

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЗАПИСКИ



НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
№ 1 (24). 2011

Редакционная коллегия:

Ю. Е. Аврутин,
д-р юрид. наук, проф.;

Ю. В. Астафьев,
канд. юрид. наук, доц.;

М. О. Баев,
д-р юрид. наук, проф.;

О. Я. Баев,
д-р юрид. наук, проф.;

О. В. Баулин,
д-р юрид. наук, проф.;

П. Н. Бирюков,
д-р юрид. наук, проф.;

Т. М. Бялкина,
д-р юрид. наук, проф.;

В. В. Гриценко,
д-р юрид. наук, проф.;

Т. Д. Зражевская,
д-р юрид. наук, проф.;

А. В. Малько,
д-р юрид. наук, проф.;

Ю. Б. Носова,
канд. юрид. наук, преп.
(отв. секретарь);

Е. И. Носырева,
д-р юрид. наук, проф.;

К. К. Панько,
д-р юрид. наук, проф.;

В. А. Панюшкин,
канд. юрид. наук, проф.;

С. В. Передерин,
д-р юрид. наук, проф.;

Ю. Г. Просвирнин,
д-р юрид. наук, проф.;

М. В. Сенцова,
д-р юрид. наук, проф.;

Ю. В. Сорокина,
д-р юрид. наук, проф.;

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие 5

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ИНСТИТУТОВ РИМСКОГО ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Кофанов Л. Л. Виндикация в римском публичном праве 6

Танев К. Судебная защита договоров: от исков *stricti iuris* к искам *bona fides* 19

Смышляев А. Л. Суд наш есть дело чести, есть дело подвига и дело славы (судебный поединок как дело чести в Древнем Риме) 25

Креницына Е. С. Представления о судье и правосудии в Толедском королевстве VII века (по данным житийной литературы) 32

Рудаков А. В. Иск *riporis cario* в Институциях Гая и правовые регуляторы продовольственного снабжения римской армии в IV веке 39

Трофимов В. В. Правообразование в древнеримском обществе периода национального права 46

ВЛИЯНИЕ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ЕВРОПЫ

Зумбулидзе Р. З. Соотношение обычая и закона в римском праве и в современном гражданском праве России 50

Сулейманова С. А. Временные пределы гражданской правоспособности физического лица 57

Лукашевич А. А. Эмансипация: история и современность 66

Бадаева Н. В. Институт владельческой защиты в римском праве и его рецепция в странах континентальной Европы 71

Самсонова А. Е. Римское право и современное состояние понимания права собственности государства 81

Сухарева Е. Р. Исторические корни появления жилищного узурфрукта в России и перспективы совершенствования его правового регулирования 86

| | |
|---|--|
| Ю. Н. Стариков, д-р юрид. наук, проф. (отв. редактор); | Сафронова Т. Н. Система договоров в римском праве и гражданском праве современной России..... 91 |
| В. В. Трухачев, д-р юрид. наук, проф.; | Полдников Д. Ю. Римское право и «каузальная модель» регулирования договорных отношений..... 100 |
| Л. В. Туманова, д-р юрид. наук, проф.; | Поротикова О. А. Квazиконтракты как источники возникновения обязательств в праве Древнего Рима и современной России (на примере неосновательного обогащения)..... 110 |
| В. В. Ячевский, канд. юрид. наук, проф. | Сорокина Е. А. Принцип добросовестности (bonne foi) в договорном праве Франции 114 |
| <hr/> | |
| Ответственные редакторы номера: | Дмитриева О. В. Римские правовые конструкции вины и ответственности и их влияние на современное гражданское право России..... 124 |
| Т. Н. Сафронова, канд. юрид. наук, доц.; | Згонников А. П. Предпосылки становления и развития института взаимного страхования в римском праве..... 131 |
| О. Н. Шеменова, канд. юрид. наук, доц. | |
| | РЕЦЕПЦИЯ КОНСТРУКЦИЙ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА ДРЕВНЕГО РИМА В ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ |
| | Минина Н. В. Концептуальные основы механизма осуществления и защиты субъективных прав в Древнем Риме 135 |
| | Хорунжий С. Н. Конститутивные решения суда в Древнем Риме с точки зрения современного процессуального права 143 |
| | Дыбов Е. А. Взаимодействие судебных и несудебных форм защиты права в Древнем Риме и современном российском праве..... 150 |
| | Шеменова О. Н. Развитие взглядов римских юристов на признательные объяснения сторон..... 154 |
| | Прасолов Д. Б. Проблемы выхода суда за пределы заявленных требований: сравнительно-правовой и исторический анализ 158 |
| | Боева М. В. Судебные извещения сторон в гражданском процессе 168 |
| | Фильченко И. Г. Апелляция в римском и современном гражданском процессе 171 |

LEGAL NOTES



SCIENTIFIC-PRACTICE JOURNAL

№ 1 (24). 2011

Editorial board:

Y. E. Avrutin,
doctor of legal science, professor;

Y. V. Astafyev,
candidate of legal science,
associate professor;

M. O. Baev,
doctor of legal science, professor;

O. J. Baev,
doctor of legal science, professor;

O. V. Baulin,
doctor of legal science, professor;

P. N. Birukov,
doctor of legal science, professor;

T. M. Bialkina,
doctor of legal science, professor;

V. V. Gritsenko,
doctor of legal science, professor;

T. D. Zrazhevskaya,
doctor of legal science, professor;

A. V. Malko,
doctor of legal science, professor;

Y. B. Nosova,
candidate of legal science,
associate professor
(secretary-in-chief);

E. I. Nosyreva,
doctor of legal science, professor;

K. K. Panko,
doctor of legal science, professor;

V. A. Panyushkin,
candidate of legal science,
professor;

S. V. Perederin,
doctor of legal science, professor;

Y. G. Prosvirnin,
doctor of legal science, professor;

CONTENT

Preface..... 5

THE HISTORICAL-LEGAL ANALYSIS OF ROMAN PUBLIC AND PRIVATE LAW INSTITUTES

Kofanov L. L. Vindication in Roman public law..... 6

Tanev K. Judicial protection of contracts: from claims stricti iuris to claims bona fides 19

Smyshlyaev A. L. Our court is the matter of honour, the matter of great deed and the matter of reputation (a legal battle as the matter of honour in Ancient Rome)..... 25

Krinitsyna Y. S. The image of a judge and justice in Toledo kingdom in VII century (according to descriptive literature)..... 32

Rudakov A. V. Actio per pignoris capionem in the Gaius «Institutes» and legal mechanism of the Roman army food supply system in the 4th century 39

Trofimov V. V. Law formation in Ancient Rome society in the period of national law..... 46

THE INFLUENCE OF THE ROMAN PRIVATE LAW TO THE DEVELOPMENT OF THE CIVIL LEGISLATION OF CONTINENTAL EUROPE STATES

Zumbulidze R. Z. Custom and legislation correlation in the Roman law in the modern civil law of Russia 50

Suleymanova S. A. Temporal limits of natural persons capacity 57

Lucashevich A. A. Emancipation: history and the present..... 66

Badayeva N. V. Possessory Protection in the Roman Law and its Reception in the Continental Europe countries 71

Samsonova A. Y. Roman law and current understanding of the state property..... 81

Sukhareva Y. R. Historical background of housing usufruct in Russia and perspectives of improving its legislative regulation 86

Safronova T. N. The contract system in the Roman law and in the modern civil law of Russia..... 91

