последствия, претор фиктивно отказывал

⁵¹⁰ Подробнее см.: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 667 и указанную там литературу.

⁵¹¹ Lenel O. *Das Edictum perpetuum...* S. 287. Ср.: Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum D.16.1.8.7: «Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit», «Если женщина вступится за должника, против него дается первоначальный иск, даже если он был освобожден посредством акцептиляции до того, как вступилась женщина».

спорному факту в существовании. Интересно, что нашим источникам известна и обратная последовательность рассуждений: иногда римские юристы прибегают к фикции несуществования, чтобы описать факт, признанный *ius civile*, но лишенный силы на уровне *ius honorarium*. Фикция в таких случаях используется не для конструирования преторской недействительности, а для описания ситуации, когда преторская недействительность уже налицо. Пожалуй, самое красноречивое из имеющихся в нашем распоряжении свидетельств такой техники – текст Ульпиана из двадцать девятой книги «Комментария к эдикту», посвященный обсуждавшемуся выше *senatusconsultum Vellaeum*:

D.16.1.8.8: Si convenerit cum дебитором, ut expromissorem соглашение, чтобы он предоставил другого daret, et acceptum ei latum sit, должника [вместо себя], и с ним совершена deinde is dederit mulierem акцептиция, затем он предоставил женщину, quae auxilio senatus consulti которая защищена постановлением сената, к munita est, potest ei condici, нему может быть предъявлен кондикционный quasi non dedisset: quid enim иск, как если он бы не предоставил [должника interest, non det an talem det? вовсе]: ведь какая разница, не предоставляет Non erit igitur actio utilis ли он или предоставляет такого? И, значит, не necessaria, cum conditio будет необходимости в иске по аналогии, competat. поскольку ему причитается кондикционный иск.

Должник договаривается кредитором, что предоставит вместо себя другого. Рассчитывая на выполнение этой договоренности, кредитор освобождает должника от обязательства посредством акцептиции. Впоследствии первоначальный должник предоставляет кредитору в должника женщину. Формально соглашение между должником и кредитором исполнено, однако проблема заключается в том, что женщина, которой запрещено *intercedere*, попадает под защиту *senatusconsultum Vellaeum*: хотя по *ius civile* она вполне

может обязаться перед кредитором, по *ius honorarium* такое обязательство будет лишено силы. Ульпиан говорит, что в описанной ситуации не потребуется иск по аналогии, позволявший кредитору судиться с первоначальным должником так, как если бы интерцессия не состоялась (именно этому иску и посвящен комментарий). По мнению юриста, необходимость прибегать к этому способу защиты отсутствует, поскольку кредитору доступен обычный кондикционный иск (судя по всему, имеется в виду, тот тип кондикции, который впоследствии получил наименование «*condictio causa data causa non secuta*»): кредитор может обратиться к первоначальному должнику с требованием, основанным на том, что вопреки договоренности тот не предоставил вместо себя другого. Предоставление женщины в качестве нового должника Ульпиан предлагает игнорировать, рассматривая его как несостоявшееся, поскольку нет существенной разницы между предоставлением в должники женщины и уклонением от предоставления должника. Фикция, которую использует Ульпиан, играет иную роль, нежели фикция в *actio utilis*. Речь не идет о включении фикции в формулу (кондикционного) иска: юрист считает возможным предъявление обычной кондикции, не нуждающейся в каких-либо изменениях. Фикция позволит судье правильно оценить обстоятельства дела: когда встанет вопрос, выполнил ли должник соглашение о предоставлении вместо себя другого, судья должен будет предоставление женщины в должники квалифицировать как уклонение от предоставления вообще. Говоря иначе, фикция, о которой идет речь в тексте, – это не преторская фикция, а юриспруденциальная.

Ульпиан рассуждает так: поскольку перед нами факт, лишенный претором защиты, его следует рассматривать так, как если бы он не существовал, ибо нет разницы между несуществующим фактом и фактом, не производящим правового эффекта. Однако есть риск, что судья подойдет к делу формально и такую разницу все же обнаружит: ведь в действительности спорный акт имел место – женщина дала стипуляционное обещание. Более того, женщина стала

должником, так как *senatusconsultum Vellaeum*, реализацию которого осуществлял претор своими средствами, не лишало интерцессию силы в плане *ius civile*. Поэтому Ульпиан и предлагает судье руководствоваться фикцией и рассматривать интерцессию как несостоявшуюся. Важно, что подчеркивая отсутствие разницы между недействительностью и несуществованием, Ульпиан исходит из того, что такая разница все же имеется – в противном случае сама постановка вопроса («*quid enim interest, non det an talem det?*») – не имела бы смысла. Конфликт между признанием факта существующим и стремлением отказать ему в существовании как недействительному разрешается в фикции, позволяющей примирить эти две позиции.

К подобной фикции прибегает и Помпоний:

D.45.1.25: Pomponius libro Помпоний в двадцатой книге vicesimo ad Sabinum: Si dari «Комментария к Сабину»: Если я получу stipuler id quod mihi iam ex стипуляционное обещание того, что мне уже stipulatu debeat, cuius должны из стипуляции, должник по которой stipulationis nomine exceptione защищен искомым возражением, он свяжет tutus sit promissor, obligabitur себя обязательством по последующей ex posteriore stipulatione, quia стипуляции, поскольку предшествующая, superior quasi nulla sit парализованная возражением, как бы exceptione obstante⁵¹². ничтожна [или: как бы не существует].

Кредитор по стипуляции, требование которого парализовано эксцепцией должника, получает от него повторно стипуляционное обещание с тем же предметом, примерно так: «*quod mihi debes, dare spondes?*», «обещаешь дать то, что ты мне должен?». Эффективность этой процедуры вызывала сомнения. Известны, например, слова того же Помпония (к сожалению, вырванные из контекста): D.45.1.18: «*Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*», «кто дважды обещает одно и то же, по праву не отвечает больше, чем

⁵¹² См. подробное обсуждение этого текста: Quadrato R. *Op. cit.* P. 7-57. См. также: Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 27.

однократно». Так или иначе, установление повторно идентичного обязательства при сохранении первого казалось Помпонию невозможным. Именно эта установка и обусловила его обращение в данном случае к фикции несуществования: юрист считает, что при сложившихся обстоятельствах создание нового обязательства (очевидно, свободного от эксцепции) допустимо, поскольку первая стипуляция при наличии возражения как бы не существует. Как и в тексте Ульпиана, здесь использована фикция несуществования для описания юридического факта, который, хотя и безупречен с точки зрения *ius civile*, лишен силы на уровне преторского права⁵¹³. Этим, однако, сходство двух фрагментов не ограничивается: и Ульпиану, и Помпонию фикция служит способом обоснования предлагаемого решения. Юристы призывают читателя признать подобие двух ситуаций: когда факт не имел места и, когда он состоялся, но лишен правовых последствий в рамках *ius honorarium*⁵¹⁴. Показательно, что факт, лишенный правовых последствий, по мнению классиков, принципиально не отличается от несуществующего факта. В обоих случаях перед нами факты, признанные *ius civile*. Их существование, или, что то же самое, их соответствие требованиям *ius*

⁵¹³ Ср., быть может, даже слишком сильные слова Помпония: Ulpianus D.13.5.3.1: «Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est», «Спрашивается: если же кто-либо совершит подтверждение долга в отношении того, что был должен по цивильному праву, по преторскому [же] не был должен, то есть посредством возражения, отвечает ли он, подтверждая долг. И правильно [будет сказать], как и Помпоний писал, что он не отвечает, поскольку долг, который подтвержден, не существует по праву». Помпоний говорит: «debita iuribus non est pecunia». Употребляя слово «*ius*» во множественном числе, юрист имеет в виду следующее: если принимать во внимание и *ius civile*, и *ius honorarium*, денежного долга нет. Ср. также более взвешенное объяснение Гая (G.4.116).

⁵¹⁴ Аргументативное значение фикции в тексте Помпония подчеркивает Р. Куадрато: Quadrato R. Op. cit. P. 25-30.

civile, юристы не отрицают. В то же время их правовые последствия в плане *ius civile* полностью парализованы претором. Неразрывность правовых последствий и вызывающего их факта делает возможной использованную юристами аргументацию: факт, лишенный правовых последствий, подобен факту несуществующему, следовательно, его не нужно принимать во внимание и при решении обсуждаемого вопроса.

К фикции несуществования обращается и Помпоний, чтобы описать недействительность акта, поставленного под волевое условие.

D.44.7.8: Pomponius libro Помпоний в шестнадцатой книге sexto decimo ad Sabinum: Sub «Комментария к Сабину»: Не возникает hac condicione 'si volam' nulla обязательства под таким условием: «если fit obligatio: pro non dicto захочу». Ведь [это следует рассматривать] как enim est, quod dare nisi velis произнесенное, поскольку тебя нельзя cogi non possis: nam nec heres понудить к предоставлению, если ты не promissoris <eius, qui захочешь; да и наследник лица, numquam dare voluerit,>⁵¹⁵ совершившего обещание, <и так и не tenetur, quia haec condicio in пожелавшего предоставить,> не отвечает, ipsum promissorem numquam поскольку это условие не реализовалось в exstitit. отношении самого обещавшего.

В тексте обсуждается допустимость условия, включенного в обещание приданого (dotis dictio)⁵¹⁶ – об этом свидетельствует, в частности, форма, в которую поставлен глагол «хотеть». Если бы речь шла о стипуляции, условие, ставящее исполнение в зависимость от желания должника, должно было бы звучать так: «дашь, если захочешь?», «si volueris, dari?» (Paulus D.45.1.46.3),

⁵¹⁵ О. Ленель усматривает здесь более позднее вкрапление в оригинальный текст (Lenel O. Palingenesia... Vol. II. Col. 123). По мнению Т. Моммзена, устранению подлежит период «qui numquam dare voluerit» (Corpus iuris civilis. Vol. I. Berolini, 1886. P. 717).

⁵¹⁶ В этот контекст помещает данный фрагмент О. Ленель: Lenel O. Palingenesia... Vol. II. Col. 122-123.

поскольку стипуляционный вопрос задавался будущим кредитором, а не должником. Помпоний же говорит от лица должника: «если захочу». Такая формулировка могла содержаться в *dotis dictio*, которая представляла собой обещание, произнесенное будущим должником (см., например: Iulianus (Marcellus) D.23.3.44.1; Paulus D.23.3.25; Iavolenus D.23.3.57).

Помпоний пишет, что обещание приданого, осложненное подобным условием, следует рассматривать как произнесенное, *pro non dicto*. Обязательство под таким условием не устанавливается⁵¹⁷. Что касается содержания этого решения, то оно принадлежит к числу бесспорных аксиом римской юриспруденции. Речь идет о недопустимости так называемых чисто потестативных условий⁵¹⁸ (*Wollensbedingung, condition purement potestative*), реализация которых полностью зависит от воли должника. Показательно рассуждение Павла в «Комментарии к Сабину»

D.45.1.46.2 – 3: Si ita stipulatus fuero Если я получу такое стипуляционное ‘cum volueris’, quidam inutilem esse обещание: «когда захочешь», – одни stipulationem aiunt, alii ita inutilem, si говорят, что стипуляция antequam constituas, morieris, quod недействительна, другие – что она verum est. 3. Illam autem stipulationem недействительна, если ты умрешь ‘si volueris, dari?’ inutilem esse constat. прежде, чем установишь [срок], и это правильно. 3. Стипуляция же: «дашь,

⁵¹⁷ Ср.: D.23.4.32.1: Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis: «Si pater filiae nomine certam pecuniam in dotem promiserat et pactus est, ne invitus eam solveret: nihil ab eo exigendum puto, quia id, quod pacto convento ne invitus exigeretur convenerit, in dotis causam esse non videretur».

⁵¹⁸ Этот современный термин имеет постклассическое происхождение – Iust. C.6.51.1.7: «Sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat...», «Если же что-то оставляется под условием – случайным, потестативным или смешанным, наступление которого зависит от судьбы, воли почтенного лица или от того и другого...». Об этой разновидности условий см.: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 181 – 182; Zimmermann R. Op. cit. P. 722; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 254.

если захочешь?», — точно
недействительна.

Как видим, спорному вопросу относительно действительности стипуляции, срок исполнения по которой полностью определяется волей должника, противостоит казус, который не вызывает никаких сомнений («constat»)⁵¹⁹, — стипуляция, где сама обязанность должника зависит от его воли, недействительна. Не менее категоричны Яволен D.45.1.108.1 («Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit», «не может существовать обещание, которое приобретает силу по воле обещающего») и Ульпиан в D.45.1.17 («Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione», «стипуляция не имеет силы, если условие оставлено на усмотрение лица, дающего стипуляционное обещание»), D.30.43.2 («Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest», «легат можно поставить в зависимость от чужой воли, от воли наследника — нельзя») и D.18.1.7pr. («...Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat ‘si voluero, decem dabo’: neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus», «ведь если мы сочтем, [что речь идет о] суждении господина, продажи не будет, подобно тому как, если кто-то обязуется продать, если захочет, или задающему стипуляционный вопрос даст такое обещание: «если захочу, дам десять»: не должно же от суждения должника зависеть, является ли он связанным»)⁵²⁰.

Помпоний предлагает рассматривать обещание приданого, поставленное под чисто постестативное условие, зависящее от воли должника, как

⁵¹⁹ См. об этом: Giaro T. Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment. Frankfurt am Main, 2007. S. 345.

⁵²⁰ См. также: Ulpianus D.32.11.7: «Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur ‘si volueris’, tamen si ita adscriptum fuerit: ‘si fueris arbitratus’ ‘si putaveris’ ‘si aestimaveris’ ‘si utile tibi fuerit visum’ vel ‘videbitur’, debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum».

непроизнесенное. Почему? «Потому что тебя нельзя понудить к исполнению, если ты не захочешь», «*quod dare nisi velis cogi non possis*». Как видим, в рассуждении юриста повторяется уже известная нам логика: поскольку акт не получает исковой защиты (т.е. — в терминах современной нам догматики — недействителен), его можно описать как несуществующий; но так как на самом деле он имел место, его несуществование фингируется.

Как мы уже замечали в предыдущем параграфе, одним из важнейших текстов для современной дискуссии и соотношении недействительности и несуществования в римском праве стал фрагмент Институций Гая, посвященный последствиям совершения новирующих стипуляций, пораженных различными пороками.

G.3.176: *Praeterea novatione* Кроме того, обязательство прекращается *tollitur obligatio, veluti si* новацией, как, например, если я получу *quod tu mihi debeas*, а *Titio* стипуляционное обещание от Тиция, что мне *dari stipulatus sim*: *nam* будет дано то, что ты мне должен: ведь с *interventu novae personae* появлением нового лица рождается новое *nova nascitur obligatio et* обязательство, а старое переносится в *prima tollitur translata in* последующее и прекращается. Более того, *posteriolem, adeo ut* иногда первое [обязательство] прекращается *interdum, licet posterior* по праву новации, хотя последующая *stipulatio inutilis sit, tamen* стипуляция ничтожна: например, если то, что *prima novationis iure tollatur*, ты мне должен, Тиций по стипуляции *veluti si quod mihi debes*, а пообещает мне [исполнить] после своей *Titio post mortem eius vel a* смерти или я получу стипуляционное *muliere pupillove sine tutore* обещание [об этом] от женщины или *auctore stipulatus fuero; quo* малолетнего без согласия опекуна. В таком *casu rem amitto: nam et prior* случае я теряю имущество: ведь и первый *debitor liberatur, et posterior* должник освобождается, и последующего *obligatio nulla est. Non idem* обязательства нет. Иная правовая ситуация

iuris est, si a servo stipulatus складывается, если я получу стипуляционное fuero: nam tunc prior proinde обещание от раба: ведь тогда первый adhuc obligatus tenetur, ac si [должник] по-прежнему отвечает по postea a nullo stipulatus обязательству, как если бы я впоследствии ни fuissem. от кого не получил стипуляционного обещания.

Гай противопоставляет две разновидности новирующих стипуляций, не производящих искомого эффекта. Первую группу образуют стипуляции («stipulatio inutilis»), направленные на установление обязательства после смерти лица, дающего обещание (об их недействительности Гай сообщает в других местах – G.3.100: «Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? vel ita: post mortem tuam dari spondes?.. nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem», «Наконец, недействительна такая стипуляция, когда кто-либо задает вопрос так: «обещаешь дать после моей смерти?», или так: «обещаешь дать после твоей смерти?.. ведь принято считать неуместным возникновение обязательства в отношении наследника», и G.3.117; ср. также G.3.158: «...generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse»), и стипуляции женщины и малолетнего, совершенные без одобрения опекуна. Такие стипуляции прекращают прежнее обязательство, не порождая нового. От них необходимо отличать («non idem iuris est») стипуляцию раба, которая не производит никакого эффекта вообще (ни правопрекращающего, ни правопорождающего)⁵²¹. Последнюю мысль Гай выражает несколько иначе, предлагая рассматривать подобные случаи так, как если бы никто не давал стипуляционного обещания.

⁵²¹ Такой взгляд получил общее признание во времена Гая, но еще Сервий Сульпиций полагал, что стипуляция раба будет иметь тот эффект, который в рассматриваемом тексте приписывается stipulatio post mortem rei promittendi и stipulatio sine tutoris auctoritate (см. G.3.179).