Poldnikov D. Y. Roman law and «causal model» of regulating contractual relationships..... 100

| | |
|---|--|
| M. V. Sentsova, doctor of legal science, professor; | Porotikova O. A. Quasicontracts as reasons for the obligation appearance in Ancient Roman law an in modern Russia (on the example of unjust enrichment) 110 |
| J. V. Sorokina, doctor of legal science, professor; | Sorokina Y. A. The principle of good faith (bonne foi) in French contract law 114 |
| Y. N. Starilov, doctor of legal science, professor (chief editor); | Dmitriyeva O. V. Roman legal constructions of fault and responsibility and their influence to the modern Russian civil law 124 |
| V. V. Trukhachev, doctor of legal science, professor; | Zgonnikov A. P. Preconditions of formation and development of institute of a mutual insurance in the Roman law 131 |
| L. V. Tumanova, doctor of legal science, professor; | |
| V. V. Jachevsky, candidate of legal science, professor | |
| <hr/> | |
| Editors-in-chief of issue: | |
| T. N. Safronova, candidate of legal science, associate professor; | Minina N. V. Conceptual basis of mechanism of exercising and protecting of subjective rights in Ancient Rome 135 |
| O. N. Shemeneva, candidate of legal science, associate professor | Horunzhy S. N. Constitutive court decisions in Ancient Rome from the point view of modern civil procedure..... 143 |
| | Dybov Y. A. Interaction of judicial and extrajudicial forms of defending rights in Ancient Rome and its importance to modern Russian law 150 |
| | Shemeneva O. N. Development of roman lawyers views to formal admission 154 |
| | Prasolov D. B. Problems of adjudication beyond the claims in action: comparative and historical legal study 158 |
| | Boyeva M. V. Court notifications of parties in civil procedure 168 |
| | Filchenko I. G. Appeal in Roman law and in modern Russian civil procedure 171 |

ПРЕДИСЛОВИЕ

Римское право составляет важную часть исторического наследия человечества. Оказав несомненное влияние на формирование и развитие современного права европейских государств, оно продолжает оставаться объектом научного интереса современных ученых. Для проведения исследований римских правовых конструкций и институтов в России создан и функционирует в течение 15 лет фонд «Центр изучения римского права». Деятельность Фонда характеризуется комплексным подходом к изучению римского права как исторически сложного явления с точки зрения юридических и исторических наук, а также лингвистического анализа текстов источников римского права. В связи с этим в работе Центра принимают участие ученые-правоведы, представители исторической науки и языкознания в области романских языков. Исследования, проводимые в рамках Центра изучения римского права, не ограничиваются традиционным интересом к институтам частного права, а предполагают рассмотрение вопросов влияния публичного права Древнего Рима на содержание частноправовых институтов.

Через филиалы, действующие на базе ведущих юридических вузов страны, Центр изучения римского права широко привлекает к своей научно-исследовательской деятельности отечественных ученых. В настоящее время успешно функционирует 13 филиалов в России и один в Республике Беларусь. В работу Воронежского филиала Центра активно вовлечены преподаватели кафедры гражданского права и процесса Воронежского государственного университета. Российский центр плодотворно сотрудничает с зарубежными школами романистики, обменивается опытом и проводит совместные мероприятия с университетами городов Италии, Болгарии, Эстонии, Чехии, Германии и других государств. Одной из форм сотрудничества с иностранными романистами является организация постоянно действующего научного семинара «Римское право и современность», в рамках которого ежегодно проводятся тематические заседания, посвященные определенным вопросам истории и рецепции римского права. Ряд публикаций, представленных в данном номере журнала, подготовлен по материалам докладов, прозвучавших на заседаниях двух тематических сессий семинара. На первой из них, проходившей 25–30 октября 2007 г. в г. Софии, обсуждались вопросы римского обязательственного права, а также рецепция этих конструкций на Западе. Второе мероприятие состоялось 25–30 октября 2008 г. в стенах Воронежского государственного университета и было посвящено проблемам защиты прав и системе исков в римском и современном гражданском праве.

В структуре издания выделены три раздела. В первом разделе рассматривается непосредственно становление институтов римского права, анализируются вопросы его правообразования применительно к определенным этапам развития права. Ряд статей раскрывает представления о римском судостроительстве и судопроизводстве, а также эволюции различных видов исков. Новым подходом является поиск источников формирования некоторых частноправовых институтов в публичном праве. Так, виндикация, традиционно признаваемая средством защиты частных прав, рассматривается через призму публично-правового регулирования. Интерес вызывает и статья, посвященная вопросам влияния римского права на формирование законодательства одного из раннефеодальных государств Европы.

Второй раздел посвящен вопросам влияния римского частного права на формирование современных гражданско-правовых институтов. В этой части исследуется рецепция идей римского права применительно к институтам вещного, обязательственного права, правовому положению лиц в законодательстве Российской Федерации. В данный раздел включены также статьи, демонстрирующие влияние римского учения на становление институтов частного права в других государствах континентальной Европы.

В третьей части представлены статьи, в рамках которых исследуется проникновение римского учения о защите прав и об исках в нормы гражданского процесса России. Речь идет о современных формах защиты гражданских прав, сочетании государственных и негосударственных механизмов защиты, значении судебного решения как юридического факта, отдельных аспектах судопроизводства и обжалования судебных решений по гражданским делам.

Авторы выражают надежду на то, что представленные публикации вызовут интерес у студентов юридических и исторических факультетов, ученых, занимающихся проблемами формирования и рецепции римского права, и окажутся востребованными для проведения дальнейших исследований в данной области знаний.

*Ответственные редакторы
кандидат юридических наук, доцент Т. Н. Сафронова,
кандидат юридических наук, доцент О. Н. Шеменива*

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ИНСТИТУТОВ РИМСКОГО ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Л. Л. Кофанов

Центр истории римского права и европейских правовых систем
Института всеобщей истории РАН,
Фонд «Центр изучения римского права»
(г. Москва)

ВИНДИКАЦИЯ В РИМСКОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

Анализируется развитие виндикационного иска в Древнем Риме, обосновывается, что римская виндикация применялась как в судопроизводстве по частным делам, так и в публичном судопроизводстве, поскольку ее предметом были вещи, находившиеся и в частной, и в государственной собственности; проводится отличие современного иска о защите права собственности от его аналога в древнеримском праве.

К л ю ч е в ы е с л о в а: судопроизводство, виндикационный иск, частная собственность, государственная собственность, гражданское право, право народов.

VINDICATION IN ROMAN PUBLIC LAW

In this article the development of vindicative claim in Ancient Rome is analyzed. It is proved there that the Roman vindication implemented in civil proceedings and in public proceedings to, because both private and state property were its subjects. The differences between modern claim protecting property and its Ancient Roman analog are traced.

К e y w o r d s: legal proceedings, vindicative claim, private property, state property, civil law, peoples law.

Поступила в редакцию 23 июня 2011 г.

В современной теории права одним из важнейших столпов незыблемости и вечности абсолютной частной собственности является древнеримский институт защиты собственности посредством виндикационного иска. Большинство современных романистов и цивилистов убеждены в том, что именно римское право в отличие от прав многих других европейских народов очень рано разработало «единое понятие права собственности, заключавшей в себе всю полноту свободы распоряжения»¹ как движимым, так и недвижимым имуществом, причем виндикационный иск понимается как древнейший инструмент защиты именно «индивидуальной принадлежности»² вещи,

что якобы однозначно подтверждается торжественным заявлением истца и ответчика «я утверждаю, что это мое по праву квинтитов» (*ex iure Quiritium meum esse aio*).

В современном российском гражданском праве виндикационный иск (ст. 301 ГК РФ) понимается как общий иск защиты любой формы собственности, в том числе и государственной, поскольку «права всех собственников защищаются равным образом»³. Защита государственной собственности посредством виндикационного иска – это обычная практика арбитражных судов Российской Федерации⁴. Такое универсальное значение виндикационного иска, видимо, связано с предшествующим развитием российского права в советский период, когда частная собственность вообще

не признавалась и посредством виндикации защищалась не столько индивидуальная, сколько государственная собственность⁵.