Этот текст занимает ключевое положение в дискуссии о соотношении ничтожности, недействительности и несуществования юридических фактов в римском праве⁵²². Действительно, Гай различает стипуляции, которые, не производя искомого эффекта, ведут к прекращению первоначального обязательства, и стипуляции, которые лишаются существования и не влекут вообще никаких последствий. Именно этот текст вкупе с G.3.179 дал Л. Миттайсу основания утверждать, что римляне различали несуществующие и существующие (но недействительные) сделки⁵²³. Современная романистика, отказавшаяся от предложенной системы понятий, держится более осторожных интерпретаций. Согласно одному подходу, речь идет о противопоставлении сделок (частично) недействительных, *inefficaci* (первая группа стипуляций) и недействительных-порочных, *invalidi* (вторая группа)⁵²⁴. По другой концепции Гай прибегает к фикции несуществования с тем, чтобы провести грань между разными формами ничтожности в рамках единой категории⁵²⁵. М. Таламанка полагает, что юрист был вынужден прибегнуть к этому приему, поскольку предикаты «*inutilis*» и «*nullus*», которые использовались как равнозначные, передавали одну и ту же идею – идею несоответствия наличной фактической ситуации гипотезе нормы, и поэтому не годились для демонстрации различий между двумя группами стипуляций, каждая из которых с одинаковым успехом могла быть описана и как «*stipulatio nulla*», и как «*stipulatio inutilis*». Чтобы подчеркнуть различия в правовом эффекте рассматриваемых стипуляций, Гай противопоставляет *stipulatio inutilis* (первая группа) стипуляцию, которой фиктивно отказывается в существовании (вторая группа).

⁵²² См.: Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 56-59; Brutti M. Invalidità... P. 570-571; Masi A. Nullità... P. 862-864; Di Paola S. Contributi... P. 21-34.

⁵²³ Mitteis L. Op. cit. S. 249-251.

⁵²⁴ Di Paola S. Contributi... P. 31-32. К нему присоединяется и М. Бруtti: Brutti M. Invalidità... P. 571.

⁵²⁵ Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 56-59. В этом же направлении двигался А. Мази: Masi A. Nullità... P. 862-864.

Так или иначе, для настоящего обсуждения важно, что крайнюю форму недействительности – случай, когда акт лишен всякого эффекта, – Гай описывает при помощи фикции несуществования. Стипуляция, совершенная рабом, имела место в реальности, она образует условия задачи, которую решает Гай («*si a servo stipulatus fuero*»). В то же время юрист убежден, что стипуляция раба не должна производить не только положительного эффекта, но и отрицательного, она не должна прекращать первоначальное обязательство. Чтобы лишить ее всякого правового значения, Гай фиктивно отказывает ей в существовании.

С помощью фикции несуществования римляне устраняли не только сделку в целом, но и ее части. Именно так описывались зачастую явления, которые современная европейская цивилистика объединяет в понятии недействительности части сделки. Богатый материал источников, демонстрирующий широкое распространение этого приема, не раз становился предметом внимания исследователей⁵²⁶. Здесь мы ограничимся одним примером, привлекательным по следующим причинам. Во-первых, речь идет о подходе, который благодаря состоянию источников можно проследить в его многовековом развитии. Во-вторых, словоупотребление источников показывает, что фикция несуществования воспринималась именно как способ описания недействительности. Пример, о котором мы говорим, – это так называемая *regula Sabiniana*, правило, согласно которому невозможные

⁵²⁶ Bund E. Die Fiktion «*pro non scripto habetur*» als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio // Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag. Berlin, 1970. S. 353-380; Bianchi E. Fictio iuris... P. 464-472; Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 62-64. См. также: Staffhorst A. Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht. Berlin, 2006. Passim.

условия, содержащиеся в завещании, должны рассматриваться как ненаписанные, *condiciones impossibiles pro non scriptis sunt*⁵²⁷.

Засвидетельствованная источниками дискуссия о последствиях включения в завещание невозможного условия, восходит к ответу Сервия, переданному Алфеном и Помпонием (речь, вероятно, в обоих случаях идет об одном ответе, хотя казус воспроизводится юристами неодинаково). Спорный вопрос привлек затем внимание Алфена (мнение которого нам не известно), Лабейона, Сабина, Кассия, Нерация, Помпония, Гая, Ульпиана, автора «Сентенций Павла», Юстиниана.

D.28.5.46: *Alfenus libro secundo* Алфен во второй книге «Дигест»,
digestorum a Paulo epitomatorum: 'Si изложенных Павлом: «Если моя мать
Maevia mater mea et Fulvia filia mea Мэвия и моя дочь Фульвия будут живы,
vivent, tum mihi Lucius Titius heres тогда пусть Луций Тиций будет моим
esto'. Servius respondit, si testator наследником». Сервий ответил: если у
filiam numquam habuerit, mater завещателя никогда не было дочери,
autem supervixisset, tamen Titium мать же переживет его, Тиций все же
heredem fore, quia id, quod будет наследником, поскольку то
impossibile in testamento scriptum невозможное, что написано в
esset, nullam vim haberet. завещании, не имеет силы.

D.35.1.6.1: *Pomponius libro tertio ad* Помпоний в третьей книге
Sabinum: Si servos certos quis «Комментария к Сабину»: Кто-то был
manumisisset, heres esse iussus erat. назначен наследником под условием,
quibusdam ex his ante mortuis что отпустит на волю определенных
Neratius respondit defici eum рабов. Нераций ответил, что после того,
condicione nec aestimabat, parere как некоторые из них умерли до
posset condicioni nec ne. sed Servius [освобождения], условие не наступит, и

⁵²⁷ Подробное обсуждение *regula Sabiniana* см.: Wieling H.J. *Falsa demonstratio, conditio pro non scripta, conditio pro impleta im römischen Testament* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. 1970. Bd. 87. S. 212-230.

respondit, cum ita esset scriptum 'si [он] не вдавался в вопрос, может filia et mater mea vivent' altera iam [наследник] исполнить условие или нет. mortua, non defici condicione. idem Но Сервий ответил: когда было est et apud Labeonem scriptum. написано так: «если дочь и моя мать Sabinus quoque et Cassius quasi будут живы», [хотя] одна из них уже impossibiles eas condiciones in была мертва, условие еще может testamento positas pro non scriptis наступить. То же написано и у Лабейона. esse, quae sententia admittenda est. Сабин же и Кассий [полагали], что эти условия, поставленные в завещании, как невозможные [следует считать] ненаписанными. И это суждение нужно принять.

По мнению Сервия, невозможная часть условия в завещании – как и вообще «то невозможное, что записано в завещании» – не имеет силы («id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet»), и, следовательно, назначение наследника оказывается поставлено под условие в части, оставшейся возможной: если наследник назначен при условии, что мать и дочь завещателя будут живы, хотя дочь уже мертва на момент составления завещания или ее вообще не существовало, назначение наследника зависит только от жизни матери завещателя. Есть основания полагать, что, давая такой ответ, Сервий порывал со сложившейся традицией: судя по всему, еще Квинт Муций полагал, что невозможное условие лишает силы завещательное распоряжение⁵²⁸.

⁵²⁸ Pomponius libro secundo ad Quintum Mucium D.28.3.16: «Cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testamentum erit ruptum», «когда во втором завещании мы назначаем наследником того, кто жив, либо просто либо под условием (только если условие может наступить, хотя и не наступило), прежнее завещание отменяется». См. об этом: Wieling H.J. Op. cit. S. 213-214.

Того же мнения, что и Сервий, придерживается Лабейон. Сабин с Кассием выступают за то же по существу решение⁵²⁹, используя, правда, иную технику: если Сервий говорил, что невозможные условия, поставленные в завещании не имеют силы («...nullam vim haberet»), то Сабин и Кассий обращаются к помощи фикции и предлагают рассматривать такие условия как ненаписанные («quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse»). К Сабину и Кассию присоединяется Помпоний, который и в другом месте почти дословно воспроизводит их концепцию – D.28.3.16: «...si vero impossibiles sunt, veluti 'Titius si digito caelum tetigerit, heres esto', placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis», «...если же [условия] невозможны, например, «пусть Тиций будет наследником, если дотронется пальцем до неба», считается, что [дело обстоит так,] как если бы условие, которое невозможно, не было приписано».

В изложении Гая этот спор характеризуется как контрверза между сабинианцами и прокулианцами.

G.3.98: Item si quis sub ea	Также если кто-либо стипулирует под
condicione stipuletur, quae existere	таким условием, которое не может
non potest, velut "si digito caelum	наступить, например, «если дотронется
tetigerit", inutilis est stipulatio. sed	пальцем до неба», стипуляция
legatum sub impossibili condicione	недействительна. Но отказ, оставленный
relictum nostri praeceptores	под невозможным условием, наши
proinde deberi putant, ac si sine	наставники полагали подлежащим
condicione relictum esset; diversae	исполнению, как если бы он был оставлен
scholae auctores non minus	без условия. Мэтры другой школы
legatum inutile existimant quam	считали отказ действительным не более,
stipulationem. et sane vix idonea	чем стипуляцию. И правда, едва ли может
diversitatis ratio reddi potest.	быть найдено подходящее основание для

⁵²⁹ Ср. также Papinianus (Cassius, Sabinus) D.35.1.72.7.

различия.

Прокулианцы, представленные Нерацием и «*diversae scholae auctores*» Гая (Лабеон, как видим, поддерживал сабинианцев), занимали противоположную позицию. Судя по всему, Нераций подходил к делу строго формально: если условие не наступило, назначение наследника не вступает в силу; какая при этом разница, могло ли оно вообще наступить? – «*Neratius respondit deficere eum condicione nec aestimabat, parere posset condicioni nec ne*».

Восторжествовало мнение Сервия, поддержанное сабинианцами; в «Институциях» Юстиниана позиция прокулианцев даже не упоминается.

D.35.1.3: *Ulpianus libro sexto ad Sabinum: Optinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.* Ульпиан в шестой книге «Комментария к Сабину»: Удержался [подход, согласно которому] невозможные условия, приписанные к завещанию, следует рассматривать как не несуществующие.

D.28.5.51.1: *Ulpianus libro sexto regularum: Si in non faciendo impossibilis condicio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset*⁵³⁰. Ульпиан в шестой книге «Правил»: Если невозможное условие назначения наследника состоит в несовершении действий, по общему мнению, он будет наследником, как если бы был назначен просто безусловно.

I.2.14.10: *Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.* Невозможное условие в назначениях [наследников] и отказах и даже в фидеикомиссах и распоряжениях освободить раба рассматриваются как ненаписанные.

Для настоящего исследования первостепенное значение имеет не столько содержание возобладавшего подхода, сколько техника, использованная для его

⁵³⁰ Ср. также *Ulpianus D.28.7.1*.

оформления. Сервий говорит о недействительности невозможных условий, отказывая имевшему место факту в правовых последствиях, говорит, что такое условие «не имеет силы» («...nullam vim haberet»). Хотя Сервию и удалось одержать победу над противниками по существу, юридико-техническое оформление его решения не удержалось, уступив фикции, предложенной сторонниками: Pomponius (Sabinus, Cassius) D.35.1.6.1: «...quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse...»; G.3.98: «...nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset»; Ulpianus D.35.1.3: «...pro nullis habendas»; Ulpianus D.28.5.51.1: «...perinde ac si pure institutus esset»; I.2.14.10: «...pro non scripto habetur». Известны и другие тексты, где это решение описывается через фикцию: Labeo-Iavolenus D.28.7.20pr.: «...ἄδύνατος condicio pro non scripta accipienda est»; Iulianus D.30.104.1 «...ἄδύνατος condicio pro non scripta habetur». За «устранением условий», о котором говорят «Сентенции Павла» (PS.3.4B.1: «...altera impossibilis submovetur»), наверняка стоит все та же фикция: чтобы имеющий правовое значение факт лишиться последствий, надо этот факт «устранить», сделать так, чтобы его не было (ср. фикцию как способ оформления rescissio)⁵³¹.

Соглашаясь с Сервием в смысле содержания предложенного решения, его последователи предпочитают лаконичной формулировке «не имеет силы» фикцию ненаписанности⁵³². Строго говоря, и современной точки зрения утверждение, что условие не имеет силы, вызывает нарекания: ведь само по себе условие и не должно влечь никаких правовых последствий.

⁵³¹ Сложно оценить с этой точки зрения семантику слов Ульпиана «...condicionem evanescere quasi impossibilem» (D.28.7.6).

⁵³² Которая, кстати сказать, была известна и во времена Сервия. Так, еще Квинт Муций Сцевола считал, что непонятные положения завещания следует рассматривать как ненаписанные: D.50.17.73.3: «Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent». Ему вторит и современник Сервия Алфен Вар: D.34.8.2: «Quae in testamento scripta essent neque intellegentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent».

Действительно, вопрос, на который отвечает Сервий, таков: следует ли исполнять завещательное распоряжение, поставленное под невозможное условие? Отвечая положительно, юрист говорит о бессилии условия, чтобы обосновать свое решение. Однако предложенное обоснование едва ли понятно собеседнику: что означают слова «условие не имеет силы»? Как бессилие условия влияет на судьбу завещательного распоряжения? Абстрактное и не слишком понятное обоснование Сервия уступает поэтому фикции, которая гораздо более наглядно демонстрирует суть принятого решения: всякому очевидна судьба безусловного распоряжения, и юристы предлагают представить дело так, как если бы условие не было написано вовсе.

Надо сказать, что устранить неугодное условие из завещания, не прибегая к фикции, было бы не так-то просто. Известно, что применительно к условиям юристы избегали предикации «nulla» и «inutilis»⁵³³. Можно предположить, что это было связано с очевидным конфликтом между фактическим наличием условия в завещании и утверждением «nulla condicio est», «условия нет». Показательно, что когда Ульпиан в одном из приведенных текстов все-таки обращается к предикату «nullus», ему приходится использовать фикцию (D.35.1.3): «...impossibiles condiciones... pro nullis habendas». На самом деле условие содержалось в завещании, поэтому для его устранения необходима фикция. Чтобы проигнорировать условие, нужно лишить его существования.

Как видно из приведенных примеров, адекватность предложенного в предыдущем параграфе объяснения фикции несуществования подтверждается при анализе конкретного материала источников, информирующих об отдельных случаях обращения к этой технике в законах, постановлениях сената, преторском эдикте и сочинениях юристов. Неудобный факт нельзя лишить последствий, органически связанных с ним, равно как невозможно и просто объявить его несуществующим, поскольку его объективное существование очевидно. В таких случаях помогает фикция, будто свершившийся социальный не имел места в действительности.

⁵³³ Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность... С. 64.

§ 3. Изменение юридических фактов с помощью фикции

Преобразование социальной реальности с помощью фикции заключалось не только в приписывании существования не имевшим места фактам (см. вторую главу настоящей работы) или устранении состоявшихся фактов (см. предыдущий параграф), но и в их модификации, изменении. Источники часто сообщают о преторских, легальных и юриспруденциальных фикциях, посредством которых имевший место социальный факт подвергался корректировке в тех или иных целях. Скажем, стипуляция или завещательный отказ в той редакции, которую им дали стороны, не могли произвести искомого эффекта. Незначительные изменения акта спасли бы его от недействительности и обеспечили бы достижение целей, преследуемых сторонами. Однако акт был совершен неудачно, и формальный подход к делу приводил к констатации его ничтожности. В некоторых случаях такое решение казалось римлянам несправедливым, и, стремясь спасти соответствующий акт от недействительности, они прибегали к фикции, с помощью которой модифицировали его, чтобы сделать возможным достижение намеченного правового результата. К этому приему обращались и тогда, когда совершенный сторонами акт имел силу, однако приводил к последствиям, не учитывающим в должной мере интересы сторон. Рассмотрим несколько примеров использования описанной техники.

D.38.1.39pr.: Paulus libro septimo Павел в седьмой книге «К Плавцию»:
ad Plautium⁵³⁴: Si ita stipulatio a Если патрон задал стипуляционный

⁵³⁴ Фрагмент заимствован составителями Дигест из седьмой книги работы Павла «К Плавцию». В подобных случаях наши источники, как правило, не позволяют разграничить текст самого Плавция и комментарий Павла (см.: Lenel O. Palingenesia iuris civilis... Vol. II. Col. 13-14). Реконструируя произведение Павла, которое в первых десяти книгах следовало, скорее всего, структуре преторского эдикта (edictum perpetuum), О. Ленель помещает обсуждаемый фрагмент в раздел «О праве патроната» («De iure patronatus») (Lenel O.

patrono facta sit: 'si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes'? videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas.

вопрос так: «Если не отработаешь десять дней, обещаешь дать двадцать монет?», следует рассмотреть, [не получится ли], что ему не будет дан ни иск о двадцати, поскольку они были обещаны в обременение свободы, ни [иск] о работах, которые не были обещаны? Или же следует ввести фикцию, будто были обещаны только работы, чтобы не оставлять патрона совсем без защиты? И претор считал, что обещаны только работы.

В приведенном фрагменте обсуждаются последствия совершения патроном и его клиентом стипуляции, направленной на установление обязательства в пользу первого. Регулятивная ситуация, в которой возник рассматриваемый вопрос, выглядит следующим образом. Раб, отпущенный на волю, давал прежнему господину, ставшему теперь его патроном, клятву или обещание по стипуляции (как в нашем тексте), в силу которых обязывался выполнить для него те или иные работы, определенные количеством дней⁵³⁵. И клятва, и

Palingenesia iuris civilis... Vol. I. Col. 1147, 1159-1160; см. также: Id. Das Edictum perpetuum... S. 338-341). Ни О. Ленель (ibid.), ни Т. Моммзен (Corpus iuris civilis... P. 567) не считают текст испорченным.

⁵³⁵ См., напр.: D.38.1.8pr. («ipsis patronis iuretur vel promittatur» – «самим патронам приносится клятва или дается обещание по стипуляции»); D.38.1.37pr. («iuraverit vel promiserit» – «принес клятву или дал обещание по стипуляции»); об установлении такого обязательства посредством клятвы см.: D.38.1.7pr.-3; D.40.12.44pr.-1; G.3.83 («operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est» – «обязательство вольноотпущенников выполнить работы, которое установлено посредством принесения клятвы»); G.3.96; EG.2.9.4. См. также Lenel O. Das Edictum perpetuum... S. 338-339; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 299-300; Дождев Д.В. Римское частное право... С. 275, 559 (в последней работе не указывается на стипуляцию как одну из форм установления obligatio operarum).

стипуляция создавали основание для особого гражданского иска – *actio operarum*⁵³⁶. Именно об этом средстве защиты и идет речь в тексте («*actio... operarum*»). Для борьбы с возможными злоупотреблениями со стороны патронов, чрезмерно «обременяющих» свободу вольноотпущенников, претором создана *exceptio operandae libertatis causa* – исковое возражение о том, что [сделано] с целью обременения свободы⁵³⁷. Те же цели преследует закон Элия Сенция (*lex Aelia Sentia*) 4 г. н.э., запрещающая возлагать на вольноотпущенников вместо обязательств по выполнению работы денежные обязательства⁵³⁸. Когда в нашем тексте ставится вопрос, не останется ли патрон, получивший обещание определенной суммы под условием невыполнения работ, без иска об уплате этой суммы, речь идет именно об ограничениях, установленных названным законом, несоблюдение которых приведет к тому, что иск патрона будет парализован посредством *exceptio operandae libertatis causa*. Иными словами, патрон, получивший положительный ответ на вопрос: «Обещаешь дать 20, если не отработаешь?», не сможет требовать уплаты выговоренной им суммы, поскольку установление денежного обязательства вместо обязательства выполнить работы запрещено законом. Более того, строго говоря, ему недоступна и *actio operarum* – требование о выполнении работ, поскольку работы не были предметом обязательства, на установление которого направлена стипуляция. При формулировке стипуляционного вопроса, обсуждаемой в тексте («Если не отработаешь десять дней, обещаешь дать двадцать монет?»), работы вольноотпущенника не образуют содержания

⁵³⁶ Lenel O. *Das Edictum perpetuum...* S. 338-341; Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 300.

⁵³⁷ D.44.5.1.4-2.2. См. также: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 301. Перевод слов «*quasi operandae libertatis gratia*», предложенный в издании Дигест Юстиниана под редакцией Л.Л. Кофанова (Т. VI. Полутом 1. М., 2005. С. 201), – «как бы ради предоставления свободы», – неверен. Вместе с тем аналогичные выражения в D.44.5.1.4-2.2 указанное издание переводит правильно (Т. VI. Полутом 2. М., 2005. С. 525-529).

⁵³⁸ См., прежде всего: D.40.9.32.1-2; D.38.1.25pr.-4.

обязательства, оказываясь не *in obligatione*, а *in condicione*⁵³⁹ и, таким образом, играя роль условия, в зависимость от реализации которого, поставлен правовой эффект сделки (условие сконструировано негативно – сделка будет иметь силу в случае невыполнения работ). Будь патрон аккуратнее, он бы добился желаемого результата – получить деньги, если работы не будут выполнены, – построив вопрос таким образом, чтобы стипуляция создавала альтернативное обязательство⁵⁴⁰:

D.40.9.32.2: Terentius Clemens Теренций Клеменс в восьмой книге «К закону libro octavo ad legem Iuliam et Юлия и Папия»: Этот закон не затрагивает Papiam: Is, qui operas aut in того, кто пообещал по стипуляции работы singulas eas certam summam или взамен каждого [рабочего дня] promisit, ad hanc legem non определенную сумму, поскольку он может pertinet, quoniam operas освободиться, выполнив работы. praestando potest liberari.

D.37.14.6.1: Paulus libro Павел во второй книге «К закону Элия secundo ad legem Aeliam Сенция»: [Если кто-либо] получил обещание Sentiam: Stipulatus est centum по стипуляции, что в его пользу сто дней operas aut in singulas aureos будут выполняться работы, или ему будут quinos dari: non videtur contra даны по пять золотых за каждый день, не legem stipulatus, quia in считается, что он получил обещание по potestate liberti est operas dare. стипуляции в нарушение закона, так как во власти вольноотпущенника выполнить работы.

⁵³⁹ Или, пользуясь словами Павла в D.44.7.44.5, не *in stipulatione*, а *in exsolutione*. Paulus D.44.7.44.5: «Si ita stipulatus sim: ‘si fundum non dederis, centum dare spondes?’ sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus», «если я получил такое обещание по стипуляции: «Если не дашь участок, обещаешь дать сто?», в стипуляции – только сто, в освобождении – участок».

⁵⁴⁰ Zimmermann R. Op. cit. P. 686.

Патрону доступна стипуляция, устанавливающая альтернативное обязательство, – «выполнить работы или уплатить определенную сумму», так как она оставляет вольноотпущеннику возможность освободиться именно выполнением работ. С фактической точки зрения, такая возможность есть у вольноотпущенника и в случае, который стал предметом обсуждения в нашем тексте. Однако с точки зрения права ситуация выглядит иначе: в отличие от стипуляций с альтернативой здесь содержанием обязательства стала только денежная сумма, что прямо запрещено законом.

Итак, проблема, поставленная в нашем тексте, заключается в том, что патрон, получивший обещание денежной суммы по условной стипуляции – «дашь 20 монет, если не отработаешь 10 дней?»), – строго говоря, должен остаться без защиты, так как иск об уплате денежной суммы будет парализован возражением, а для требования о выполнении работ отсутствуют основания, ибо работы не составляют предмета обязательства. Как видно из текста («*ne patronus omnimodo excludatur*»), эти последствия воспринимались как слишком строгие, что и привело к вмешательству претора. Судя по тому, что сообщает Павел, для решения описанной проблемы претор использовал фикцию («*an... fingi debeant*»⁵⁴¹), предписав оценивать подобные стипуляции так, как если бы обещаны были работы (а не денежная сумма). Слово «*dumtaxat*» («только»), дважды использованное в тексте, допускает гипотезу, что наряду с этим решением рассматривался и иной вариант – оценивать подобные стипуляции так, как если бы обещаны были работы или деньги (альтернативное обязательство). Наличие второго варианта могло бы объяснить настойчивое повторение слов «только работы», выглядящее странно в отсутствие

⁵⁴¹ Анализируемый текст примечателен тем, что для описания юридико-технического приема фикции здесь используется специальный термин «*fingere*» (см. об этом § 1 главы I настоящей работы).

оппозиции. Мыслим и иной перевод слова «*dumtaxat*» – «по крайней мере»⁵⁴², который в нашем контексте выглядит не менее органично – защита патрона заключается в том, чтобы фиктивно принять, будто «были обещаны, по крайней мере, работы». Впрочем, и этот перевод не противоречит предложенной гипотезе: рассмотрев два варианта – истолковать стипуляцию как альтернативную («работы или деньги») либо как простую («работы»), претор и, очевидно, юристы, посоветовавшие ему такое решение⁵⁴³, остановились на втором, умеренном варианте; отсюда и «по крайней мере».

Почему для решения изложенной проблемы претор и стоящие за ним юристы обращаются к фикции? Р. Кнютель, обсуждая в своем недавнем докладе «О толковании стипуляции»⁵⁴⁴ наш текст, пишет: «этот шаг позволил предоставить в спорном случае уже существующую *actio operatum*. Но ведь претор мог и без фикции обеспечить исковую защиту посредством *actio in factum*. То обстоятельство, что он все же выбрал иной путь, позволяет сделать вывод, что он и консультирующие его юристы уже не придавали существенного значения формализму стипуляции». Этот вывод требует уточнения. Претор и юристы стояли не только перед выбором между *actio*

⁵⁴² Heumanns Handlexikon... S. 161; Дыдынский Ф.М. Указ. соч. С. 186; Дворецкий И.Х. Указ. соч. С. 270; Oxford Latin Dictionary... P. 579-580; Thesaurus Linguae Latinae. Vol. V.1. P. 2238-2240; Georges K.E. Op. cit. Col. 2311.

⁵⁴³ О *consilium*, состоявшем из юристов и оказывавшем квалифицированную помощь претору и другим магистратам, см.: Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft... S. 62-63, 138-139.

⁵⁴⁴ «Zur Auslegung der Stipulation». Текст доклада на немецком языке см.: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-58s.pdf> (последнее посещение 24.12.2009 г.). S. 30-31. Доклад опубликован на испанском языке в сборнике *Derecho civil y romano. México: Universidad Nacional Autónoma de México*, 2006. P. 195-235 (= <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/14.pdf> (последнее посещение 24.12.2009 г.)). Обсуждение нашего текста см.: *ibid.* P. 232-233.

operarum (с формулой *in ius concepta*⁵⁴⁵) и возможной *actio in factum*⁵⁴⁶. Считая отказ патрону во всякой защите несправедливым и «не придавая существенного значения формализму стипуляции», претор и юристы оказались готовы дать ему иск из стипуляции, несмотря на то, что предмет требования не был предметом образующих ее вопроса и ответа. Почему для «истолкования»⁵⁴⁷ стипуляции в выбранном ключе потребовалась именно фикция? Почему не ограничиться указанием, что совершенную сторонами стипуляцию следует понимать так или иначе? Почему необходимо рассматривать совершенную стипуляцию так, как если бы вместо нее была совершена другая («*an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant*»)?

На эти вопросы может быть предложен следующий ответ. Действительно, использование фикции в данном случае стало возможным благодаря преодолению представлений о строгом формализме стипуляции. Но преодоление это еще не завершено. С одной стороны претор и юристы уже готовы сообщить совершенной стипуляции правовые последствия, не соответствующие ее буквальному содержанию. Они готовы сказать, что из обещания уплатить определенную денежную сумму в случае невыполнения

⁵⁴⁵ «*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio operas decem dare oportere...*» («Если выяснится, что Нумерий Негидий должен отработать в пользу Авла Агерия десять дней...») – заметим, что речь идет именно о *dare*, а не о *facere oportere*: Lenel O. *Das Edictum perpetuum*... S. 338-341.

⁵⁴⁶ Г. Демелиус считает этот выбор не столь существенным: вместо того, чтобы, создавая новый иск с формулой *in factum*, подробно перечислять все релевантные обстоятельства, претор берет за основу уже существующий иск и с помощью фикции несколько модифицирует интенцию соответствующей формулы: Demelius G. *Op. cit.* См., прежде всего, S. 63-65.

⁵⁴⁷ Использование фикции в подобных случаях рассматривает как толкование, например, Э. Бунд: Bund E. *Untersuchungen zur Methode Iulians*... S. 167-171; Id. *Die Fiktion «pro non scripto habetur» als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio*... S. 353-380. Скопее скептически настроен Р. Циммерманн (*op. cit.* P. 686).

работ возникает требование выполнить работы. С другой стороны для возникновения такого требования (*actio operarum*) необходимо совершить стипуляцию, предметом которой являлись бы работы. Примирение этих двух позиций достигается с помощью фикции. В этом приеме представления о зависимости правовой оценки от социального факта и преодолевается, и – в то же время консервируется. Модификация гипотезы нормы, в нашем случае – расширение, достигается здесь не напрямую, не утверждением единой правовой оценки для двух фактических ситуаций, прежде воспринимавшихся как различные с правовой точки зрения, а уравниванием самих этих ситуаций⁵⁴⁸. На рассматриваемый казус транслируются не только правовые последствия другой ситуации, но и ее фактический субстрат.

Аналогичная техника засвидетельствована в двух текстах, передающих рассуждения Цельса и Павла, которые с помощью фикции модифицировали совершенную сторонами стипуляцию с тем, чтобы устранить препятствия для ее действительности.

D.45.1.97pr.: Celsus libro vicensimo Цельс в двадцать шестой книге
sexto digestorum: Si ita stipulatus fuero: «Дигест»: Если я стипулирую так:
'te sisti? nisi steteris, hippocentaurum «явишься? если не явишься, дашь
dari?» proinde erit, atque 'te sisti' гиппокентавра?», дело будет обстоять
solummodo stipulatus essem. так, как если бы я стипулировал
только «явишься?».

D.45.1.126.3: Paulus libro tertio Павел в третьей книге «Вопросов»:
quaestionum: Si ita stipulatus fuero te Если я стипулирую, чтобы ты явился
sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod и, если не явишься, чтобы дал что-то,
promittenti impossibile est: detracta что невозможно для обещающего, то

⁵⁴⁸ В этом смысле фикция все же отличается от простой отсылки, отсылочной нормы – вопреки господствующему воззрению (см., напр.: Demelius G. Op. cit. S. 46; Esser J. Op. cit. S. 29-34, 37-80, 200; Bund E. Untersuchungen zur Methode Iulians... S. 123-125). Разводит эти два понятия Р. Иеринг: Jhering R. Geist des römischen Rechts... 3.1. S. 298.

secunda stipulatione prior manet utilis et после исключения второй
perinde erit, ac si te sisti stipulatus стипуляции, первая остается
essem. действительной, и дело будет
обстоять так, как если бы я
стипулировал, чтобы ты явился.

Речь в приведенных текстах идет о так называемой *cautio vadimonium sisti*, гарантии явки в суд в определенный день, которую ответчик давал истцу при переносе судебного заседания, а также в некоторых других случаях⁵⁴⁹. G.4.184: «Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti», «когда же противник был вызван в суд и дело не могло быть завершено в тот же день, ему следует дать гарантию явки в суд, то есть, чтобы он обещал, что явится в определенный день». Обещание ответчика облекалось в форму преторской стипуляции (см., например: Ulpianus D.46.5.1.3), модельная формулировка которой состояла, судя по всему, из двух элементов – обещания явиться в суд в назначенное время и обещания уплатить штраф в случае неявки. Видимо, не без колебаний юристы согласились, что вторую часть можно опустить, ограничившись обещанием явки. Особую роль в утверждении такого подхода сыграл Цельс.

D.2.5.3: Ulpianus libro Ульпиан в двадцать седьмой книге
quadragensimo septimo ad «Комментария к Сабину»: Если кто-либо
Sabinum: Cum quis in iudicio пообещал явиться в суд и не добавил
sisti promiserit neque adiecerit [обещания] штрафа, [на тот случай], если
poenam, si status non esset: не явится, то совершенно верно, что с ним
incerti cum eo agendum esse in id следует судиться по иску с неопределенной

⁵⁴⁹ См. об этом институте подробно: Kaser M., Hackl K. *Das römische Zivilprozeßrecht*... S. 226-231 и указанную там литературу. См. также Дождев Д.В. *Римское частное право*... С. 228; Lenel O. *Das Edictum Perpetuum*... S. 80-85, 515-516; Zimmermann R. *Op. cit.* P. 103. Обсуждение процитированных текстов см.: Staffhorst A. *Op. cit.* S. 62-64.

quod interest verissimum est, et [интенцией], требуя положительного
ita Celsus quoque scribit. интереса. И так же писал Цельс.

D.45.1.81pr.: Ulpianus libro Ульпиан в семьдесят седьмой книге
septuagensimo septimo ad «Комментария к эдикту»: Если кто-либо
edictum: Quotiens quis alium sisti пообещает, что другой, например, его раб
promittit nec adicit poenam, puta или свободный человек, явится в суд, и не
vel servum suum vel hominem добавит [обещания] штрафа, спрашивается,
liberum, quaeritur, an будет ли стипуляция. И Цельс говорит, что
committatur stipulatio. Et Celsus даже если к этой стипуляции не будет
ait, etsi non est huic stipulationi добавлено: «если не явится, заплачу
additum ‘nisi steterit, poenam штраф», [она] будет охватывать
dari’, in id, quanti interest sisti, положительный интерес [истца] в том,
contineri. Et verum est, quod чтобы [ответчик] явился. И верно говорит
Celsus ait: nam qui alium sisti Цельс: ведь тот, кто обещает, что другой
promittit, hoc promittit id se явится, обещает, что сделает так, чтобы тот
acturum, ut stet⁵⁵⁰. явился.

Как видно, самостоятельное значение обещания явиться в суд, не сопровождавшегося штрафной стипуляцией, вызывало сомнения и, судя по всему, получило признание лишь благодаря Цельсу. Поскольку cautio vadimonium sisti относилась к числу преторских стипуляций, то исключение штрафной оговорки – в отступление от предложенного в эдикте формуляра – требовало, очевидно, разрешения претора⁵⁵¹.

Вопрос, которым задается Цельс в D.45.1.97pr. и вслед за ним Павел в D.45.1.126.3, имеет смысл лишь постольку, поскольку за простым обещанием явиться в суд признано правовое значение. Юристы обсуждают случай, когда обещание явки сопровождалось штрафной стипуляцией, однако эта стипуляция не имела силы, так как ее предмет составляло невозможное действие. Можно

⁵⁵⁰ См. продолжение текста – Ulpianus D.45.1.81.1, а также Neratius D.2.11.14.

⁵⁵¹ Ulpianus D.45.1.52pr.; 46.5.1.10. См. об этом: Lenel O. Das Edictum Perpetuum... S. 515.

ли при описанных обстоятельствах, отбросив второй элемент *cautio*, сказать, что ответчик просто пообещал явиться? Юристы отвечают положительно, прибегая к фикции: дело надо рассматривать так, как если бы было дано обещание явиться.