Данный факт может вызвать возражения по поводу того, что виндикация советского времени не имеет ничего общего с виндикационным иском древнеримского частного права. Однако, по мнению некоторых романистов, легисакционный римский процесс «возник и развивался как частный»⁶, а «*iudicium publicum* возник и развивался в области пресечения уголовных преступлений»⁷. Следует отметить одну замечательную идею великого итальянского романиста П. Бонфанте о том, что римское публичное и частное право развивались параллельно, что нередко одни и те же юридические институты обслуживали и публичное, и частное право⁸. Кроме того, советские теоретики права и историки довольно убедительно доказывали, что в Риме, как и в Греции, понятие собственности возникло именно в значении верховной коллективной собственности государства (*dominium directum*) в отличие от более позднего *dominium utile* – частных собственников⁹. Это верховенство собственности государства особенно очевидно в отношении земли. С. Л. Утченко справедливо отмечал, что в республиканском Риме «основная масса земли считалась принадлежащей как бы всему *populus Romanus*»¹⁰, а «частной собственности в ее «чистом» виде, т.е. собственности ничем не ограниченной, не обусловленной, еще не существовало»¹¹. Как отмечает Е. М. Штаерман, даже в эпоху Империи сохранялась верховная собственность Римского государства на землю¹². Преобладание же коллективной собственности на землю в архаическую эпоху подтверждается многими исследователями на материале источников¹³, поэтому возникает вполне закономерный вопрос, возможно ли, что судебная защита собственности, включая земельную, уже в Законах XII таблиц сформировалась в форме виндикационного иска в *legis actio sacramento in rem* именно как защита частной, а не публичной собственности?

Для ответа на данный вопрос обратимся к источникам, и прежде всего к определению виндикации. Так, у Цицерона: «Право природы – это то, что не создано мнением, но посеяно в природе некоей силой, каковой являются религия, благочестие, благодарность, виндикация, почтительность и истина... Виндикация – это то, посредством чего вообще всякое насилие или неправомерное действие, которое может повредить, отклоняется посредством защиты или мести»¹⁴.

В этом весьма общем определении, которое очень редко приводится при характеристике

римского юридического понятия *vindicatio*, обращает на себя внимание тот факт, что виндикация относится к «праву природы» (*ius naturae*), существующему независимо от «мнения» (*opinio*) людей, и что посредством виндикации отражается «вообще всякое насилие или неправомерное действие». Кроме того, Цицерон различает применение виндикации как средства защиты (*defendendo*), в частности судебной, и как средства мести (*ulciscendo*). Поскольку римляне различали *vis publica* и *vis privata*, выражение «вообще всякое насилие» следует распространять и на насилие в области публичного права. Действительно, термины *vindicatio* и *vindicare* нередко употребляются в римском классическом праве для обозначения процедуры передачи частной собственности в пользу государственного фиска. Выражение *vindicare fisco* часто встречается в Дигестах в связи с конфискацией наследства преступника или его части¹⁵, в случае передачи государству половины стоимости найденного клада¹⁶, в случае неуплаты морской таможенной пошлины¹⁷ или виндикации казной частной собственности за долги¹⁸, при недобросовестной передаче земли¹⁹, при имущественных спорах между частными лицами и муниципиями²⁰, при виндикации государственных земель, арендуемых частными лицами²¹, в имущественных тяжбах, общих для фиска и частного лица²², в случае рассмотрения дел о неправомерном деянии (*iniuria*) и особо опасных государственных преступлений в публичном суде²³, в случае необоснованной неявки в суд²⁴ и т.д.²⁵ Плинием Младшим описывается интересный виндикационный иск между римским народом и частными наследниками некоего писца²⁶, датируемый началом II в. н.э., в котором от имени государства действовал в суде некий «адвокат народа» (*advocatus populi*). Таким образом, в эпоху Империи виндикация спорного имущества в пользу государства была обычным явлением и не обязательно связывалась только с уголовным правом – это мог быть исключительно гражданский иск о собственности.

Однако такому пониманию виндикации в римском архаическом процессе как будто противоречит описание ритуала легисакционного иска *legis actio sacramento in rem* в Институциях Гая, на которое главным образом и опирается современная романистика, трактующая архаическую *vindicatio* Законов XII таблиц как средство защиты исключительно частной собственности. Ввиду важности данного текста приведем его полностью:

«При вещных исках виндицировались движимости и одушевленные предметы, которые только можно было доставить в суд, перед

претором следующим образом. Тот, кто виндигировал, держал прут; затем схватывал вещь, например раба, и произносил следующее: “я утверждаю, что этот раб, согласно приведенному основанию, мой по квиригскому праву, и вот я налагаю на тебя мою виндикту”, причем он клал на раба фестуку. Ответчик произносил также слова и делал то же самое. После того как оба виндигировали, претор провозглашал: “отпустите этого раба”. Стороны повиновались. Виндигировавший истец спрашивал противника, а этот в свою очередь спрашивал первого следующим образом: “прошу тебя сказать, на каком основании ты виндигировал?”, тот отвечал: “я доказал мое право, как наложил виндикту”, тогда тот, кто первый виндигировал, произносил: “на случай, если ты незаконно виндигировал, я вызываю тебя на представление сакраментальной суммы в 500 ассов”. Противник также говорил: “Равным образом и я тебя”. Конечно, если спор был о вещи, стоимость которой была меньше 1000 ассов, то назначали залог в 50 ассов. Затем следовало то же самое, что происходило при личном иске. После этого претор разрешал в пользу одного или другого вопрос виндикций, т.е. он присуждал владение вещью на время спора из-за собственности кому-либо из тяжущихся, которому и приказывал гарантировать противнику владение вещью, т.е. целость вещи и доходы с нее. Обеспечение исправной уплаты сакраментальной суммы получал от обеих сторон (истца и ответчика) сам претор, так как она поступала в государственную кассу. Жезл употребляли вместо копья, как символ законного доминия, так как полагали, что самая бесспорная собственность та, которую захватили у врага. Вот почему (при разбирательстве дел) в центумвиральной коллегии выставлялось копье»²⁷.

В тексте Гая выражение *ex iure Quiritium teum esse*, казалось бы, недвусмысленно указывает на частноправовую природу описываемого института защиты собственности, однако следует особое внимание обратить на последние слова Гая, объясняющие смысл употребления фестуки как копья, символизирующего «правомерную собственность» (*dominium iustum*), так как римляне верили, что «самая бесспорная собственность та, которую захватили у врага». Об этом месте Гая и о символике копья в современной романистике написано очень много²⁸, причем особо отмечается, что в ритуале архаической виндикции явно видны исторические следы «ордалии, относившейся к «дуэли», которая определяла решение суда в древнейшие времена»²⁹. В качестве примера поединка в споре о возвращении неправомерно

захваченных вещей можно привести знаменитую легенду о сражении между Горагиями и Куриациями в начале VII в. до н.э.³⁰ Слова Гая о военной добыче как главном источнике наиболее правомерной собственности римского народа отнюдь не случайны. Эта римская идея, в частности, неоднократно встречается у более раннего автора – Дионисия Галикарнасского³¹, по мнению которого римляне, как и все другие народы, считали собственность, приобретенную по праву войны, наиболее честной и справедливой, а также охраняемой не человеческим, а божественным законом. Последнее вполне согласуется с приведенным выше определением виндикции у Цицерона как института «права природы». Поскольку военные приобретения делались всем римским народом в целом, то и приобретенная таким образом собственность становилась достоянием всего римского народа. Такой *dominium populi Romani* Гай также упоминает, подчеркивая, что частные лица могут иметь на него лишь владение или узуфрукт³². Но доминий римского народа – это именно публичная собственность, о которой частное лицо как будто не может сказать «эта вещь моя по праву квиригов». Однако в эпоху Законов XII таблиц такое утверждение отнюдь не всегда означало установление полной частной собственности³³, так как приобретатель становился законным частным владельцем при сохранении за римским народом контроля не только за недвижимостью, но и за прочими манципируемыми вещами³⁴. Частное владение землей, пусть даже пожизненное и наследственное владение двухгеровым наделом, еще не давало полной свободы распоряжения и отчуждения. Это подтверждается нормами Законов XII таблиц о наследовании, так как свобода завещания распространялась лишь на движимое имущество (*familia pecuniariae* – XII tab. V. 3–5), а само завещание, как правило, утверждалось решением народного собрания (*Gai. Inst. II. 101*).