На первый взгляд может показаться, что это решение лежит на поверхности: ведь сам факт недействительности второй стипуляции (заплатить штраф в случае неявки) никоим образом не должен влиять на действительность первой (явиться). Если бы ответ был столь очевиден, вряд ли эта проблема привлекла бы внимание юристов. Более того, предложенная в текстах аргументация показывает, что они рассуждали иначе. Цельс добивается установления обязательства явиться посредством фикции, что была совершена только стипуляция явиться («*proinde erit, atque 'te sisti' solummodo stipulatus essem*»). Эта фикция может быть проинтерпретирована двояко. С одной стороны, юрист мог иметь в виду фикцию совершения стипуляции «*te sisti spondes?*», «обещаешь явиться?», которая в действительности не имела места. В таком случае перед нами техника, подобная той, о которой шла речь выше – при анализе D.38.1.39pr.: чтобы защитить истца, получившего недействительное стипуляционное обещание под негативным отлагательным условием, вводится фикция, будто обещано было описанное в условии действие. Иначе говоря, как и Павел в D.38.1.39pr., Цельс делает находящееся *in condicione* действие предметом обязательства, установленного фиктивной стипуляцией, так что это действие оказывается *in obligatione*. С другой стороны, мыслимо и иное прочтение текста Цельса: вероятно, юрист не фингирует не имевшую места стипуляцию, а посредством фикции устраняет недействительную стипуляцию. При таком прочтении задача, которую решает использованная Цельсом фикция, – лишить существования вторую стипуляцию (штрафную). Похоже, именно этот смысл сообщает выдуманной Цельсом фикции Павел в D.45.1.126.3, аргументация которого более развернута. «...*Detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem*», «после исключения

второй стипуляции, первая остается действительной, и дело будет обстоять так, как если бы я стипулировал, чтобы ты явился». Как видно, для Павла стипуляции две – явиться (*prior stipulatio*) и совершить невозможное действие в случае неявки (*secunda stipulatio*). Фикция при таком взгляде предстает инструментом совершения той операции, которую в тексте описывает глагол «*detrahere*» («отрывать», «удалять»), обращенный на вторую стипуляцию. Фикция нужна, чтобы отделаться от неудобной второй стипуляции, наличие которой, по мнению юриста, препятствует действительности первой.

Таким образом, исходная позиция Цельса, предложившего обсуждаемую фикцию, может состоять либо в отрицании наличия самостоятельной стипуляции явиться в структуре *cautio vadimonium sisti*, либо в убеждении, что вторая стипуляция или ее недействительность каким-то образом препятствует вступлению в силу первой. Последнему варианту следует Павел. Рассмотрим каждую из позиций поподробнее.

Мог ли Цельс в словах «*te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?*» видеть формулу единой стипуляции, стипуляции дать гиппокентавра в случае неявки? Убедительный положительный ответ на этот вопрос дает рассуждение Алфена Вара, анализировавшего подобную формулировку.

D.17.2.71pr.: *Paulus libro tertio* Павел в третьей книге «Эпитомы «Дигест»
epitomarum Alfeni digestorum: Алфена):

Duo societatem coierunt, ut Двое вступили в товарищество, чтобы
grammaticam docerent et quod ex преподавать словесность, и чтобы весь
eo artificio quaestus fecissent, доход, полученный от этого ремесла, был
commune eorum esset: de ea re общим. То, чего они хотели в связи с этим
quae voluerunt fieri in pacto делом, сначала записали в неформальном
convento соглашении о товариществе, а затем
proscripserunt, deinde inter se his обменялись стипуляциями в таких словах:
verbis stipulati sunt: 'haec, quae «дать [и] сделать все так, как это записано
supra scripta sunt, ea ita dari fieri выше, и не делать ничего против этого?

neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?’ quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent ‘haec ita dari fieri spondes?’, futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati ‘ea ita dari fieri spondes?’ sed ‘si ea ita facta non essent, decem dari?’ non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

Если это не будет дано [или] сделано так, тогда дать двадцать тысяч?». И был задан вопрос: если что-то будет совершено вопреки, можно ли судиться иском из [договора] товарищества? Он ответил, если бы после заключения ими соглашения о товариществе они стипулировали так: «Обещаешь, что все будет дано [и] сделано так?», то, если бы они это сделали с целью новации, нельзя было бы судиться из [договора] товарищества, а все дело считалось бы перенесенным в стипуляцию. Но поскольку они стипулировали не «Обещаешь, что все будет дано [и] сделано так?», а «[Обещаешь] дать десять, если это не будет сделано так?», ему кажется, что не [все] дело переведено в стипуляцию, а только штраф – ведь дающий обещание обязался не в отношении обоих предметов – дать и сделать и, если не сделает, заплатить штраф, – и поэтому можно судиться по иску из [договора] товарищества.

Эвристический потенциал этого текста чрезвычайно велик: он информирует не только о новации и штрафных стипуляциях, но и о соотношении стипуляции и соглашения, стипуляции и консенсуального контракта, и играет большую роль в исследованиях по истории римской теории договора. Для наших рассуждений текст привлекателен, главным образом, потому, что в нем предложено толкование стипуляции, сформулированной так же, как и

рассматриваемая *cautio vadimonium sisti*. Предметом правовой оценки Алфена стал казус, в котором после заключения договора товарищества была совершена такая стипуляция: «*haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*». Сходство этой формулировки с формулой *cautio vadimonium sisti* бросается в глаза. Вопрос, заданный Алфену, касался допустимости в описанной ситуации *actio pro socio* – иска из договора товарищества. Юрист, начиная издалека, дает следующий ответ: если бы были совершены стипуляции «*haec ita dari fieri spondes?*», то *actio pro socio* была бы исключена, поскольку обязательства из договора товарищества новировались бы, превратившись в обязательства из стипуляции. Но такой стипуляции стороны не совершили, ограничившись штрафной стипуляцией, так что предметом обязательства стал лишь штраф, а не совершение действий, описанных в пакте, который был составлен при заключении договора товарищества. Итак, отвечая на вопрос, Алфен отправляется от сравнения предложенного казуса с другим – вымышленным (*hypothetischer Vergleichsfall*). Этот прием используется, чтобы подчеркнуть особенности реального казуса, которые диктуют то или иное решение. Перефразируя Алфена, его ответ можно схематично изложить так: «вот если бы вы сделали так-то и так-то, интересующий вас иск не имел бы места, но вы поступили иначе, поэтому...». В чем же заключается принципиальное отличие смоделированной юристом ситуации от той, с которой к нему обратились за консультацией? Почему в вымышленном казусе Алфен видит новирующую стипуляцию, а в реальном – нет? Дело, очевидно, в том, что вопрос «*spondes?*» и соответствующий ему ответ «*spondeo*» в совершенной сторонами стипуляции не повторялись после каждой ее части, а завершали всю приведенную формулу. Иначе говоря, кредитор не спрашивал отдельно должника, обещает ли тот выполнить действия, указанные в пакте, а задавал лишь один вопрос, который дословно воспроизведен в тексте за исключением последнего слова – «*spondes?*». По мнению Алфена, стипуляция в предложенной формулировке –

штрафная, предметом которой является лишь выплата штрафа, в то время как несовершение описанных в пакте действий составляет условие вступления ее в силу⁵⁵².

Следует полагать, что Цельс в D.38.1.39pr. и Павел в D.45.1.126.3 дословно цитируют *cautio vadimonium sisti*. Если это так, то ее формулировка обладает той же формальной структурой, что и формулировка стипуляции, с которой имел дело Алфен, и нет ничего удивительного в том, что и Цельс исходил из аналогичного толкования. Более того, судя по следующему тексту Юлиана, такое толкование *cautio vadimonium sisti* было общепринятым.

D.34.5.13.2: Iulianus libro Юлиан в монографии о
singulari de ambiguitatibus: Cum «Двусмысленностях»:
ita stipulationem concipimus: ‘si Если мы сформулируем стипуляцию так:
hominem aut fundum non dederis, «Если не дашь раба или участок,
centum dari spondes’? utrumque обещаешь дать сто?», то, чтобы
est faciendum, ne stipulatio стипуляция не вступила в силу, надо
committatur, id est sive alterum сделать и то, и другое, то есть, если
sive neutrum factum sit, tenebit сделано что-то одно или ничего,
stipulatio. idemque est evidenter, стипуляция будет в силе. Очевидно, что то
cum propositis specialiter pluribus же будет, когда, отдельно перечислив
rebus, quas fieri volumus, ita многие вещи, которые нам хотелось бы
stipulamur: ‘si quid eorum factum видеть сделанными, мы совершаем
non erit’: veluti ‘Stichum et стипуляцию так: «Если что-либо из этого
Damam et Erotem sisti? si quis не будет сделано»: например, «Что явятся
eorum non steterit, decem dari?’ Стих, Дама и Эрот? если кто-либо из них
necesse est enim omnes esse не явится, дать десять?», то, чтобы
sistendos, ut stipulationi satisfiat. удовлетворить стипуляции, необходимо
vel ut propius accedamus, ведь, чтобы явились все. Или, чтобы

⁵⁵² Такую интерпретацию текста см., например: Horak F. Rationes decidendi... S. 205-208.

fingamus ita stipulationem factam: подобраться еще ближе, вообразим 'si Stichum et Damam et Erotem stipulationem, совершенную так: «Если не non sisteris, decem dari?» neque обеспечишь явку Стиха, Дамы и Эрота, enim dubitabimus, quin aequе дать десять?», – ведь мы не усомнимся, omnes sisti oporteat. что в равной мере должны явиться все.

Предметом интереса Юлиана являются стипуляции, поставленные под негативное отлагательное условие, образованное сразу несколькими фактами. Он объясняет, что в таких случаях вступления стипуляции в силу можно избежать только, если все согласованные факты наступят. Один из примеров, на которых юрист иллюстрирует сказанное, – cautio vadimonium sisti в уже известной нам редакции. Чтобы сделать очевидным, что гарантия явки ничем не отличается от других условных стипуляций, Юлиан предлагает читателю мысленно перестроить ее. Оригинальную формулу – «Stichum et Damam et Erotem sisti? si quis eorum non steterit, decem dari?» – Юлиан редактирует следующим образом: из двух частей он составляет одну, заменяя отсылочный элемент второй – «si quis eorum non steterit» – на непосредственное содержание условия – «si Stichum et Damam et Erotem non sisteris». Так Юлиан показывает, что cautio в своей традиционной редакции – не что иное, как громоздко сформулированная условная стипуляция, где явка в суд составляет отлагательное негативное условие обязательства уплатить штраф.

Ту же конструкцию cautio vadimonium sisti имеет в виду Паниниан, сообщение которого подтверждает, что слово «spondes?» стояло лишь в конце формулы.

D.45.1.115pr.: Papinianus libro Папиниана во второй книге secundo quaestionum: Ita stipulatus «Вопросов»: sum: 'te sisti in certo loco: si non Я стипулировал так: «Явишься в steteris, quinquaginta aureos dari определенное место. Если не явишься, spondes?» [...] quod si ab initio id обещаешь дать пятьдесят золотых?»... agebatur, ut quocumque die sisteres Если же изначально стипуляция была

et, si non stetisses, pecuniam dares, совершена так, чтобы ты явился в какой
quasi quaelibet stipulatio sub бы то ни было день, и если не явишься,
condicione concepta vires habebit, чтобы дал деньги, то она, как вступает в
nec ante committetur, quam fuerit силу всякая стипуляция, совершенная
declaratum reum promittendi sisti под условием, приобретет силу не ранее,
non posse. чем станет ясным, что совершивший
обещание не может явиться.

Как видим, в изложении Папиниана cautio vadimonium sisti отличается от редакций, которые мы видели выше, лишь тем, что в ней присутствует необходимый реквизит стипуляции – вопрос «spondes?», который в других текстах опущен как само собой разумеющийся. Воспроизводя cautio полностью, Папиниан показывает, что «spondes?» стояло лишь в конце формулы, и что, следовательно, формальные основания признавать первую ее часть самостоятельной стипуляцией отсутствовали. Кроме того, в тексте cautio vadimonium sisti прямо относится к числу условных стипуляций.

Итак, все говорит в пользу того, что, во-первых, Цельс и Павел дословно (или близко к тексту) цитируют формуляр преторской стипуляции cautio vadimonium sisti, и, во-вторых, что такого рода стипуляции вообще и cautio vadimonium sisti в частности воспринимались как условные и устанавливали лишь обязательство выполнить определенное действие в случае, если условие не реализуется. Следовательно, вероятность оказывается на стороне первого из предложенных выше прочтений текста Цельса D.45.1.97pr.: юрист фиктивно полагает совершенной стипуляцию явиться в суд, которая в действительности не имела места. Таким образом, использованная Цельсом техника подобна той, которую мы наблюдали в Paulus D.38.1.39pr., – действие, составляющее условие недействительной стипуляции, превращается в предмет обязательства посредством фикции, что стороны совершили соответствующую стипуляцию.

Что же касается второй позиции, которая – с небольшой степенью вероятности – может скрываться за лаконичными словами Цельса и которую

наверняка разделял Павел, то она может основываться на следующих соображениях. Юристы могли, освободившись от традиционного при толковании стипуляций формализма, увидеть в приведенной формуле две стипуляции, которые заключались посредством однократного «spondes? – spondeo». Так или иначе, вторая позиция основана на том, что стипуляций было две – явиться и совершить определенное действие в случае неявки. Такого рода построения, когда стороны пытались установить сразу два обязательства – основное и штрафное («Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?»), «Обещаешь дать Памфила? Если не дашь, обещаешь дать столько-то?»), были распространены в хозяйственной практике и широко обсуждались юристами на примере не только стипуляций, но и легатов⁵⁵³. С осмыслением этих «двойных», «двухчленных» или «сложных» стипуляций⁵⁵⁴ (Doppelstipulationen) связан вопрос, имеющий ключевое значение для понимания текстов Цельса и Павла: возникает ли в таких случаях два обязательства или совокупным эффектом двух стипуляций становится только обязательство уплатить штраф? Вопрос этот оставался предметом дискуссии среди юристов⁵⁵⁵, но известно мнение Павла, которое нас здесь и интересует.

D.44.7.44.6: Paulus libro Павел в семьдесят четвертой книге septuagensimo quarto ad edictum «Комментария к преторскому эдикту»: Но praetoris: Sed si navem fieri если я стипулировал, что будет сделан stipulatus sum et, si non feceris, корабль, и, если не сделаешь, – сто, следует

⁵⁵³ См., например Papinianus (Pegasus, Sabinus, Mucius) D.45.1.115.2, где такие стипуляции и легаты рассматриваются в параллели (из этого текста мы и позаимствовали приведенный выше пример стипуляции дать Памфила); Venuleius (Labeo) D.45.1.137.7; Venuleius D.46.5.11; I.3.15.7. Анализ богатого материала источников провел в свое время М.Я. Пергамент: Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве. М., 1905.

⁵⁵⁴ Термины М.Я. Пергамента.

⁵⁵⁵ См., например Papinianus (Pegasus, Sabinus, Mucius) D.45.1.115.2

centum, videndum, utrum duae рассмотреть, имеются ли две стипуляции, stipulationes sint, pura et простая и условная, [так что] реализация condicionalis, et existens условия последующей не прекращает sequentis condicio non tollat предыдущую? Или же [предыдущая priorem? an vero transferat in se стипуляция] переносится в [последующую] et quasi novatio prioris fiat? quod и совершается как бы новация magis verum est. предыдущей? Это является более верным.

Павел считает, что штрафная стипуляция (заплатить сто), совершенная после основной стипуляции (построить корабль), «как бы» новирует ее, так что результатом двух стипуляций оказывается установление обязательства уплатить штраф⁵⁵⁶. Если полагать, что этот подход Павел имел в виду и в D.45.1.126.3 (и Цельс в D.45.1.97pr.?), то его позиция становится гораздо яснее. Надо сказать, что идея новации не только подспудно присутствует в D.45.1.126.3, но и проявляет себя в словоупотреблении. Вспомним слова Павла: «detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem». Пара «secunda stipulatio» – «prior [stipulatio]» органично вписывается в обычный терминологический аппарат права новации⁵⁵⁷ и перекликается, в частности, с только что приведенным D.44.7.44.6, где новацию образуют «prior» и «sequens stipulatio». В свете сказанного мнение Павла в D.45.1.126.3 может быть реконструировано так: заключая двойную стипуляцию – какова в глазах юриста cautio vadimonium sisti, – стороны сначала установили обязательство ответчика явиться, а потом сразу «как бы» новировали его в обязательство совершить определенное действие в случае неявки. Стало быть,

⁵⁵⁶ Ср. его мнение по вопросу о подобным образом составленных легатах (D.35.2.1.8; 36.2.24pr.), идущее вразрез с господствующей концепцией (Iulianus D.36.2.19pr.; Ulpianus (Marcellus) D.33.9.1).

⁵⁵⁷ Ср., например, «prima» и «posterior obligatio», «prima» и «posterior stipulatio» в G.3.176, «prior obligatio» в G.3.179, «posterior stipulatio» в G.3.176,177,179, «prior stipulatio non novabitur» в Iulianus D.45.1.56.7, «novari prior obligatio non potest» в Marcellus D.46.3.72.1.

первое обязательство прекратилось новацией. Изменится ли что-нибудь от того, что в рассматриваемом случае новлирующая стипуляция не привела к возникновению обязательства, поскольку была направлена на совершение невозможного действия? Как показывает знаменитый текст Гая, к которому мы обращались в предыдущем параграфе, – G.3.176 – неспособность новлирующей стипуляции произвести положительный эффект, установив новое обязательство, не означала сама по себе отсутствие негативного эффекта – прекращения прежнего обязательства: «...interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur...», «...иногда первое [обязательство] прекращается по праву новации, хотя последующая стипуляция ничтожна...». Более того, чтобы отказать ничтожной стипуляции в этом негативном эффекте, Гай пользуется фикцией ее несуществования: «...nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset», «...ведь тогда первый [должник] по-прежнему отвечает по обязательству, как если бы я впоследствии ни от кого не получил стипуляционного обещания». Итак, недействительность штрафной стипуляции, направленной на совершение невозможного действия, означает лишь, что она не порождает соответствующего обязательства. В то же время она вполне способна прекратить обязательство явиться в суд. Павлу не нравится такой результат, поэтому он подхватывает фикцию, предложенную Цельсом, и тем же способом, что и Гай в G.3.176, лишает вторую стипуляцию существования с тем, чтобы оставить в силе первую: «...detracta secunda stipulatione prior manet utilis...» – видно, что первая стипуляция обязана своей действительностью устранению второй.

Другим примером юриспруденциальной фикции, направленной на модификацию состоявшегося акта, может служить решение Туберона, пересказанное Цельсом.

D.32.43: Celsus libro quinto Цельс в пятнадцатой книге «Дигест»: decimo digestorum: Если отец приказал дать дочери приданое

Si filiae pater dotem arbitrato по усмотрению опекунов, Туберон сказал, tutorum dari iussisset, Tubero что это надо рассматривать так, как если perinde hoc habendum ait ac si viri бы отказ определялся усмотрением boni arbitrato legatum sit...⁵⁵⁸ доброго мужа...

Завещательным отказом отец обеспечил свою дочь приданым, размер которого должны были определить ее опекуны. Туберон предлагает эту ситуацию рассматривать так, как если бы размер приданого определялся не произвольным усмотрением конкретного опекуна, а суждением абстрактного доброго мужа. Едва ли причины, по которым Туберон счел необходимой такую корректировку, поддаются однозначному восстановлению. С одной стороны он мог полагать, что определение размера легата конкретным лицом недопустимо, и что такого рода решения могут отдаваться на откуп лишь доброму мужу, *vir bonus* – нормативной, абстрактной фигуре, которая судит не по своему произволу, а опираясь на общепринятые социальные стандарты. В то же время учитель Туберона Офилий⁵⁵⁹ одним из первых допустил определение цены по усмотрению конкретного третьего лица применительно к купле-продаже (G.3.140), поэтому вероятность говорит скорее против столь строгого подхода ученика. По-видимому, Туберона смущало не то, что содержание легата определялось конкретным лицом, а то, что это было лицо заинтересованное: дело не только в том, что опекуны могли принять сторону подопечного-легатария, но и в том, что нередко опекуны являлись в то же время и наследниками, оказываясь в ситуации конфликта интересов. Вероятно поэтому, что Туберон стремился не заменить конкретных опекунов на абстрактных добрых мужей, а установить дополнительное требование к опекунам – чтобы

⁵⁵⁸ Этот текст часто подозревался в интерполяциях. См. об этом у Э. Уотсона, который не считает критику достаточно обоснованной: Watson A. *The Law of Persons...* P. 149-151. См. также: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 335.

⁵⁵⁹ Pomponius libro singulari enchiridii D.1.2.2.46: «Post hos quoque Tubero fuit, qui Ofilio operam dedit...»

они определяли размер легата как добрые мужи, а не по своему произволу. Известно подобное решение Помпония в D.17.2.6: «*Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est...*», «Если ты вступишь в товарищество со мной с тем условием, что установишь доли товарищей, это дело следует свести к суждению доброго мужа...». С другой стороны не исключено, что в случае, с которым имел дело Туберон, опекуны уклонялись от определения размера приданого или, скажем, между несколькими опекунами возник конфликт по этому вопросу⁵⁶⁰. Так или иначе, Туберон считает, что рассматриваемый завещательный отказ подлежит корректировке, и корректировка эта достигается не путем простого толкования, а фиктивным изменением формулировки легата.

Мы рассмотрели три случая, когда фикция призывалась для модификации свершившегося факта. В первом речь шла о преторской фикции, во втором и третьем – о юриспруденциальной. Источники информируют нас и о легальной фикции, выполнявшей ту же функцию.

G.2.196 – 197: *Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. [...] alioquin inutile est legatum.* 197. *Sed sane hoc ita est iure civili.* 197. *Postea vero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo* Посредством виндикации правильно отказываются по завещанию только те вещи, которые по праву квиритов [принадлежат] самому завещателю. [...] в противном случае легат ничтожен. 197. Действительно, это так по цивильному праву. Впоследствии же по инициативе императора Нерона было принято постановление сената, которым предписано, чтобы, если кто-либо откажет по завещанию ту вещь, которая никогда не была его, отказ был действительным, как если бы он был оставлен по лучшему праву.

⁵⁶⁰ Ср.: Iust. C.4.38.15.2; I.3.23.1.

iure relictum esset. Optimum Лучшее же право – [право] отказа
autem ius est per damnationem посредством присуждения, [ведь] с
legati, quo genere etiam aliena помощью этого рода [отказов] может быть
res legari potest, sicut inferius отказана даже чужая вещь, как станет ясно
apparebit. ниже.

UE.24.11a: Si ea res, quae non Если та вещь, которая ни в тот, ни в другой
fuit utroque tempore testatoris ex момент не была завещателя по праву
iure Quiritium, per квиритов, отказана по завещанию
vindicationem legata sit, licet посредством виндикации, [то] хотя по
iure civili non valeat legatum, цивильному праву отказ и не имеет силы, он
tamen senatus consulto все же укрепляется Нероновым
Neroniano firmatur; quo cautum постановлением сената, которым
est, ut quod minus ratis verbis предписано, чтобы то, что отказано не
legatum est, perinde sit, ac si слишком подходящими словами,
optimo iure legatum esset: рассматривалось так, как если бы было
optimum autem ius legati per отказано по лучшему праву. Лучшее же
damnationem est⁵⁶¹. право – [право] отказа посредством
присуждения.

Один из основных видов завещательных отказов, *legatum per vindicationem* характеризовалось тем, что право собственности на отказанную вещь переходило к легатарии автоматически с принятием наследства наследником. Отсюда и название «*per vindicationem*»: ведь легатарий мог виндигировать у наследника или третьего лица вещь, которая находилась уже в его собственности (G.2.194)⁵⁶². Поскольку *legatum per vindicationem* обладало вещным эффектом, необходимо было, чтобы наследодатель являлся квиритским собственником соответствующей индивидуально-определенной

⁵⁶¹ См. также FV.85.

⁵⁶² См. об этой разновидности завещательных отказов: Дождев Д.В. Римское частное право... С. 680-681; Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S.742-743.

вещи в момент составления завещания и в момент смерти (G.2.196). Если это требование не выдерживалось, легат не имел силы по *ius civile*. Чтобы спасти подобные завещательные распоряжения от недействительности (разработчиками двигала, очевидно, идея *favor testamenti*⁵⁶³), в середине I в. н.э. по инициативе Нерона было принято постановление сената, предписывавшее рассматривать их так, как если бы они имели вид *legatum per damnationem* – завещательного отказа с обязательственным эффектом, возлагавшего на наследника обязанность передать легатарию указанное имущество. С принятием *senatusconsultum Neronianum* ситуация в плане *ius civile* не изменилась – легат по-прежнему оставался ничтожным, однако, руководствуясь постановлением, претор предоставлял легатарию защиту – прежде всего *actiones utiles*, которые, вероятно, содержали фикцию, подобную использованной сенатом⁵⁶⁴.

Обращение разработчиков сенатского постановления к фикции легко объяснимо в рамках интерпретации этого приема, предлагаемой в настоящей работе. *Legatum per vindicationem*, история которого уходит корнями в самую глубокую древность, совершалось с помощью традиционных формулировок (вроде «*Titio hominem Stichum do lego*», «Тицию даю и отказываю раба Стиха» – G.2.193), так что квалификация соответствующего завещательного

⁵⁶³ *Senatusconsultum Neronianum* может быть вписано также в контекст соотношения *verba* и *voluntas* при толковании легатов: Maschi C.A. *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*. Milano, 1938. P. 105-108.

⁵⁶⁴ См., например: Kaser M. *Das römische Privatrecht...* Bd. I. S. 746. Ср. G.2.198: «*Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari*», «но если кто-либо откажет свою вещь, а затем после составления завещания совершит ее отчуждение, многие полагают, что легат не только по цивильному праву будет ничтожен, но и не получит защиты постановления сената». В связи с этим нельзя признать удачным перевод Ф.М. Дыдынского: «Так было главным образом по гражданскому праву; впоследствии же...» (Памятники римского права... С. 72).

распоряжения не вызывала сомнений. Столь же бесспорным было правило, что *legatum per vindicationem* ничтожно, если имеет своим объектом чужую вещь. Ни постановление сената, ни претор, проводящий его в жизнь, не в силах повлиять на эти исходные данные. В то же время утверждается убеждение, что игнорировать волю наследодателя в таких случаях несправедливо. Чтобы сообщить ей правовое значение, используют фикцию, будто завещательное распоряжение было сформулировано иначе – как *legatum per damnationem*, которое при таких обстоятельствах имело бы силу. Не допуская возможности иначе истолковать завещательный отказ, который явно имел вид *legatum per vindicationem*, юристы посредством фикции принимают, будто наследодатель совершил другое распоряжение. Применение правил о *legatum per damnationem* с необходимостью предполагает, что именно такой отказ оставлен в завещании, поэтому прибегают к фикции, добиваясь, таким образом, распространения этих правил и на случаи, когда *legatum per vindicationem* ничтожен ввиду отсутствия права собственности у завещателя. Такой результат достигается не признанием за известными фактами правовых последствий, свойственных другим фактам, а фиктивной модификацией самих этих фактов. *Legatum per vindicationem* в отношении чужой вещи не получает правового значения *legatum per damnationem*, или, иначе говоря, правовые последствия второго не переносятся на первое, – предметом переноса оказывается весь институт *legatum per damnationem* в его неразрывном единстве.

Во всех рассмотренных выше случаях исправление данного в социальной реальности факта с помощью фикции осуществлялось с целью сообщения правового значения акту, который без предпринятой модификации был бы недействителен. Эта техника использовалась, однако, и при решении других задач. Так, следующий текст сообщает о фикции, посредством которой Требаций предложил изменить действительный завещательный отказ, чтобы привести его правовой эффект в соответствие с тем целями, которые преследовал завещатель.

D.35.1.40.5: Iavolenus libro Яволен во второй книге «Из посмертно secundo ex posterioribus Labeonis: изданных сочинений Лабео́на»: Терм- Thermus Minor quorum arbitratu младший назвал в завещании [лиц], по monumentum sibi fieri vellet усмотрению которых, он хотел бы, чтобы testamento scripserat, deinde ita ему был сделан памятник. Затем [он] legaverat: ‘Luciis Publiis Corneliis оставил такой отказ: «Пусть мой ad monumentum meum наследник даст Луциям, Публиям и aedificandum mille heres meus Корнелиям тысячу на возведение моего dato’. Trebatius respondit pro ea памятника». Требаций ответил, что [это] habendum ac si ita legatum esset, следует рассматривать так, как если бы si satisdeditissent se ita id отказано было под условием, что они monumentum ex ea pecunia предоставят гарантию, что так сделают facturos. Labeo Trebatii sententiam памятник на эти деньги. Лабео́н probat, quia haec mens testantis поддержал мнение Требация, поскольку fuisset, ut ea pecunia in намерение завещателя было таково, чтобы monumentum consumeretur: idem эти деньги пошли на памятник. То же et ego et Proculus probamus. поддерживаем и мы с Прокулом.

К Требацию обратились за консультацией по следующему вопросу. Завещатель отказал какое-то имущество (тысячу) легатария с тем, чтобы тот совершил определенное действие (возвел памятник наследодателю). Это так называемое возложение⁵⁶⁵ не пользовалось исковой защитой, поэтому после исполнения легата наследник не имел никаких рычагов воздействия на отказополучателя, которые позволили бы понудить его к совершению искомого действия. В то же время в отличие от отлагательного условия возложение предполагало, что предписанное завещателем действие будет предпринято уже после предоставления легатария имущества: ведь для того и отказаны деньги, чтобы получатель на них воздвиг памятник. Выход, получивший всеобщее признание, был найден в том, чтобы косвенно понуждать легатария

⁵⁶⁵ См. об этом: Kaser M. Das römische Privatrecht... Bd. I. S. 259-260.

предоставить гарантию, что он выполнит соответствующее действие. Против иска легатария претор давал *exceptio doli*⁵⁶⁶, которая препятствовала его удовлетворению до предоставления гарантии, или вовсе отказывал в иске (*denegatio actionis*)⁵⁶⁷. Приведенный текст дает основания полагать, что Требаций стоял у истоков такого подхода. Чтобы обосновать отказ легатарию в иске, Требаций фиктивно обусловливает исполнение отказа предоставлением гарантии (эта техника ведет к *denegatio actionis*, которая, судя по нашим текстам, известна уже на первой стадии развития описанного подхода).

Использование фикции для изменения состоявшихся фактов выдерживает интерпретацию в свете предлагаемого в настоящей работе подхода. В тот или иной конкретном случае римляне оказывались недовольны правовым эффектом, производимым стипуляцией или, скажем, легатом. Формировалось убеждение, что соответствующая ситуация достойна иной правовой оценки. Однако правовая оценка воспринималась как имманентная самой фактической ситуации и не выдерживала преобразования, покуда ситуация оставалась

⁵⁶⁶ Iulianus D.40.5.48: «Cum in testamento scriptum est: ‘Stichum Titio lego’ vel ‘heres meus dato ita, ut eum Titius manumittat’, dixi petenti legatario Stichum exceptionem doli mali obstaturam, nisi caverit se libertatem secundum voluntatem defuncti praestaturum», «когда в завещании написано: «Стиха Тицию отказываю» или «пусть мой наследник передаст так, чтобы Тиций его отпустил», я сказал, что против иска легатария о [выдаче] Стиха следует выставить возражение о злом умысле, если не гарантирует, что предоставит свободу в соответствии с волей усопшего». Ulpianus D.40.5.7: «...non alias debet consequi legatum, quam si caverit se manumissurum... alioquin exceptione doli debet legatarius repelli», «...не иначе следует удовлетворить иск легатария, как если предоставит гарантию, что отпустит раба на волю... в противном случае легатарий проиграть из-за возражения о злом умысле».

⁵⁶⁷ Valens (Nerva, Atilicinus) D.32.19: «Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt», «Нерва и Атлицин правильно считали, что если тебе оставлен легат или фидеикомисс, чтобы ты что-то сделал, даже если у наследника отсутствует интерес в том, чтобы это было сделано, тебе следует отказать в иске, если не гарантируешь наследнику, что сделаешь то, чего хотел усопший».

прежней. Поэтому для изменения правового результата фиктивно модифицировали приводящий к нему факт. Современный юрист избрал бы, пожалуй, другой путь и предложил бы дать свершившемуся факту толкование, отклоняющееся от традиционного, и таким образом сообщить ему искомые правовые последствия. Римлянин поступает иначе: чтобы преобразовать правовое значение данной в социальной реальности ситуации, он фиктивно изменяет саму эту ситуацию. Такое решение коренится в представлении о неразрывности факта и его правового значения – изменение одного невозможно при неизменности другого. Как видно, натуралистическая концепция удачно объясняет и фикции, с помощью которых преобразуется тот или иной юридический факт, имевший место в действительности: поскольку правовые последствия кажутся римлянам неразрывно связанными с порождающим их юридическим фактом, необходимая в некоторых случаях модификация последствий требует изменения самого факта.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Выполненное исследование показало эффективность избранной методологии и позволило обосновать положения, вынесенные на защиту.

На базе материала источников была воссоздана концепция Лабеоны и Гая, в рамках которой фикция предстает необходимым элементом римского юридического метода, служащим преодолению зависимости субъекта правотворчества от объективного нормативного порядка, существующего от природы. Эта античная теория и легла в основу главной рабочей гипотезы, верификация которой проходила по двум направлениям.

Прежде всего, объяснение фикции, предложенное Лабеоном и Гаем, было вписано в более широкий концептуальный контекст: натуралистическая теория фикции была согласована с натурализмом, свойственным римскому правопониманию и юридическому методу вообще. Показано, что римляне полагали правовое значение имманентным отдельным типам социального взаимодействия и рассматривали общественную реальность с учетом ее нормативного измерения, не противопоставляя право и факт, а воспринимая их в неразрывном органическом единстве. Правовые институты, данные от природы, существовали независимо от сознательного нормотворчества и не были подвластны законодателю, составляя предмет познавательной, а не творческой деятельности.

Вписанная в контекст фундаментальных представлений римлян о праве, натуралистическая концепция фикции была затем подвергнута проверке на конкретном материале источников, информирующих об отдельных случаях использования этого приема. Были проанализированы фикции в формуле усыновления и в законах об опеке, фикция несуществования юридического факта, часто использовавшаяся римскими юристами, а также фикции, с помощью которых факт, имевший место в действительности, подвергался модификации. По результатам проделанной работы можно констатировать, что

античный опыт обращения к фикции адекватно интерпретируется в рамках принятой за гипотезу натуралистической концепции.

Причины использования фикции в формуле усыновления обнаруживаются в убеждении римлян, что исконный строй семейных отношений, центральным элементом которого была отцовская власть, не поддается законодательному изменению: отношения отцовской власти не могут быть установлены между теми, кто не приходится друг другу отцом и сыном. Рождение в законном браке, отношение «отец-сын» и отцовская власть мыслятся как единый правовой институт, части которого связаны от природы и органически, а не искусственно и механически. При таком взгляде членение института на юридический факт и (привязанные к нему) правовые последствия с последующим переносом последних в новый социальный контекст предстает невозможным: *patria potestas* неотделима от ролей отца и сына. Поэтому нельзя просто провозгласить на народном собрании отцовскую власть усыновителя над усыновляемым – необходимо допустить, будто налицо все естественные предпосылки ее возникновения.