Особое внимание Гай обращает на то, что предметом виндикационного иска Законов XII таблиц была и земля³⁵. Вместе с тем Авл Геллий³⁶, комментируя норму Закона XII таблиц о виндикации земли, отмечает, что первоначально ритуал иска исполнялся в присутствии претора на самом виндигируемом участке (*in loco praesenti*) и лишь гораздо позже в связи со значительным расширением границ Римской империи (видимо, в начале III в. до н.э.) виндикация земли стала совершаться на римском форуме над куском земли, символизовавшим весь виндигируемый участок.

Учитывая, что в V–IV вв. до н.э. почти весь земельный фонд находился в публичной собст-

венности римского народа, а в спорах между частными гражданами виндцировалась не земля, а право законного пользования ею³⁷, следует отметить, что сакраментальный иск отнюдь не был исключительной компетенцией судопроизводства по частным делам. Гай пишет, что «сакраментальный иск был общим»³⁸, т.е. по нему разбирались самые разнообразные дела как частного, так и публичного судопроизводства (*iudicia publica*). Данная трактовка слов Гая подтверждается весьма важным историческим фактом. Дело в том, что установленный в виндикационном иске Законов XII таблиц сакраментальный штраф, размер которого составлял 50 ассов в спорах о вещах стоимостью не более 1000 ассов и 500 ассов – при стоимости оспариваемых вещей более 1000 ассов, до 454 г. до н.э. взимался в баранах и быках. Однако законом Атерния – Тарпея 454 г. до н.э. был установлен денежный эквивалент штрафа: баран оценивался в 10 ассов, а бык – в 100 ассов³⁹. Этим же законом был определен верхний предел штрафа, который могли налагать римские магистраты – это два быка и 30 баранов⁴⁰, что в денежном эквиваленте составляло сумму в 500 ассов. Штрафы же в 500 и более ассов могли налагаться только по решению суда народного собрания *iudicium publicum*⁴¹. Цицерон уточняет, что в законе Атерния – Тарпея речь шла в том числе и о *sacramentum* легисакционного иска и о том, что введение данного ограничения юрисдикции магистратов было весьма угодно народу⁴². Следовательно, виндикационные иски с сакраментальным штрафом в 500 ассов уже входили в юрисдикцию суда народа, т.е. являлись как минимум исками не только частного, но и публичного права. Несомненно, этот закон вошел в норму XII таблиц о виндикационных исках, так как, по словам Дионисия, он «долго сохранял силу у римлян».

Таким образом, описанный у Гая ритуал виндикации вещи касался только первой стадии процесса по сакраментальному иску – стадии *in iure*. Если стоимость истребуемой по суду вещи (особенно, если речь шла о земле) превышала 1000 ассов, то на второй стадии процесса – *in iudicio* – дело, как правило, передавалось упомянутой выше судебной коллегии центумвиров или суду народного собрания⁴³.

В связи с этим следует рассмотреть такой мало изученный институт римского публично-судопроизводства, как так называемые популяторные иски (*actiones populares*)⁴⁴. Сферу их применения часто ограничивают мелкими штрафными исками о квазиделиктах о выброшенном и вылитом и об осквернении гробниц⁴⁵, однако в действительности они применялись

гораздо более широко, особенно в республиканский период, причем применялись не только в разнообразных делах по уголовным преступлениям, но и для защиты собственности римского народа, например, публичных дорог⁴⁶, государственной (муниципальной) земли⁴⁷ и межевых знаков⁴⁸. Этот иск относился к публичным, т.е. к области *iudicia publica*, сопровождался принесением сторонами сакральной клятвы⁴⁹ и предъявлялся одним или многими гражданами одновременно, из которых претор выбирал самого заинтересованного в качестве истца⁵⁰, действовавшего от своего имени и от имени всего народа⁵¹, остальные могли выступать в качестве свидетелей обвинения.

Особо следует остановиться на популяторном иске о нарушении межевых знаков границ как частных, так и публичных земельных участков. Во-первых, этот иск основан на очень древнем законе, датируемом традицией VII в. до н.э. и документально зафиксированным в древнейшей латинской надписи на *Lapis Niger*⁵². Первоначально он предусматривал санкцию *sacer esto*, т.е. смертную казнь и конфискацию имущества⁵³ или крупный штраф в размере 50 золотых за каждый умышленно передвинутый межевой камень⁵⁴. Во-вторых, римский юрист Павел, говоря о характере иска об установлении границ, отмечает, что «это личный иск, хотя и используется для виндикации вещи»⁵⁵. В данном случае речь идет о категории смешанных исков, которые по определению Институций Юстиниана «имеют смешанное основание, они являются как вещными, так и личными; к таковым относится... и иск об установлении границ»⁵⁶. Такой «смешанной» природой обладал и вещный иск *legis actio sacramento in rem* Законов XII таблиц, так как в нем и виндцировалась вещь, и одновременно налагался сакраментальный штраф в 50 или 500 ассов. В описанных в некоторых муниципальных законах популяторных исках используется также сакраментальный штраф⁵⁷, нередко кратный древним 500 ассам, составляя 500, 5000 или 50 000 сестерциев или 50 и 500 золотых⁵⁸.

Таким образом, любой римский гражданин мог от имени народа в судебном порядке истребовать у незаконного владельца вещь, являющуюся собственностью римского народа. Однако здесь встает вопрос о том, мог ли он в торжественной словесной формуле виндикационного иска заявить, что государственная собственность принадлежит ему – *meum esse*? В известном смысле это вполне возможно, так как речь идет о римской коллективной собственности, где каждый сособственник может назвать ее своей⁵⁹. В связи с этим следует

вспомнить известный фрагмент из Институций Гая о древней *societas ercto non cito* – сообществе неразделенной собственности, создаваемом посредством определенного легисакционного иска⁶⁰. По словам Гая, каждый член такого товарищества мог от имени всей *societas* и отпустить посредством виндикации общего раба на волю, и манципировать имущество. Говоря *meum esse* в торжественной формуле манципации, он имел в виду общее для него и его товарищей имущество. То же самое могло иметь место и в виндикации государственной собственности, например в случае виндикации главой публичного товарищества публиканов манцепсом государственных земель при «продажах под копьём»⁶¹. Кроме того, римские классические юристы, определяя природу виндикационного иска, нередко вместо классической фразы *meum esse* употребляют выражение *nostram esse*⁶², которое вполне может интерпретироваться не только в значении индивидуальной, но и коллективной принадлежности вещи.