Аналогичную интерпретацию выдерживает и фикция, использованная римлянами при конструировании опеки по назначению магистрата. Когда система призвания опекунов, испокон веков представленная опекой по завещанию и опекой по закону, стала давать сбои, и потребовалось предоставление соответствующих полномочий магистрату, римляне прибегают к фикции, устанавливая, что назначенный магистратом опекун занимает положение законного, «как если бы он был ближайшим агнатским родственником подопечного»: для распространения отношений «опекун-подопечный» на лицо, которое ни по закону, ни по завещанию опекуном не является, необходимо принять, будто оно отвечает признакам опекуна по завещанию или по закону (римляне выбрали второй вариант), поскольку опека немыслима в отрыве от традиционных оснований ее возникновения.

Не проводя последовательного различия между несуществованием и недействительностью сделок, римская юриспруденция полагала отсутствие эффекта (недействительность) несовместимым с существованием сделки: совершенная сделка не может не вызвать своих естественных последствий. Уверенность в том, что социальный факт и его правовое значение неразрывны, а также, что однажды свершившийся факт обретает объективное существование, не давала римлянам не только лишить имевший место факт правовых последствий, но и объявить его несуществующим. На помощь в таких случаях приходила фикция, будто негодный факт не состоялся.

Те же мотивы усматриваются и в случаях использования фикции для изменения свершившегося факта, скажем, завещания или другой сделки. Правовое значение, присущее тому или иному типу социального взаимодействия от природы, не может быть изменено, даже если современные представления о справедливости требуют такой корректировки. Поэтому повлиять на последствия факта, имевшего место в действительности, можно лишь путем фиктивного преобразования самого этого факта.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

I. Источники

1. A. Gellii Noctes Atticae / K. Marshall. – Oxonii : e Typographeo Clarendoniano, 1968. – 2 vol.
2. C. Plini Secundi Naturalis Historiae Libri XXXVII / C. Mayhoff. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1892-1909. – 6 Vol.
3. Cornelii Taciti Annalium Ab Excessu Divi Augusti Libri / C.D. Fisher. – Oxonii : e typographeo Clarendoniano, 1906. – S. p.
4. Corpus iuris civilis / P. Krueger, T. Mommsen. – Berolini: apud Weidmannos, 1886. – 2 vol.
5. Fontes iuris Romani anteiustiniani. Vol. I. Leges / S. Riccobono ; G. Baviera ; V. Arangio-Ruiz.– Florentiae : Barbèra, 1941. – 513 p.
6. Fontes iuris Romani antejustiniani. Vol. II. Auctores / J. Baviera. – Florentiae : Barbèra, 1968. – 798 p.
7. Fontes iuris Romani antejustiniani. Vol. III. Negotia / Arangio-Ruiz V. – Florentiae : Barbèra, 1943. – 594 p.
8. Fontes iuris Romani antiqui / C.G. Bruns. Tubingae : in libraria I.C.B. Mohrii (P. Siebeck), 1909. – 435 p.
9. Gai institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas / M. David. – Leiden : Brill, 1964. – 160 p.
10. Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum / W. M. Lindsay. – Oxonii : e Typographeo Clarendoniano, 1911. – 2 vol.
11. Les lois des Romains. T. II / P.F. Girard , F. Senn. – Napoli : Jovene, 1977. – 597 p.
12. Lex irnitana / A. d’Ors. – [Santiago de Compostela] : Univ. de Santiago de Compostela, 1988. – 95 p.
13. M. Fabi Quintiliani Institutionis Oratoriae Libri Duodecim / M. Winterbottom. Oxonii : e typographeo Clarendoniano, 1970. – 2 vol.

14. M. Terenti Varronis De Linguae Latinae Quae Supersunt / G. Goetz ; F. Schoell. – Lipsiae : B. G. Teubneri, 1910. – 340 p.
15. M. Tulli Ciceronis Orationes. Vol. 4 / A. C. Clark ; G. Peterson. – Oxonii : Clarendon, 1909-1952. – 6 vol.
16. M. Tulli Ciceronis Scripta Quae Manserunt Omnia. Fasc. 1. Incerti auctoris de ratione dicendi ad C. Herennium lib. IV / F. Marx. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1923. – 195 p.
17. M. Tulli Ciceronis Scripta Quae Manserunt Omnia. Fasc. 2. Rhetorici libri duo qui vocantur de inventione / E. Stroebe. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1915. – 170 p.
18. M. Tulli Ciceronis Scripta Quae Manserunt Omnia. Fasc. 5. Orator / P. Reis. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1932. – 105 p.
19. M. Tullius Cicero. De Inventione, De Optimo Genere Oratorum, Topica / H. M. Hubbell. – Cambridge : Harvard University Press ; London : William Heinemann, 1949. – 466 p.
20. Maurus Servius Honoratus. In Vergilii carmina comentarii. Servii Grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii / recensuerunt Georgius Thilo et Hermannus Hagen. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1881. – 660 p.
21. Roman Statutes / Crawford M. H. [et al.]. – London : Institute of Classical Studies, 1996. – 2 vol.
22. Sexti Pompei Festi De Verborum Significatu Quae Supersunt cum Pauli Epitome / W. M. Lindsay. – Lipsiae : in aedibus B. G. Teubneri, 1913. – 573 p.
23. T. Petronius Arbiter. Satyrica : Schelmenszenen / K. Müller ; W. Ehlers. – München ; Zürich : Artemis, 1983. – 543 S.
24. Textes de droit romain / P.F. Girard. Paris : Rousseau & CIE, 1937. – 928 p.
25. The Minor Declamations Ascribed to Quintilian / M. Winterbottom. – Berlin : W. de Gruyter, 1984. – 622 p.
26. Titi Livi Ab Urbe Condita. Vol. 1 / R. S. Conway ; C. F. Walters ; Vol. 2-3 /

C. F. Walters; R. S. Conway ; Vol. 4 / R. S. Conway ; S. K. Johnson ; Vol. 5 / A. H. McDonald, 1969 ; Part 3 / W. Weissenborn ; M. Mueller ; Part 4 / W. Weissenborn ; W. Heraeus. – Oxonii : e Typographeo Clarendoniano, 1955 ; 1919-1950 ; 1953 ; s. a. ; 1908. – 6 vol.

27.Lenel O. Palingenesia iuris civilis / O. Lenel. – Lipsiae : ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889. – 2 vol.

28.Schöll R. Legibus duodecim tabularum reliquiae / R. Schöll. – Lipsiae : in aedibus B.G. Teubneri, 1866. – 176 p.

29.Дигесты Юстиниана / перевод с латинского ; под ред. Л.Л. Кофанова. – М. : Статут, 2002 – 2005. – 7 т.

30.Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского / И.С. Перетерский ; под ред. Е.А. Скрипилева. – М. : Наука, 1984. – 456 с.

31.Дионисий Галикарнасский. Римские древности / перевод с древнегреческого ; под ред. И.Л. Маяк. – М. : Рубежи XXI, 2005. – 3 т.

32.Марк Туллий Цицерон. Речи / перевод с латинского ; В.О. Горенштейн, М.Е. Грабарь-Пассек. – М. : Наука, 1993 (по изданию 1962 года). – 2 т.

33.Памятники римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.

34.Тит Ливий. История Рима от основания города / перевод с латинского ; под ред. Е.С. Голубцовой. – М. : Наука, 1989-1993. – 3 т.

35.Юлий Павел. Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана / перевод с латинского ; под ред. Л.Л. Кофанова. – М. : Зерцало, 1998. – 287 с.

II. Литература

36.[Кельзен Г.] Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник

- переводов. Вып. 1-2 / Г. Кельзен. – М. : ИНИОН АН СССР, 1987-1988. – 2 т.
- 37.Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2 / С.С. Алексеев. – М. : Юр. лит., 1982. – 359 С.
- 38.Аркан Ю.Л., Солонин Ю.Н. Философия фикционализма Ганса Файхингера : опыт ретроспекции и оценки / Ю.Л. Аркан, Ю.Н. Солонин // Размышления о философии на перекрестке второго и третьего тысячелетий. Сборник к 75-летию профессора М.Я. Корнеева. Сер. «Мыслители». Вып. 11. – СПб. : Санкт-Петербургское философское общество, 2002. – С. 28-37.
- 39.Бабаев В.К. Презумпции в советском праве / В.К. Бабаев. – Горький : Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974. – 124 с.
- 40.Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения / М. Бартошек. – М. : Юрид. лит., 1989. – 448 с.
- 41.Белов В.А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) / В.А. Белов // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / под ред. М.А. Рожковой. – М. : Статут, 2008. – С. 5-118.
- 42.Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе (часть вторая) / Ф. Быдлински // Вестник гражданского права. – 2006. – № 2. – С. 185-226.
- 43.Гарсия Гарридо М. Римское частное право: Казусы, иски, институты / М. Гарсия Гарридо. – М. : Статут, 2005. – 812 с.
- 44.Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве / В.М. Горшенев // Советское государство и право. – 1978. – № 3. – С. 113-118.
- 45.Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права / Д.Д. Гримм. – СПб. : Типография М.М. Стасюлевича, 1900. – 300 с.

- 46.Деларов П. Очерк истории личности в древне-римском гражданском праве / П. Деларов. – СПб. : Н.Г. Мартынов, 1895. – 156 с.
- 47.Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук / Е.А. Джазоян. – М., 2006. – 195 с.
- 48.Джазоян Е.А. Фикции в римском праве / Е.А. Джазоян // Право : теория и практика. № 14 (66). – М. : Тезарус, 2005. – С. 37-45.
- 49.Дождев Д.В. Владение в системе гражданского права / Д.В. Дождев // Вестник гражданского права. – 2009. – № 4. – С. 6-42 ; 2010. – № 1. – С. 4-78.
- 50.Дождев Д.В. Методологические проблемы изучения римского права: право и справедливость в понятийной системе римской юриспруденции («*ius civile*», «*ius naturale*», «*bonum et aequum*») / Д.В. Дождев // Вестник древней истории. – 2003. – № 3. – С. 100-122.
- 51.Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве / Д.В. Дождев. – М. : Институт государства и права РАН, 1996. – 239 с.
- 52.Дождев Д.В. Предисловие / Д.В. Дождев // Санфилиппо Ч. Курс римского частного права / Ч. Санфилиппо ; под ред. Д.В. Дождева. – М. : БЕК, 2002. – С. V – XIII.
- 53.Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право / Д.В. Дождев ; под ред. Е.А. Скрипилева. – М. : Наука, 1993. – 191 с.
- 54.Дождев Д.В. Римское частное право / Д.В. Дождев ; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Норма, 2008. – 784 С.
- 55.Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций / Г.Ф. Дормидонтов. – Казань : Тип.-лит. Императорского Университета, 1895. – 178 с.
- 56.Душакова Л.А. Правовые фикции : дис. ... канд. юрид. наук / Л.А. Душакова. – Ростов-на-Дону, 2004. – 199 с.
- 57.Жреческие коллегии в Раннем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / под ред. Л.Л. Кофанова. –

- М. : Наука, 2001. – 327 с.
58. Загоровский А.И. Курс семейного права / А.И. Загоровский. – М. : Зерцало, 2003 [по изданию 1909 г.]. – 448 с.
59. Зайцев И. Правовые фикции в гражданском процессе / И. Зайцев // Российская юстиция. – 1997. – № 1. – С. 35-36.
60. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая / Р. Иеринг. – СПб. : Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. – 321 с.
61. Ильинский И.Д. Введение в изучение советского права. Ч. 1. Индивидуализм в буржуазной юриспруденции / И.Д. Ильинский. – Л. : Госуд. изд., 1925. – 126 с.
62. Иоффе О.С. Юриспруденция Древнего Рима / О.С. Иоффе // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2003 (опубликована впервые в 1962 году). – С. 16-44.
63. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования / В.Б. Исаков. – [Саратов] : Издательство Саратовского университета, 1980. – 127 с.
64. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования / В.Б. Исаков. – [Саратов :] Издательство Саратовского ун-та, 1980. – 127 с.
65. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве / В.Б. Исаков. – М. : Юрид. лит., 1984. – 144 с.
66. История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М. : Наука, 1985. – 350 с.
67. Казанцев Л.Н. О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака / Л.Н. Казанцев. – Киев : Тип. Имп. ун-та св. Владимира, 1892. – 253 с.
68. Карасева М.В. Презумпции и фикции в части первой Налогового кодекса РФ / М.В. Карасева // Журнал российского права. – 2002. – №

9. – С. 71-80.
69. Кофанов Л.Л. Римская *civitas* и муниципальное право эпохи Республики / Л.Л. Кофанов // Вестник древней истории. – 2007. – № 3. – 101-119.
70. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве / О.А. Красавчиков. – М. : Юрид. лит., 1958. – 183 с.
71. Курсова О.А. Фикции в российском праве : дис. ... канд. юрид. наук / О.А. Курсова. – Нижний Новгород, 2001. – 193 с.
72. Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в гражданском праве / Р.К. Лотфуллин. – М. : Юристъ, 2006. – 213 с.
73. Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р.К. Лотфуллин. – М., 2008. – 28 с.
74. Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в римском гражданском праве / Р.К. Лотфуллин // Бюллетень нотариальной практики. – 2006. – № 2. – С. 44-48.
75. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении / А. Манигк // Вестник гражданского права. – 2008. – № 4. – С. 192-215.
76. Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук. / Е.Ю. Марохин. – Ставрополь, 2004. – 179 с.
77. Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, скрытных и притворных действиях / Д.И. Мейер // Ученые записки, издаваемые Императорским Казанским Университетом. – 1853. – IV. – Казань : тип. Имп. Каз. Универ., 1854. – С. 1-127.
78. Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, скрытных и притворных действиях / Д.И. Мейер // Избранные произведения по гражданскому праву. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 53-162.
79. Миньери Л. Хроника IV Международной конференции «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского

- права». Иваново (Суздаль) – Москва, 25-30 июня 2006 г. / Л. Миньери // <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Minieri-Cronaca-rus.htm>.
80. Муромцев С.А. О консерватизме римской юриспруденции / С.А. Муромцев. – М. : Типография А.И. Мамонтова и Ко, 1875. – 192 с.
81. Мэн Г.С. Древнее право, его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям / Г.С. Мэн. – СПб. : Д.Е. Кожанчиков, 1873. – 313 с.
82. Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию : дис. ... канд. юрид. наук / Е.А. Нахова. – Саратов, 2004. – 176 с.
83. Никиташина Н.А. Юридические предположения в механизме правового регулирования (правовые презумпции и фикции) : дис. ... канд. юрид. наук / Н.А. Никиташина. – Абакан, 2004. – 185 с.
84. Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве / В.А. Ойгензихт. – Душанбе : ИРФОН, 1976. – 191 с.
85. Панько К.К. Фикции в уголовном праве (в сфере законотворчества и правоприменении) : дис. ... канд. юрид. наук / К.К. Панько. – Ярославль, 1998. – 233 с.
86. Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении / К.К. Панько. – Воронеж : Истоки, 1998. – 135 с.
87. Пергамент М.Я. Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве / М.Я. Пергамент. – М. : кн. магазин И.К. Голубева под фирмой "Правоведение", 1905. – 368 с.
88. Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана / И.С. Перетерский. – М. : Юрид. лит., 1956. – 129 с.
89. Покровский И.А. История римского права / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2004 (по изданию 1917 года). – 539 С.
90. Покровский И.А. Право и факт в римском праве. Ч. 1. Право и факт как материальное основание исков (Actiones in jus и in factum conceptae) /

- И.А. Покровский. – Киев : Тип. Имп. Ун-та Св. Владимира, 1898. – 145 С.
91. Политико-правовые ценности : история и современность / Под ред. В.С. Нерсисянца. М. : Эдиториал УРСС, 2000. – 254 с.
92. Поляков А.В. Общая теория права : проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода : Курс лекций / А.В. Поляков. – СПб. : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – 864 с.
93. Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права : Учебник / А.В. Поляков, Е.В. Тимошина. – СПб. : Изд. юр. фак. С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. – 472 С.
94. Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – М. : Юристъ, 1997 [по изданию 1948 г.]. – 544 с.
95. Рудоквас А.Д., Новиков А.А. Хроника международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы» (27-29 мая 2010 г., Санкт-Петербург) / А.Д. Рудоквас, А.А. Новиков // Закон. – 2011. – № 3. – С. 187-210.
96. Савельев В.А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода / В.А. Савельев // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 108-115.
97. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права / Ч. Санфилиппо ; под ред. Д.В. Дождева. – М. : БЕК, 2002. – 370 с.
98. Сильвестрова Е.В. *Lex Generalis*. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V – X вв. н.э. / Е.В. Сильвестрова. – М. : Индрик, 2007. – 246 С.
99. Скловский К.И. О природе сделки, передаче права и фикции действия / К.И. Скловский // Основные проблемы частного права : Сб. ст. к юбилею д.ю.н., проф. А.Л. Маковского. – М. : Статут, 2010. – С. 267-296.
100. Скрипилев Е.А. Дигесты Юстиниана – основной источник

- познания римского права / Е.А. Скрипилев // Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. М.: Наука, 1984. – С. 7-18.
101. Современная западная философия : Словарь / Малахов В.С., Филатов В.П. – М. : ТОН–Остожье, 1998. – 544 с.
102. Таламанка М. Несуществование, ничтожность и недействительность юридических сделок в римском праве / М. Таламанка // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Выпуск третий. – М. : Статут, 2007. – С. 8-69.
103. Танимов О.В. Юридические фикции и проблемы их применения в информационном праве : дис. ... канд. юрид. наук / О.В. Танимов. – Саранск, 2004. – 216 с.
104. Тузов Д.О. Ресциссия купли-продажи в позднеклассическом и постклассическом римском праве / Д.О. Тузов // Вестник гражданского права. – 2009. – № 3. – С. 4-41.
105. Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции / Д.О. Тузов. – М. : Статут, 2007. – 600 с.
106. Филимонова И.В. Фикции в досудебном производстве : уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И.В. Филимонова. – Барнаул, 2007. – 22 с.
107. Франчози Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози ; под ред. Л.Л. Кофанова. – М. : Статут, 2004. – 428 с.
108. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : Международные отношения, 2000. – 512 с.
109. Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права / З.М. Черниловский // Советское государство и право. – 1984. – № 1. – С. 98-

- 105.
110. Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – М. : Международные отношения, 2006. – 358 с.
111. Ширвиндт А.М. Фикция в законодательстве об опеке / А.М. Ширвиндт // Древнее право. 2011. № 26 (в печати).
112. Ширвиндт А.М. *Beneficium cedendarum actionum* в современном контексте / А.М. Ширвиндт // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права. Материалы заседаний IV Международной конференции по римскому праву, Москва–Иваново (Суздаль), 25–30 июня 2006 г. – Иваново : Изд-во Ивановского ГУ, 2006. – С. 238-242.
113. Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве на примере Дигест Юстиниана / А.М. Ширвиндт // Труды Института государства и права Российской академии наук. – 2010. – № 1. – С. 45-52.
114. Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве на примере формулы усыновления (*adrogatio*) / А.М. Ширвиндт // Вестник древней истории. 2011. № 3 (в печати).
115. Ширвиндт А.М. Юридическая фикция в древнеримской формуле усыновления: к вопросу о зависимости правотворчества от нормативной структуры общества / А.М. Ширвиндт // Труды Института государства и права Российской академии наук. – 2010. – № 6. – С. 59-72.
116. Щекин Д.М. Юридические презумпции в налоговом праве : дис. ... канд. юрид. наук / Д.М. Щекин. – М., 2001. – 200 с.
117. Albanese B. *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* / B. Albanese. – [Palermo :] Palumbo, 1985. – 190 p.
118. Antonii Dadini Alteserrae antecessoris olim Tolosani *De fictionibus iuris tractatus septem* / A.D. Alteserra. – Halae et Helstadii : impensis Caroli

Hermanni Hemmerde, 1769. – 374 p.