Говоря о происхождении виндикационного иска как способа судебной защиты частного и государственного имущества следует особое внимание обратить на некоторые институты древнейшего международного права римлян – *ius fetiale*. Прежде всего бросается в глаза тот факт, что в фециальной процедуре объявления войны особое место занимает очень древний ритуал пронзения вражеской земли копьём⁶³. Так же как и в виндикационном иске, после расширения римской державы во время войн с Пирром в начале III в. до н.э. фециалы стали осуществлять этот ритуал не *in re presenti*, а на специально выделенном участке недалеко от римского форума⁶⁴. Однако наиболее важным для рассматриваемой темы является фециальный институт «судебного истребования вещей», неправоммерно захваченных во владение иным государством у римлян. Этот институт входил в сложный комплекс ритуалов объявления войны. Ливий рассказывает, что еще в царский период третий римский царь Анк Марций «переписал у древнего народа эквикулов право, которым ныне обладают фециалы и посредством которого вещи истребуются по суду»⁶⁵. Предъявлял иск об истребовании захваченных врагом вещей назначенный фециалами посол, который заявлял свое исковое требование на границе, затем у ворот и, наконец, на форуме города, обвиняемого в захвате вещей римлян⁶⁶. После перечисления требуемых по суду вещей он произносил сакральную клятву, текст которой романисты нередко используют для восстановления клятвы истца и ответчика в виндикационном иске *legis actio sacramento*

*in rem*⁶⁷. Затем он берет в свидетели Юпитера: «Если несправедливо и нечестиво требую я, чтобы эти люди и эти вещи были выданы мне, то да лишишь ты меня навсегда принадлежности к моему отечеству»⁶⁸.

В этих словах клятвы обращает на себя внимание тот факт, что посол произносит их от первого лица (*ego*) и требует возврата вещей или людей не римскому народу, а себе лично (*mihi*). Следовательно, и предшествующая клятве формула требования перечисляемых им вещей⁶⁹ скорее всего произносилась также от первого лица, и он заявлял требование от имени римского народа словами *rem ex iure Quiritium meam esse aio* – «я утверждаю, что эта вещь моя по праву квиристов». Кстати, обращает на себя внимание и выражение «право квиристов» (*ius Quiritium*). Известно, что в древнейший период термин «квиричь» обозначал вооруженных копьями воинов⁷⁰, соответственно *ius Quiritium* в древнейший период дословно означало «право вооруженных копьями воинов», что по смысловому значению скорее было ближе к «праву войны» (*ius belli*), чем к «праву гражданскому» (*ius civile*). В связи с этим следует вспомнить, что даже во времена Гая, т.е. во II в. н.э., в случае нарушения мирного договора оспариваемые «вещи виндицировались по праву войны»⁷¹.

В приведенном Ливием тексте клятвы выражение «эти люди и эти вещи», несомненно, следует понимать в том смысле, что исковое требование римского посла различало требования в отношении лиц и вещей, т.е. личные и вещные иски, что вполне соответствует главному делению общего сакраментального легисакционного иска на личный и вещный.

Чтобы лучше понять действие виндикационного иска в сфере древнейшего международного права фециалов, впоследствии называемого у Цицерона *ius gentium* или даже *ius naturae*⁷², необходимо обратиться к немногим конкретным судебным процессам эпохи Республики, описание которых сохранили для нас источники. Так, известен судебный процесс суда римского народа по поводу спора его союзников ардеян и арицийцев о границах⁷³. Ливий рассказывает, что в ходе процесса незадолго до голосования выступил некий старец Скаптий, заявив, что спорная земля еще в дни его молодости была римлянами «захвачена и по праву войны сделана публичной собственностью римского народа»⁷⁴. Его особенно удивило, что союзники «надеются, перехватив эту землю у римского народа, сделать его же из собственника судьей»⁷⁵. Далее он заявил, что «ту землю, которую он в молодости с другими воинами захватил крепкой мужской рукой, почему бы

и ныне, будучи глубоким стариком, не виндицировать также и словесно, на что он теперь только и способен»⁷⁶. Таким образом, Скаптий виндицировал в суде народа спорную землю в свою пользу и в пользу римского народа, и это сделало римлян в лице Скаптия третьей стороной виндикационного иска о земле, и «народ, созванный по трибам, присудил, чтобы эта земля принадлежала римскому народу как публичная (собственность)». Конечно, судья не может выносить судебное решение о спорной вещи в свою пользу, почему Ливий и назвал данный процесс «позорным» (*turpe*). Однако в такого рода исках так же, как и в описанных выше популяторных исках, каждый римский гражданин мог лично виндицировать собственность римского народа как свою собственную вещь и утверждать в суде *meam esse aio* по отношению к неримлянам.

Еще один процесс подобного рода имел место в 182 г. до н.э., когда в Карфаген были отправлены римские послы, чтобы выступить в качестве судей в споре о земле между Карфагеном и царем Масиниссой⁷⁷. Обращает на себя внимание тот факт, что, как и в древней виндикации, послы рассматривали дело «на месте» (*in re praesenti*), т.е. находясь на самой спорной земле, как это происходило и в виндикации Законов XII таблиц, описанной у Авла Геллия⁷⁸. Аналогичен виндикационному и термин *disceptatores* (*судьи*), производный от использованного Авлом Геллием глагола *disceptatur*⁷⁹. Тит Ливий отмечает, что карфагеняне «истребовали» (*repetebant*) землю, которой Масинисса обладал «по праву народов» (*iure gentium* – *Liv. XL. 17. 4*), и что «римские послы не изменили права владения, а всю тяжбу отправили в Рим сенату»⁸⁰.

Таким образом, римские послы выполнили то, что претор в виндикационном иске (*Gai. Inst. IV. 16*) делал на первой стадии процесса – *in iure*, т.е. определили, кто из сторон виндикационного иска будет владеть спорной вещью до вынесения окончательного судебного решения. Вторая фаза процесса – *in iudicio* – проходила годом позже, но не принесла решения, так как Масинисса захватил спорную землю вооруженным отрядом (*Liv. XL. 34. 14*). Дело было возобновлено в сенате лишь 10 лет спустя, в 172 г. до н.э., когда Масинисса к захваченной ранее земле присоединил карфагенские земли и еще 70 крепостей и городов (*Liv. XLII. 23. 1–4*). Сенат приказал Масиниссе и карфагенянам вновь прислать послов в Рим для вынесения судебного решения (*ad discerpandum* – *Liv. XLII. 24. 6*), а также пожелал каждому «владеть своей землей и не устанавливать новых границ, но сохранять старые»

(*Liv. XLII. 24. 8*). Видимо, впоследствии сенат вынес судебное решение в пользу карфагенян, так как Масинисса более не возобновлял попыток захвата их земли.

В данном процессе из области международной правоприменительной практики совершенно очевидны полные аналогии легисакционному иску виндикации римского гражданского права. Это и аналогичная юридическая терминология (*re praesenti discerpere*), и аналогичное содержание первой фазы процесса – определение посессора на время ведения иска и т.п.

Итак, римская виндикация применялась и в судопроизводстве по частным делам, и в публичном судопроизводстве; ее предметом были вещи, находившиеся как в частной, так и в государственной собственности. Так же как в современной российской виндикации, она защищала любые виды собственности от незаконного владения одними и теми же процессуальными средствами. Однако в отличие от современного иска о защите собственности римская виндикация распространялась и на сферу *ius gentium*, т.е. международного права. Само происхождение виндикации как «права копыя» связано с древнейшим римским институтом международного права фециалов – *rei repetitio*, т.е. судебного истребования римской собственности у другого народа.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 195.

² См.: Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 70.

³ Юридический энциклопедический словарь / под ред. В. Е. Крутских. 3-е изд. М., 2004. С. 309. См. также: Суханов Е. А. Право собственности и иные вещные права. Способы их защиты : комментарии к новому ГК. М., 1996.

⁴ См., например: Пуцина Е. А. Обобщение практики. Споры по виндикационным искам // Арбитражная практика. 2005. № 5 (50). (URL: www.arbitrpraktika.ru/Arch/ap200505op1.htm), где приводятся примеры виндикационных исков между государством и частным лицом, а также между двумя субъектами государственной или муниципальной власти.