119. Archi G.G. „Lex“ e „natura“ nelle Istituzioni di Gaio / G.G. Archi // Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag. – Köln : O. Schmidt, 1978. – S. 3-23.
120. Avenarius M. Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum: Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift; Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung / M. Avenarius. – Göttingen : Wallstein, 2005. – 640 S.
121. Bekker E.I. System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2 / E.I. Bekker. – Weimar : Hermann Böhlau, 1889. – 378 S.
122. [Bentham J.] The Works of Jeremy Bentham / J. Bowring. Vol. IX. – Edinburgh : William Tait; London : Simpkin, Marshall, & Co. 1843. – 662 p.
123. Berger A. Encyclopedic dictionary of Roman law / A. Berger // Transactions of the American philosophical society. 1953. – Vol. 43. Part 2. – P. 330-808.
124. Bernhöft F. Zur Lehre von den Fiktionen / F. Bernhöft // Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. E.I. Bekker zum 16. Aug. 1907. – Weimar : Hermann Böhlau Nachf., 1907. – S. 241-290.
125. Beseler G. Miscellanea Graecoromana / G. Beseler // Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento. Vol. II. – Milano : Treves, 1930. – P. 51-83.
126. Bianchi E. Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea / E. Bianchi. – Verona : CEDAM, 1997. – 516 p.
127. Bianchi E. Le «actiones, quae ad legis legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes» / E. Bianchi // <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanobianchi.pdf>
128. Birks P. Fictions Ancient and Modern / P. Birks // The Legal Mind.

- Essays for T. Honoré. – Oxford : Clarendon Press, 1986. – P. 83-101.
129. Biscardi A. Une catégorie d'actions négligée par les romanistes, les actions formulaires “*quae ad legis actionem exprimuntur*” / A. Biscardi // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. – 1953. – 21. – P. 310-319.
130. Bleicken J. *Lex publica. Gesetz und Recht in der Römischen Republik* / J. Bleicken. – Berlin ; New York : Walter de Gruyter, 1975. – 527 S.
131. Bonfante P. *Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia* / P. Bonfante. – Roma : Attilio Sampaolesi, 1925. – 513 p.
132. Broggin G. «*Fictio civitatis*» strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre / G. Broggin // *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz. Vol. II*. – Napoli : Jovene, 1964. – P. 934-943
133. Broggin G. *IUS LEXQUE ESTO* / G. Broggin // *Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*. Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1959. – S. 23-44.
134. Brutti M. *Il diritto privato nell'antica Roma* / M. Brutti. – Torino : G. Giapicchelli, 2009. – 645 p.
135. Brutti M. Invalidità (storia) / M. Brutti // *Enciclopedia del Diritto XXII*. – [Milano :] A. Giuffrè, 1972. – P. 559-575.
136. Bund E. Die Fiktion «*pro non scripto habetur*» als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio / E. Bund // *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*. – Berlin : Duncker & Humblot, 1970. – S. 353-380.
137. Bund E. *Juristische Logik und Argumentation* / E. Bund. – Freiburg : Rombach, 1983. – 229 S.
138. Bund E. *Untersuchungen zur Methode Iulians* / E. Bund. – Köln : Böhlau, 1965. – 206 S.
139. Burdese A. «*Ius naturale*» (diritto romano) / A. Burdese // *Novissimo digesto italiano. Vol. IX*. – Torino : UTET, 1963. – P. 383-385.
140. Burdese A. Dubbi in tema di «*naturalis obligatio*» / A. Burdese // *Studi*

- in onore di Gaetano Scherillo. Vol. II. Milano : Istituto editoriale cisalpino – La goliardica, 1972. – P. 485-513.
141. Calero M.A. Perinde ac y perinde atque, dos expresiones indicativas de equiparaciones analógicas / M.A. Calero // Boletín De La Facultad De Derecho UNED. – 2001. – 18. – P. 83-108.
142. Capogrossi Colognesi L. Tollere liberos / L. Capogrossi Colognesi // Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité. – 1990. – T. 102. N 1. – P. 107 – 127.
143. Carcaterra A. Le definizioni dei giuristi romani: metodo, mezzi e fini / A. Carcaterra. – Napoli : Jovene, 1966. – 247 p.
144. Chassan [J.P.] Essai sur la symbolique du droit / [J.P.] Chassan. – Paris : Videcoq Fils Ainé, 1847. – 404 p
145. Coing H. Europäisches Privatrecht. Bd. I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800) / H. Coing. – München : C.H. Beck, 1985. – Bd. I. – 665 S.
146. Coing H. Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft / H. Coing // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. – 1957-58. – Bd. 8. – S. 257-269.
147. Colacino V. Fictio iuris / V. Colacino // Novissimo digesto italiano. Vol. VII. – Torino : Unione tipografico – Editrice torinese, 1961. – P. 269-271.
148. Consentini C. Salp. 29 e il suo «modello» / C. Consentini // Studi in onore di Cesare Sanfilippo. – Milano : A. Giuffrè, 1987. – Vol. VII. – P. 165-183.
149. Corbett P.E. The Augustan Divorce / P.E. Corbett // Law Quarterly Review. – 1929. – 45. – P. 178-185.
150. Costa E. Cicerone giureconsulto / E. Costa. – Bologna : Nicola Zanichelli, 1927. – 2 vol.
151. Cujas J. Ad Julii Pauli jurisconsulti Libros Quaestionum XXV / J. Cujas // Iacobi Cuiacii IC Tolosatis Opera... T. V. – Mutinae : Societas Typographica, 1777. – Col. 859-1128.

152. Daube D. Greek and Roman Reflections on Impossible Laws / D. Daube // Natural law forum. – 1967. – 12. – P. 1-84.
153. De Visscher M.F. La condition juridique des nouveaux citoyens romains d'Orient / M.F. De Visscher // Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. – 1938. – Vol. 82. – P. 24-39
154. Dekkers R. La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé / R. Dekkers. – Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1935. – 250 p.
155. Demelius G. Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung / G. Demelius. – Weimar : Hermann Böhlau, 1858. – 96 S.
156. Demelius G. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung / G. Demelius // Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. – 1868. – Bd. 10. – S. 354-359.
157. Di Paola S. Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano / S. Di Paola. – Milano : A. Giuffrè, 1966. – 126 p.
158. Dias R.W.M. Unenforceable Duty / R.W.M. Dias // Tulane Law Review. – 1958-1959. – № 33. – P. 473-490.
159. Didier P. Les obligations naturelles chez les derniers Sabinien / P. Didier // Revue Internationale des droits de l'antiquité. – 1972. – T. XIX. – P. 239-273.
160. Diliberto O. Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX) / O. Diliberto. – Roma : Robin Edizioni, 2001. – 271 p.
161. Dirksen H.E. Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius / H.E. Dirksen // H.E. Dirksens nachgelassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Altertumskunde. Bd. I. – Leipzig : B.G. Teubner, 1871. – S. 21-63.

162. Donellus H. *Comentariorum de jure civili liber secundus* / H. Donellus // Hugonis Donelli... opera omnia. T. I. – Romae : Typis Josephi Salviucci, 1828. – Col. 189-388.
163. Ehrenzweig A. *Die sogenannten zweigliederigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte* / A. Ehrenzweig. – Wien : Manz'sche, 1895. – 196 S.
164. Ehrhardt A. *The „Search“* / A. Ehrhardt // *Studi in onore di Emilio Betti*. Vol. III. – Milano : Giuffrè, 1962. – P. 169-180.
165. Eisenring G. *Römische Ehe als Rechtsverhältnis* / G. Eisenring. – Wien : Böhlau, 2002. – 425 S.
166. Engisch K. *Einführung in das juristische Denken* / K. Engisch. – Stuttgart : W. Kohlhammer, 2005. – 282 S.
167. Erbe W. *Die Fiduzia im römischen Recht* / W. Erbe. – Weimar : H. Böhlau Nachf., 1940. – 212 S.
168. Esser J. *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* / J. Esser. – Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1969. – 209 S.
169. Falcone G. *«Obligatio est iuris vinculum»*. Torino: Giapichelli, 2003. P. 10-70.
170. Fayer C. *La familia romana : aspetti giuridici ed antiquari. Parte 3 : concubinato, divorzio, adulterio* / C. Fayer. – Roma : «L'ERMA» di Bretschneider, 2005. – 448 p.
171. Fayer C. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Parte 2 : Sponsalia, matrimonio, dote* / C. Fayer. – Roma : «L'ERMA» di Bretschneider, 2005. – 908 p.
172. Fögen M.T. *Römische Rechtsgeschichten : über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems* / M.T. Fögen. – Göttingen : Vandenhoeck&Ruprecht, 2002. – 230 S.
173. Franchini L. *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica* / L. Franchini. – Milano : Vita e Pensiero, 2005. – 110 p.

174. Frezza P. Le garanzie delle obbligazioni. Vol. I. Le garanzie personali / P. Frezza. – Padova : CEDAM, 1962. – 378 p.
175. Fuller L.L. Legal Fictions / L.L. Fuller. – Stanford : Stanford University Press, 1967. – 142 p.
176. Gallo F. Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica / F. Gallo. – Torino : G. Giappichelli, 2010. – 139 p.
177. Garcia Garrido M. Iustus tutor y legitimus tutor / M. Garcia Garrido // Anuario de historia del derecho Español . – 1955. – T. 25. – P. 839-844.
178. Garcia Garrido M. Sobre los verdaderos limites de la ficcion en derecho romano / M. Garcia Garrido // Anuario de historia del derecho Español. – 1957-58. – T. XXVII-XXVIII. – P. 305-342.
179. Gaudemet J. Droit privé romain / J. Gaudemet. – Paris : Montchrestien, 2000. – 429 p.
180. Géný F. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Vol. 3. / F. Géný. – Paris : Sirey, 1921. – 522 p.
181. Giaro T. Romanistische Constructionsplaudereien / T. Giaro // Rechtshistorisches Journal. – 1991. – 10. – S. 209-232.
182. Giaro T. Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment / T. Giaro. – Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 2007. – 767 S.
183. Gómez-Iglesias Casal Á. Lex Ursonensis cap. 109. La tutela en la lex Ursonensis y en la ley municipal / Á. Gómez-Iglesias Casal // Studia historica. Historia antigua. – 1997. – 15. – P. 247-266.
184. Gradenwitz O. Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte / O. Gradenwitz. – Berlin : Weidmann, 1887. – 328 S.
185. Gradenwitz O. Versuch einer Dekomposition des rubrischen Fragments / O. Gradenwitz. – Heidelberg : Winter, 1915. – 53 S.
186. Gradenwitz O. Stadtrechte von Urso, Salpensa, Malaca in Urtext und Beischrift aufgelöst / O. Gradenwitz. – Heidelberg : Winter, 1920. – 6 S.

187. Hackl K. Sulla finzione nel diritto privato / K. Hackl // Studi in onore di Arnaldo Biscardi. Vol. 1. – Milano: Ist. ed. Cisalpino, La Goliardica, 1982. – P. 245-263.
188. Hackl K. Vom «quasi» im römischen zum «als ob» im modernen Recht / K. Hackl // Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. – Heidelberg : C.F. Müller, 1999. – S. 117-127.
189. Hamza G. Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero / G. Hamza // Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età Romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo. Napoli : Jovene, 1997. – S. 349-362.
190. Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. Bd. I / W. Suerbaum. – München : C.H. Beck, 2002. – 611 S.
191. Hase E.F. Das Jus Postliminii und die Fictio Legis Corneliae: eine rechtshistorische Abhandlung / E.F. Hase. – Halle : C.E.M. Pfeffer, 1851. – 248 S.
192. Hausmanninger H., Selb W. Römisches Privatrecht / H. Hausmanninger, W. Selb. – Wien : Böhlau, 2001. – 407 S.
193. Hellmann F. Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht / F. Hellmann. – München : Beck, 1914. – 308 S.
194. Hellmann F. Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen / F. Hellmann // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1902. – Bd. 23. – S. 380-428.
195. Hellmann F. Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen / F. Hellmann // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1903. – Bd. 24. – S. 50-121.
196. Honsell H. Römisches Recht / H. Honsell. – Berlin ; Heidelberg :

- Springer, 2010. – 227 S.
197. Horak F. *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* / F. Horak. – Innsbruck : Scientia, 1969. – 311 S.
198. Huvelin P. *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain T. I. Les sources* / P. Huvelin. – Lyon : A Rey ; Paris : Arthur Rousseau, 1915. – 865 p.
199. Jhering R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung* / R. Jhering. – Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1871. – 354 S.
200. Jhering R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* / R. Jhering. – Leipzig : Breitkopf & Härtel, 1852-1865. – 4 Bde.
201. Jolowicz H.F., Nicholas B. *Historical Introduction to the Study of Roman Law* / H.F. Jolowicz, B. Nicholas. – London : Cambridge University Press, 1972. – 528 p.
202. Jörs P., Kunkel W. [et al.]. *Römisches Recht* / Jörs P., Kunkel W. [et al.]. – Berlin et al. : Springer, 1987. – 626 S.
203. Karlowa O. *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung* / O. Karlowa. – Berlin : Weidmann, 1877. – 282 S.
204. Kaser M. *Das altrömische Jus* / M. Kaser. – Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1949. – 382 S.
205. Kaser M. *Römisches Privatrecht* / M. Kaser. – München : C.H. Beck, 1971, 1975. – 2 Bde.
206. Kaser M. *Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige geschäfte im römischen Recht* / M. Kaser. – Wien : Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1977. – 125 S.
207. Kaser M. *Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung* / M. Kaser // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. – 1952. – Bd. 61. – S. 60-101.

208. Kaser M. Zur juristischen Terminologie der Römer / M. Kaser // Kaser M. Ausgewählte Schriften. Bd. I. – S.l. : Jovene, 1976. – S. 35-83.
209. Kaser M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung / Kaser M. // M. Kaser. Ausgewählte Schriften. S.l. : Jovene, 1976 (по изданию 1962 года). – Bd. I. – S. 3-34.
210. Kaser M. Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung / M. Kaser. – Wien : Hermann Böhlaus Nachf., 1972. – 117 S.
211. Kaser M., Hackl K. Das römische Zivilprozessrecht / M. Kaser, K. Hackl. – München : C.H. Beck, 1996. – 712 S.
212. Kaser M., Knütel R. Römisches Privatrecht / M. Kaser, R. Knütel. – München : C.H. Beck, 2005. – 426 S.
213. Kelsen H. Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausg. der 1. Aufl. 1934 / H. Kelsen. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2008. – 181 S.
214. Kelsen H. Reine Rechtslehre. Zweite, vollst. neu bearb. und erweit. Aufl. / H. Kelsen. – Wien : Franz Deuticke, 1960. – 534 S.
215. Kelsen H. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob / H. Kelsen // Annalen der Philosophie. Bd. I. – Leipzig : Felix Meiner, 1919. – S. 631-658.
216. Kerber W. Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung / W. Kerber. – Würzburg, 1970. – 161 S.
217. Knütel R. Zur Auslegung der Stipulation / R. Knütel // <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-58s.pdf>
218. Koschaker P. Europa und das römische Recht / P. Koschaker. – München ; Berlin : Biederstein, 1947. – 378 S.
219. Krüger H. Verweisungsedikte im prätorischen Album / H. Krüger // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1916. – Bd. 37 = 50. – S. 230-316.
220. Kunkel W. Civilis und naturalis possessio. Eine Untersuchung über

- Terminologie und Struktur der römischen Besitzlehre / W. Kunkel // *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*. – Leipzig : Bernhard Tauchnitz, [1935]. – S. 40-79.
221. Kunkel W. Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht / W. Kunkel // *Festschrift P. Koschaker*. Bd. II. – Weimar : Hermann Böhlaus Nachf., 1939. – S. 1-15.
222. Kunkel W., Schermaier M. *Römische Rechtsgeschichte* / W. Kunkel, M. Schermaier. – Köln [et al.] : Böhlau, 2005. – 335 S.
223. Kunkel W., Wittmann R. *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*. Zweiter Abschnitt. Die Magistratur / W. Kunkel, R. Wittmann. – München : C.H.Beck, 1995. – 806 S.
224. Kuntze J.E. *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes* / J.E. Kuntze. – Leipzig : Hermann Mendelsson, 1856. – 423 S.
225. Lange L. *Transitio ad plebem* / L. Lange // *Verhandlungen der einundzwanzigsten Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner*. – Leipzig : B.G. Teubner, 1863. – S. 120-135.
226. Lange L. *Über die transitio ad plebem. Ein Beitrag zum römischen Gentilrecht und zu den Scheingeschäften des römischen Rechts* / L. Lange. – Leipzig : B.G. Teubner, 1864. – 48 S.
227. Larenz K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* / K. Larenz. – Berlin [et al.] : Springer, 1960. – 381 S.
228. Larenz K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* / K. Larenz. – Berlin ; Göttingen ; Heidelberg : Springer, 1960. – 381 S.
229. Larenz K., Wolf M. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* / K. Larenz, M. Wolf. – München : C.H. Beck, 2004. – 985 S.
230. Lauria M. *Ius. Visioni romane e moderne* / M. Lauria. – Napoli : L'Arte tipografica, 1962. – 336 p.
231. Lausberg H. *Handbuch der literarischen Rhetorik: eine Grundlegung der*

- Literaturwissenschaft / Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1990. – 983 S.
232. Lautenbach E. Latein – Deutsch: Zitaten-Lexikon: Quellennachweise / E. Lautenbach. – Münster ; Hamburg ; London : Lit, 2002. – 932 S.
233. Leifer F. Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht / F. Leifer. – Leipzig : Duncker & Humblot, 1914. – 326 S.
234. Lenel O. Das Edictum perpetuum / O. Lenel. – Leipzig : Bernhard Tauchnitz, 1927. – 579 S.
235. Levy E. Natural Law In Roman Thought / E. Levy // Levy E. Gesammelte Schriften. Bd. I. – Köln ; Graz : Böhlau, 1963. – S. 3-19.
236. Liebs D. Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter / D. Liebs. – München : C.H. Beck, 2007. – 302 S.
237. Lineamenti di storia del diritto romano / M. Talamanca. – Milano : A. Giuffrè, 1989. – 762 p.
238. Lopez Rosa R. Sobre la «datio tutoris» en la «lex Irnitana» / R. Lopez Rosa // *Studia et documenta historiae et iuris*. – 1992. – 63. – P. 304 -308.
239. Mac Cormack J. Naturalis possessio / J. Mac Cormack // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. – 1967. – Bd. 84. – S. 47-69.
240. Maine H.S. Ancient Law : Its Connection With the Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas / H.S. Maine. – London : Murray, 1861. – 415 p.
241. Manigk A. Willenserklärung und Willensgeschäft / A. Manigk. – Berlin : Franz Vahlen, 1907. – 742 S.
242. Martini R. «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano / R. Martini // *Synthese* Vincenzo Arangio-Ruiz. Raccolta di studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto. – Napoli : Jovene, 1964. – Vol. I. – P. 462-468.
243. Martini R. Le definizioni dei giuristi romani / R. Martini. – Milano : A. Giuffrè, 1966. – 426 p.

244. Maschi C.A. Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore? / C.A. Maschi // L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker. Vol. II. – Milano : A. Giuffrè, 1954. – P. 427-437.
245. Maschi C.A. La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani / C.A. Maschi. – Milano : Vita e pensiero, 1937. – 395 p.
246. Maschi C.A. La critica del diritto nell'ambito degli ordinamenti giuridici romani / C.A. Maschi // JUS. Rivista di scienze giuridiche. – 1963. – XII. – P. 49-67.
247. Maschi C.A. Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas / C.A. Maschi. – Milano : Vita e pensiero, 1938. – 124 p.
248. Masi A. Nullità. Nullità in generale (storia) / A. Masi // Enciclopedia del Diritto XXII. – [Milano :] A. Giuffrè, 1978. – P. 859-866
249. Masi Doria C. Spretum imperium / Masi Doria C. – Napoli : Editoriale scientifica, 2000. – 364 p.
250. Mayer-Maly T. Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache Zwischen Sein und Sollen / T. Mayer-Maly // Studi in onore di E. Volterra. Vol. II. – Milano : A. Giuffrè, 1971. – P. 113-124.
251. Medicus D. Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses / D. Medicus // Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag. – München : Beck, 1976. – S. 391-406.
252. Mette-Dittmann A. Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps / A. Mette-Dittmann. – Stuttgart : Steiner, 1991. – 220 S.
253. Michaels R. Vor § 241. Systemfragen des Schuldrechts / R. Michaels // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241 – 432. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2007. – S. 1-97.
254. Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians / L. Mitteis. – Leipzig : Duncker & Humblot, 1908. – Bd. I. – 428 S.
255. Mommsen T. Die römischen Patriciergeschlechter / Th. Mommsen //

- Mommsen Th. Römische Forschungen. Bd. I. – Berlin : Weidmannsche Buchhandlung, 1864. – S. 69-127.
256. Mommsen T. Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica / T. Mommsen // Abhandlungen der Königlichen Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. – Leipzig : S. Hirzel, 1855. – Bd. III. – S. 357-507.
257. Mommsen T. Nachtrag [Transitio ad plebem] // Mommsen Th. Römische Forschungen. Bd. I. – Berlin : Weidmannsche Buchhandlung, 1864. – S. 397-409.
258. Mommsen T. Römisches Strafrecht / T. Mommsen. – Leipzig : Duncker & Humblot, 1899. – 1078 S.
259. Nicholas B. An Introduction to Roman Law / B. Nicholas. – Oxford : Clarendon Press, 1962. – 281 p.
260. Noordraven B., Noordraven D. Die Fiduzia im römischen Recht / B. Noordraven, D. Noordraven. – Amsterdam : J.C. Gieben, 1999 [перевод издания 1988 г.]. – 386 S.
261. Norden E. Aus altrömischen Priesterbüchern / E. Norden. – Lund : Leerup, 1939. – 300 S.
262. Nörr D. Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie / Nörr D. – Berlin : J. Schweitzer, 1972. – 64 S.
263. Nörr D. Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie / D. Nörr. – Berlin : J. Schweitzer, 1972. – 64 S.
264. Nörr D. Rechtskritik in der römischen Antike / D. Nörr. – München : Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1974. – 167 S.
265. Nörr D. Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze / D. Nörr // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 2001. – Bd. 118. – S. 1-72.

266. Ogden C.K. Bentham's Theory of Fictions / C.K. Ogden. – London : Kegan Paul, Trench, Trubner, 1932. – 161 p.
267. Orestano R. Diritto romano / R. Orestano // Novissimo digesto italiano. Vol. V. – Torino : Unione tipografico – Editrice torinese, 1960. – P. 1024-1047.
268. Orestano R. Obligationes e dialettica / R. Orestano // Jus. Rivista di scienze giuridiche. – 1959. – 10. – P. 18-31.
269. Pernice A. Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Bd. I / A. Pernice. – Halle : Waisenhaus, 1873. – 518 S.
270. Pernice A. Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. III, 1 / A. Pernice. – Halle : Niemeyer, 1892. – 309 S.
271. Pokrowsky J. Die actiones in factum des classischen Rechts / J. Pokrowsky // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1895. – Bd. 16. – S. 7-104.
272. Pokrowsky J. Zur Lehre von den actiones in ius und in factum / J. Pokrowsky // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1899. – Bd. 20. – S. 99-126.
273. Pringsheim F. Symbol und Fiktion in antiken Rechten / F. Pringsheim // Pringsheim F. Gesammelte Abhandlungen. – Heidelberg : Carl Winter, 1961. – S. 382-400.
274. Pugliatti S. Finzione / S. Pugliatti // Enciclopedia del diritto. Vol. XVII. – [Milano :] A. Giuffrè, 1968. – P. 658 – 673.
275. Quadrato E. D.40.9.17.pr. e C.I.7.11.3: un intervento di Marco Aurelio in tema di «manumissio» per acclamazione / E. Quadrato // <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03quadrato.pdf>.
276. Quadrato R. Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella

- giurisprudenza romana / R. Quadrato. – Napoli : Jovene, 1983. – 119 p.
277. Rabel E. Grundzüge des römischen Privatrechts / E. Rabel. – Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft E.V., 1955. – 241 S.
278. Riccobono S. Zur Terminologie der Besitzverhältnisse [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta] / S. Riccobono // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1910. – Bd. 31. – S. 321-371.
279. Robbe U. La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano / U. Robbe // Scritti in onore di Salvatore Pugliatti. Vol. IV. – Milano : A. Giuffrè, 1978. – P. 625-764.
280. Robleda O. Il divorzio in Roma prima di Constantino / O. Robleda // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Bd. II.14. – Berlin : Walter de Gruyter, 1982. – S. 347-391.
281. Robleda O. La nulidad del acto jurídico / O. Robleda. – Roma : Università Gregoriana, 1964. – 358 p.
282. Roby H.J. Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines / H.J. Roby. – Cambridge : University Press, 1902. – Vol. I. – 543 p.
283. Sacchi O. VI Seminario Internazionale “Diritto Romano e Attualità”. “Individui e res publica. dall’esperienza giuridica romana alle concezioni contemporanee. Il problema della persona”. S. Maria Capua Vetere e Napoli, 26-29 ottobre 2010. Breve cronaca / O. Sacchi // <http://www.dirittoestoria.it/9/Cronache/Sacchi-Persona-diritto-antico-contemporaneo.htm>.
284. Savigny F.C. System des heutigen Römischen Rechts / F.C. Savigny. – Berlin : Veit und Comp., 1840-1859. – 8 Bde.
285. Savigny F.C. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / F.C. Savigny // Thibaut und Savigny : zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland,

- 1814-1914. – Berlin : Vahlen, 1914. – S. 69-166.
286. Schermaier M.J. *Materia : Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht* / M.J. Schermaier. – Wien ; Köln ; Weimar : Böhlau, 1992. – 341 S.
287. Schermaier M.J. Vor § 104. *Das Rechtsgeschäft* / M.J. Schermaier // *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd I. Allgemeiner Teil. §§ 1 – 240.* – Tübingen : Mohr Siebeck, 2003. – S. 354-364.
288. Schmidlin B. *Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage?* / B. Schmidlin // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.* – 1970. – 38. – S. 367-387.
289. Schulz F. *Lex Salpensana cap. 29 und Lex Ursonensis cap. 109* / F. Schulz // *Studi in onore di S. Solazzi.* – Napoli : E. Jovene, 1948. – P. 451-460.
290. Schulz F. *Prinzipien des römischen Rechts* / F. Schulz. – München ; Leipzig : Dunker & Humblot, 1934. – 188 S.
291. Schulz F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* / F. Schulz. – Weimar : Hermann Böhlau Nachfolger, 1961. – 462 S.
292. Schwarz A.B. *Das strittige Recht der römischen Juristen* / A.B. Schwarz // *Festschrift Fritz Schulz. Bd. II.* – Weimar : Hermann Böhlau Nachf., 1951. – S. 201-225.
293. Solazzi S. «Quodam modo» nelle Istituzioni di Gaio / S. Solazzi // *Studia et documenta historiae et iuris.* – 1953. – 19. – P. 104-133.
294. Staffhorst A. *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht* / A. Staffhorst. – Berlin : Duncker & Humblot, 2006. – 363 S.
295. Stammer R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* / R. Stammer. – Berlin : Walter de Gruyter, 1970 (по изданию 1928 года). – 396 S.
296. Stein P. *Regulae iuris : from Juristic Rules to Legal Maxims* / P. Stein. – Edinburgh : University Press, 1966. – 206 p.

297. Stein P. The Development of the Notion of Naturalis Ratio / P. Stein // Daube noster. Essays in Legal History for David Daube. – Edinburgh ; London : Scottish Academic Press, 1974. – P. 305-316.
298. Stolzenberg N.M. Bentham's Theory of Fictions – A "Curious Double-Language" / N.M. Stolzenberg // Cardoza Studies in Law and Literature. – 1999. – № 11. – P. 223-262.
299. Talamanca M. Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana / M. Talamanca // Bulletino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja». – 2005. – 101-102 (1998-1999). – P. 1-39.
300. Talamanca M. Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani / M. Talamanca // La filosofia greca e il diritto romano. – Roma : Accademia Nazionale dei Lincei, 1977. – T. 2. – 319 p.
301. Tatum W. J. The patrician tribune: Publius Clodius Pulcher / W.J. Tatum. – S.l. : The University of North Carolina Press, 1999. – 365 p.
302. Thomas J.A.C. Custom And Roman Law / J.A.C. Thomas // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. – 1963. – 31. – P. 39-53.
303. Torrente A., Schlesinger P. Manuale di diritto privato / A. Torrente, P. Schlesinger. – Milano : A. Giuffrè, 2004. – 1131 p.
304. Unger J. Die Verträge zu Gunsten Dritter / J. Unger // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. – 1871. – Bd. 10. – S. 1-109.
305. Vacca L. La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano / L. Vacca. – Torino : G. Giappichelli, 1989. – 204 p.
306. Volterra E. La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo D.C. / E. Volterra // Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja». – 1966. – 69. – P. 109 – 153.
307. Volterra E. L'aquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias / E. Volterra // Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja». – 1976. – 79. – P. 193-250.

- 308. Waldstein W. Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen / W. Waldstein // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Bd. 15. – Berlin ; New York : Walter de Gruyter, 1976. – S. 3-100.
- 309. Waldstein W. Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen / W. Waldstein // Das Naturrechtsdenken heute und morgen : Gedächtnisschrift für René Marcic. – Berlin : Duncker und Humblot, 1983. – S. 239-253.
- 310. Waldstein W. Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht / W. Waldstein // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. – 1967. – Bd. 17. – S. 1-26.
- 311. Watson A. «Si adorat furto» / A. Watson // Labeo. – 1975. – 21. – P. 193-196.
- 312. Watson A. Captivitas and Matrimonium / A. Watson // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. – 1961. – 29. – P. 243-259.
- 313. Watson A. The Law of Persons in the Later Roman Republic / A. Watson. – Oxford : Clarendon Press, 1967. – 269 p.
- 314. Wenger L. Die Quellen des römischen Rechts / L. Wenger. – Wien : Adolf Holzhausens NFG, 1953. – 973 S.
- 315. Wesener G. Zur Denkform des quasi in der römischen Jurisprudenz / G. Wesener // St. in memoria di G. Donatutti. T. III. – Milano : Cisalpino-Goliardica, 1973. – P. 1387-1414.
- 316. Wieacker F. Grundlagen in der Systembildung der römischen Jurisprudenz / F. Wieacker // La sistematica giuridica. – Roma : Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991. – P. 63-83.
- 317. Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit / F. Wieacker. – Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. – 659 S.
- 318. Wieacker F. Rechtsbegriff und juristische Fiktion. Eine Besprechung [zu: Esser J. Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940] / F. Wieacker // Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. – 1942. – Bd. 102. – S. 176-184.

319. Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt. Einleitung. Quellenkunde Frühzeit und Republik / F. Wieacker. – München : C.H. Beck, 1988. – 724 S.
320. Wieacker F. Vom römischen Recht / F. Wieacker. – Stuttgart : K.F. Köller, 1961. – 332 S.
321. Wieling H.J. Falsa demonstratio, conditio pro non scripta, conditio pro impleta im römischen Testament // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. – 1970. – 87. – S. 197-245.
322. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl. / B. Windscheid. – Frankfurt am Main : Rütten & Löning, 1887. – Bd I. – 936 S.
323. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl. Bd. I / B. Windscheid. – Frankfurt am Main : Rütten & Löning, 1887. – 936 S.
324. Wlassak M. Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen / M. Wlassak – Graz : Leuschner & Lubensky, 1884. – 201 S.
325. Yaron R. De Divortio Varia / R. Yaron // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. – 1964. – 32. – P. 533-557.
326. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition / R. Zimmermann. – S.l. : Oxford University Press, 1996. – 1241 p.
327. Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschäft / E. Zitelmann. – Leipzig : Duncker & Humblot, 1879. – 614 S.
328. Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts / K. Zweigert, H. Kötz. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1996. – 729 S.

III. Справочные и информационные издания

329. Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь / И.Х. Дворецкий. – М. : Русский язык, 1996. – 846 с.

330. Дыдынский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права / Ф.М. Дыдынский. – М. : Спарк, 1998 [по изданию 1896 г.]. – 560 с.
331. Georges K.E. Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, aus den Quellen zusammengetragen und mit besonderer Bezugnahme auf Synonymik und Antiquitäten unter Berücksichtigung der besten Hilfsmittel ausgearbeitet. (Reprint der Ausgabe Hannover: Hahnsche Buchhandlung, 1913-1918) / K.E. Georges. – Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998. – 2 Bde.
332. [Heumann H., Seckel E.] Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts / H. Heumann, E. Seckel. – Jena : Gustav Fischer, 1926. – 643 S.
333. Oxford Latin Dictionary. – Oxford : Clarendon Press, 1968. – 2126 p.
334. Thesaurus Linguae Latinae [CD-Rom-Edition] / München ; Leipzig : K.G. Saur, 2004.