⁵ См.: Черепяхин Б. Б. Виндикационные иски в советском праве // Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 171–224.

⁶ Nicosia G. Il processo privato romano. I: Le origini. Torino, 1986. P. 25.

⁷ Ibid. P. 21.

⁸ См.: Bonfante P. La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato in Roma // Scritti. 1928. Vol. IV: Roma. P. 28.

⁹ См.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность // Избранные труды по гражданскому праву. М., 2004. Т. 2 ; Савельев В. А.

Римское частное право (проблемы истории и теории). М., 1995.

¹⁰ Утченко С. Л. Цицерон и его время. М., 1972. С. 33.

¹¹ Там же. С. 37.

¹² См.: Штаерман Е. М. Древний Рим: проблемы экономического развития. М., 1978. С. 49.

¹³ См.: Кофанов Л. Л. Владение и собственность в Законах XII таблиц // Древнее право. Ius antiquum. 2000. № 6. С. 146–159; Его же. Государственная собственность и частный интерес в древнеримском праве // Там же. 2005. № 1 (15). С. 56–74.

¹⁴ Cic. De inv. II. 161: Naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem... vindicatio, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur. Ср.: Cic. De inv. II. 65: Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. 66. vindicationem (eam appellant), per quam vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et nostris, qui nobis cari esse debent, et per quam peccata punimur. (Существует ведь некое право природы, которое получает силу не в соответствии с нашим мнением, но благодаря некоей врожденной силе – это религия, благочестие, благодарность, vindикация, почтительность и истина. Vindикацией называют то, посредством чего мы, защищаясь и мстя за насилие и оскорбление, отклоняем их от нас самих и от нашего (имущества), которое должно быть для нас ценным, и посредством которой мы наказываемся за проступки.)

¹⁵ См., например: D. 5. 2. 8. 14: Id quod in testamento accepit perdere et id fisco uindicari quasi indigno ablatum. (То принятое по завещанию, чего лишается лицо, признаваемое как бы недостойным (наследовать), vindицируется фиск.) ; D. 5. 3. 20. 7: Si uacantia bona fisco uindicentur... (...если фиск vindицирует выморочное имущество.) ; D.34.9.21 (Paul.): Portiones quoque eorum fisco uindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt: omnes enim heredes uel eos qui loco heredis sunt officiose agere circa defuncti uindicatam conuenit. (Vindикации в пользу фиска подвергаются также доли тех, которые не отомстили за смерть подозрительно умерших вольноотпущенников: ведь всем наследникам, как и тем, кто находится на их месте, подобает выполнять (свой) долг в отношении отмщения за умершего.) ; D. 36. 1. 3. 5: Sed et si prohibuerit testamentarium introducere uel testes conuenire uel mortem testatoris non defendit uel ex alia causa hereditas fisco uindicata est, aequae quartae quidem commodum ad fiscum pertinebit, dodrans uero fideicommissario restitueretur. (Но и если (наследник) запретил ввести переписчика завещания или обратиться свидетелям, или не пытался предотвратить смерть завещателя, или же по какой-либо другой причине наследство будет vindицировано фиском, то выгода четверти также достанется фиску, а три четверти будет выдано фидеикоммиссарии.) ; D. 38. 2. 28 pr. (Florent.): Si in libertinum

animaduersum erit, patronis eius ius, quod in bonis eius habituri essent, si is in quem animaduersum est sua morte decessisset, eripiendum non est. sed reliquam partem bonorum quae ad manumissorem iure ciuili non pertineat, fisco esse uindicandam placet. (Если вольноотпущенник будет наказан, то, если он умер своей смертью, у патрона не следует отнимать того права на его имущество, которое у него должно возникнуть. Однако оставшаяся часть имущества, которая по гражданскому праву не переходит к манумиссору, должна быть, по моему мнению, vindицирована казной.) ; D. 48. 21. 3 pr. (Marc.): Papinianus ... scripsit, ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non uindicentur... (Однако Папиниан ... написал, что не следует vindицировать имущество тех, кто наложил на себя руки, не будучи обвинен в преступном деянии...) ; D. 48. 21. 3. 1: Ut autem diuus Pius rescripsit, ita demum bona eius, qui in reatu mortem sibi consciuit, fisco uindicanda sunt, si eius criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione adficiendus esset. (С другой стороны, как постановил в рескрипте божественный Пий, имущество того, кто лишил себя жизни, (находясь под судом, следует vindицировать в пользу фиска лишь тогда, если его обвиняли в таком преступлении, что в случае осуждения он должен был подвергнуться смертной казни или изгнанию.) ; D. 48. 21. 3. 3: Ergo ita demum dicendum est bona eius, qui manus sibi intulit, fisco uindicari, si eo crimine nexus fuit, ut, si conuinceretur, bonis careat. (Итак, следует утверждать, что имущество того, кто наложил на себя руки, vindицируется в пользу фиска только в том случае, если он был связан с таким преступлением, что в случае изболечения лишился бы имущества.) ; D. 49. 14. 14: Dicitur, ex asse hereditates ex Silaniano cum fisco uindicasset, ut nec libertates nec legata tueatur. quod aperte nullam habet rationem, cum ex quibuslibet aliis causis fisco uindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant. (Утверждают, что, когда согласно Силаниеву (сенатусконсульту) фиск vindицирует наследства в целом, он не соблюдает ни отпуск на волю, ни legata. Это явно не имеет никакого основания, поскольку в каких угодно других случаях, когда наследства vindицируются в пользу фиска, и отпуск на волю, и legata сохраняют силу.) ; D. 49. 14. 45. 2: Eius bona, qui sibi mortem consciuit, non ante ad fiscum coguntur, quam prius constiterit, cuius criminis gratia manus sibi intulerit. eius bona, qui sibi ob aliquod admissum flagitium mortem consciuit et manus intulit, fisco uindicantur. (Имущество того, кто лишил себя жизни, не поступает в пользу фиска до тех пор, пока не выяснится, из-за какого преступления он наложил на себя руки. Имущество того, кто лишил себя жизни и наложил (на себя) руки из-за какого-нибудь совершенного им позорного деяния, vindицируется в пользу фиска.) Ср. Paul. Sent. V. 12. 1.

¹⁶ D. 49. 14. 3.10: Fisci aduocato decisae sint, in integrum restituuntur. Si in locis fiscalibus uel publicis religiosisque aut in monumentis thesauri reperti fuerint, diui fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco uindicaretur. item si in Caesaris possessione

reperitus fuerit, dimidiam aequae partem fisco uindicari. (Божественные братья установили, что в случае, если на участках фиска, либо на участках публичных или религиозных, либо в надгробных памятниках найден клад, половинная доля от него изымается в пользу фиска; также, если он обнаружен во владении цезаря, равным образом половинная доля виндицируется в пользу фиска. § 11. Но никто не принуждается доносить на себя, что он нашел клад, если из этого клада не виндицируется часть фиску.) ; D. 34. 9. 26: Si uiuo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc uindicatur, sed apud eum a quo relictum est remanet. (Если тот, кому незаконно был оставлен легат, умер при жизни завещателя, то легат не виндицируется в пользу фиска, но остается у того, кем он возложен.)

¹⁷ D. 39. 4. 11. 2: Dominus nauis si illicite aliquid in naue uel ipse uel uectores imposuerint, nauis quoque fisco uindicatur. (Если собственник корабля или сам, или пассажиры провезли незаконным образом что-то на корабле, то корабль виндицируется фиском.) ; D. 39. 4. 16. 9: Si propter necessitatem aduersae tempestatis expositum onus fuerit, non debere hoc commisso uindicari diui fratres rescripserunt... (Если груз был выгружен по необходимости, в результате сильной бури, то, как предписали божественные братья, он не должен быть виндицирован в казну.)

¹⁸ D. 39. 4. 11. 4: Eam rem, quae commisso uindicata est, dominus emere non prohibetur... (Собственнику не запрещается купить вещь, которая конфискована в казну...)

¹⁹ D. 50. 1. 15. 2: In fraudem ciuiliu munerum per tacitam fidem praedia translata fisco uindicantur... (Имения, тайно переданные вопреки принципам (доброй) совести в ущерб гражданским повинностям, виндицируются в пользу фиска.)

²⁰ D. 50. 1. 37 pr.: De iure omnium incolarum, quos quaeque ciuitates sibi uindicant, praesidum prouinciarum cognitio est. (О правах всех жителей, (имущество) которых какая бы то ни было гражданская община виндицирует, судебное разбирательство проводят наместники провинций.)

²¹ D. 50. 10. 5. 1: Si qua loca publica uel aedificia in usus priuatorum inuenerit, aestimare, utrumne uindicanda in publicum sint an uectigal eis satius sit imponi, et id, quod utilius rei publicae intellexerit, sequi. (Если же какое-либо публичное место или здание окажутся в пользовании частных лиц, то (наместник) должен оценить, что лучше – виндицировать это в государственную собственность или взимать вектигальный налог, и таким образом следовать тому, что он сочтет более выгодным для государства.)

²² D. 49. 14. 18. 7: Sed communem causam sibi cum fisco quiuis deferre potest, hoc est uindicare, nec per hoc famosus est, licet in causa sua non optinuerit. (Но в общем для себя деле с фиском кто угодно может доносить, то есть виндицировать, и он не приобретает дурную славу из-за этого, пусть даже в своем деле он не выиграет.)

²³ D. 47. 10. 6 pr.: ...uoluit senatus publica quaestione rem uindicari... plane si actum sit publico iudi-

cio, denegandum est priuatum: similiter ex diuerso. (...сенат захотел, чтобы вещь была виндицирована в публичном расследовании... Разумеется, если предъявлен публичный иск, следует отказать в частном, и наоборот.) ; D. 48. 19. 37: In dardanariis propter falsum mensurarum modum ob utilitatem popularis annonae pro modo admissi extra ordinem uindicari placuit. (В интересах продовольственного снабжения народа принято в отношении оптовых торговцев продовольствием за (использование) фальшивых мер в экстраординарном порядке виндицировать (их имущество) в зависимости от масштабов содеянного.) ; D. 48.2.20 pr.: Ex iudicio publicorum... repetundarum et maiestatis iudicio... adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco uindicentur. (В случае преступлений, относящихся к публичным судам ... в судебных делах о взяточничестве и (оскорблении) величия... (наказания) решено исполнять таким образом, чтобы их имущество виндицировалось в пользу фиска.) ; Paul. Sent. V. 12. 12: Eius bona, qui falsam monetam percussisse dicitur, fisco uindicantur. (Имущество того, о ком известно, что он чеканил фальшивую монету, виндицируется в пользу фиска.)

²⁴ D. 48. 17. 1. 4: Si prouinciae praesidem intra annum adierit et satis obtulerit, non esse locum mandatis, ut bona fisco uindicentur. (Если внесенный в число вызванных в суд в течение года явится к наместнику провинции и предоставит обеспечение, то инструкция (императора) об изъятии его имущества в пользу фиска не применяется.)

²⁵ D. 49. 14. 8 pr. ; C.1.11.1.2 ; C.1.11.7.3 ; CT. 5. 1. 9 ; CT. 9. 42.2–4 ; CT.16.10.4.

²⁶ Plin. Sec. Ep. IV. 12. 3: Itaque reuersus Caesarem, deinde Caesare auctore senatum consuluit, quid fieri de salario uellet. Parua quaestio sed tamen quaestio. Heredes scribae sibi, praefecti aerari populo uindicabant. Acta causa est; dixit heredum aduocatus, deinde populi, uterque percommode. Caecilius Strabo aerario censuit inferendum, Baebius Macer heredibus dandum: obtinuit Strabo. Tu lauda Marcellinum, ut ego statim feci. (По возвращении он обратился к Цезарю, а затем по указанию Цезаря к сенату с вопросом, как угодно поступить с этой платой. Дело незначительное, но все-таки дело. Наследники писца требовали виндицировать деньги себе, префекты эрария – народу. 4. Спор рассмотрели: говорил адвокат наследников, затем адвокат народа; оба очень хорошо. Цецилий Страбон предложил внести деньги в эрарий, Бебий Макр – отдать наследникам. Согласились со Страбоном.)

²⁷ Gai. Inst. IV. 16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri aduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, ueluti hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM. SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam imponebat, aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat, cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTTE AMBO HOMINEM. illi mittebant. qui prior uindica(uerat, ita aduersarium et rursus post is alterum interroga)bat: POSTVLO, ANNE DICAS,

QVA EX CAUSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS PEREGI, SICVT VINDICTAM IN POSVI. deinde qui prior vindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat: SIMILITER ET EGO TE; scilicet (*si de re minoris quam M aeris agebatur*, L asses sacramenti nominabant. deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta praeronebatur.

²⁸ О праве копья см., например: *Thorman K. F. Der doppelte Ursprung der Mancipatio: Ein Beitrag zur Erforschung des frühromischen Rechtes unter Mitberücksichtigung des nexum.* München, 1943.

²⁹ См.: *Солидоро Маруотти Л. «Абсолютная собственность» и «относительная собственность» в европейской юридической истории // Древнее право.* 2004. № 14. С. 16. См. также: *Broggini G. La prova nel processo romano arcaico // Jus.* XI. 1963. P. 348 ss.; *Pugliese G. Il processo civile romano. I. Le 'legis actiones'.* Roma, 1962. P. 407 ss.; *Falchi G. L'onere della prova nella 'legis actio sacramenti in rem' // SDHI.* XXXVIII. 1972. P. 247 ss.; *Marrone M., s.v. Rivendicazione (dir. rom.) // ED.* 41. Milano, 1989. P. 7 s. nt. 31.

³⁰ *Liv. I. 22. 3: Forte euenit ut agrestes Romani ex Albano agro, Albani ex Romano praedas in uicem agerent... 4. utrimque legati fere sub idem tempus ad res repetendas missi... 23. 7. iniurias et non redditas res ex foedere quae repetitae sint, ... causam huiusce esse belli... 9. ineamus aliquam uiam ... sine multo sanguine ... decerni ... 24. 1. forte in duobus tum exercitibus erant trigemini fratres, nec aetate nec uiribus dispares. Horatios Curiatiosque fuisse. (Римские поселяне захватили добычу с альбанской земли, альбанские, в свой черед, – с римской... 4. С обеих сторон почти одновременно были отправлены послы для судебного истребования этих вещей... 23. 7. Неправомерные деяния и невозвращение вещей, которые были истребованы по суду на основании международного договора – такова причина нынешней войны... 9. ... так найдем возможность решить это без большого кровопролития... 24. 1. Было в каждой из ратей по трое братьев-близнецов. Это были Горации и Куриации.)*

³¹ *Dionys. VI. 32. 2: послы от аврунков... представ перед сенатом, потребовали, чтобы римляне вернули им землю вольсков... 2. Римляне же дали им такой ответ: «Послы, сообщите аврункам, что мы, римляне, считаем справедливым, когда кто-либо владеет чем бы то ни было, что завоевано у врагов благодаря доблести, и оставляет это своему потомству как свое собственное...»; 36. 2: так как вольски требуют возратить то, чем мы владеем по праву войны..., то давайте ответим им, что мы, римляне, считаем собственность, полученную нами в соответ-*

ствии с правом войны, честнейшей и справедливейшей...; VIII. 10. 2: Мы же признаем самой прочной ту нашу собственность, которую мы приобрели, одержав победу на войне. Не мы первыми установили этот закон, да и считаем, что он скорее не человеческий, а божественный. Зная, что все – и греки, и варвары – следуют ему, мы не проявим перед вами никакой слабости и в дальнейшем никогда не откажемся от завоеванного.

³² *Gai. Inst. II. 7: Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere uide-mur. (Многие считают, что землю в провинции нельзя сделать религиозною, так как dominium на эту землю принадлежит или римскому народу, или императору; мы же, очевидно, имеем на нее только владение или узуфрукт.)*

³³ См.: *Кофанов Л. Л. Lex et ius: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006. С. 415–440.*

³⁴ См.: *Кофанов Л. Л. Государственная собственность... С. 56–74.*

³⁵ *Gai. Inst. IV. 17: Si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, uelut ex fundo gleba sumebatur... (Если спор шел относительно земли, здания или наследства, то брали часть сего и приносили в суд и над этой частью происходила виндикация, как если бы налицо был весь спорный предмет; из земли, например, брали глыбу ее...)*

³⁶ *Gell. XX. 10. 1–9: 1. 'Ex iure manum consertum' uerba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et uindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent... 7. Nam de qua <re> disceptatur in iure <in re> praesenti, siue ager siue quid aliud est, cum aduersario simul manu prendere et in ea re sollempnibus uerbis uindicare, id est 'uindicia'. 8. Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: 'si qui in iure manum conserunt.' 9. Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati proficisci uindiciarum dicendarum causa <ad> longinquas res grauabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed 'ex iure manum consertum' uocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, uocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro uindicarent. («По суду наложена рука» – эти слова из древних исков, которые, когда судятся по легисакционным искам и в суде предъявляются виндицируемые вещи, также и ныне обычно произносятся в присутствии претора... 7. Наложить руку означает взять рукой ту вещь, относительно которой ведется разбирательство в суде (при наличии самой вещи, будь то земля или что-либо другое), одновременно с противником и в торжественных выражениях заявить свое право на нее, что и называ-*

ется виндикация. 8. Наложение руки на предъявляемую вещь и на (земельный) участок совершалось в присутствии претора согласно Закону XII таблиц, в которых написано следующее: «Если кто в суде совершает наложение руки». 9. Но впоследствии, когда границы Италии расширились, преторам, занятым вверенными их юрисдикции делами, стало затруднительно выезжать в отдаленные места для проведения виндициарных исков. Тогда по молчаливому согласию вопреки XII таблицам было установлено, чтобы судящиеся совершали наложение руки не на суде пред претором, а призывали «совершить наложение руки по суду», то есть чтобы они друг друга согласно закону призывали к совершению наложения руки на ту вещь, о которой ведется спор, и, отправившись вместе на то поле, о котором ведется иск, взяли какую-то часть той земли, например один кусок, и, принеся ее в город к претору, совершили виндикацию на этом куске так, как если бы это было все поле.)

³⁷ См.: Кофанов Л. Л. Lex и ius... С. 436–440.

³⁸ Gai. Inst. IV. 13: Sacramenti actio generalis erat.

³⁹ Fest. Peculatus. P. 268L: Postquam aere signato uti coepit populus Romanus, Tarpeia lege cautum est, ut bos centusibus, ovis decusibus aestimaretur. (После того как римский народ начал пользоваться медными монетами, по закону Тарпея было установлено относительно этих животных, чтобы бык оценивался в сто, а овца в десять ассов); Gell. XI. 1. 2: Idcirco postea lege Aternia constituti sunt in oves singulas aeris deni, in boues aeris centeni. (По закону Атерния назначено было за каждую овцу по 10 ассов, за быков – по 100 ассов.)

⁴⁰ Dionys. X. 50. 1–2: Теперь они, во-первых, утвердили на центуриатных комициях закон о том, чтобы всем магистратам было позволено налагать на любое лицо, нарушавшее установленный порядок и поступавшее противозаконно в отношении их власти... Однако они не установили размера штрафа, который следовало бы наложить на наказуемых, но ограничили сам размер, установив максимальный штраф в два быка и тридцать баранов. Этот закон долго сохранял силу у римлян.

⁴¹ Подробнее см. об этом: Кофанов Л. Л. Lex Valeria de provocazione 509 г. до н.э. и начало разделения римского права на публичное и частное // Древнее право. 2001. № 1 (8). С. 31–36.

⁴² Cic. De leg. II. 60: Gratamque etiam illam legem quarto circiter et quinquagesimo anno post primos consules de multa et sacramento Sp. Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt. (Далее консулы Спурий Тарпей и Авл Атерний приблизительно на 54 году после первого консульства провели в центуриатных комициях угодный народу закон о штрафах и sacramentalном иске.)

⁴³ См.: Кофанов Л. Л. Государственные контракты в римском республиканском публичном праве // Древнее право. Ius antiquum. 2006. № 2 (18). С. 69.

⁴⁴ Albanese Arduino O. L'azione popolare da Roma a noi. Roma, 1955; Casavola F. Fadda e la dottrina delle azioni popolari // Labeo 1. 1955. P. 131–153;

Idem. Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares». Napoli, 1958; Danilovic J. Popularne tuzbe od rimskog do savremenih prava. Beograd, 1968; Fadda C. L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. I: Parte storica-diritto romano. Roma, 1972; Danilovic J. Observations sur les «actiones populares» // Studi Grosso. 6. Torino, 1974. P. 13–43; Lozano y Corbi E. Popularidad y régimen de la legitimación en la 'actio de effusis et deiectis' // Studi Biscardi. Milano, 1984. Vol. V. P. 311–327; Idem. La «actio de tabulis apertis» y su carácter de popularidad // Sodalitas V, Napoli, 1984. P. 2561–2566; Murga J.L. Las acciones populares en el municipio de Irni // BIDR. 88. 1985. P. 209–260; Idem. Las acciones populares en la Lex Coloniae Genetivae Iuliae // Estudios sobre Urso. Sevilla, 1989. P. 377–466; Idem. La 'popularidad' de las acciones en las leyes municipales de la Betica // RIDA. 38. 1991. P. 219–284; Gutiérrez-Masson L. Las acciones populares en Roma // Estudios en homenaje al Prof. F. Hernandez-Tejero. Madrid, 1994. Vol. II. P. 291–298; Idem. Las acciones populares // Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener. Madrid, 1994. P. 739–752.

⁴⁵ См., например: Casavola F. Fadda e la dottrina delle azioni popolari... P. 131–153; Idem. Studi sulle azioni popolari romane... passim.

⁴⁶ D. 3. 3. 42 pr.: Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. (В популяторных исках не может быть назначен поверенный; однако справедливо сказано, что тот, кто предъявляет иск о публичной дороге и с кого требуется возмещение частного ущерба на нарушение запрещения может назначать поверенного как по частному иску.); D. 43. 8. 2. 34: Hoc interdictum perpetuum et popolare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit. 35. Praetor ait: 'Quod in uia publica itinereue publico factum immissum habes, quo ea uia idue iter deterius sit fiat, restituas'. (Этот интердикт является бессрочным и популяторным, и признание по нему надлежит производить в размере интереса истца. 35. Претор говорит: «То, что на публичной дороге или на публичном пути ты имеешь, сделав (или) внося, из-за чего эта дорога или этот путь является (или) становится хуже, восстанови это в первоначальном состоянии.»)

⁴⁷ Lex Gen. Iul. 82: Qui agri quaeque silvae quaeque aedificia colonis coloniae Genetivae Iuliae quibus publice utantur, data adtributa erunt, ne quis eos agros neve eas silvas vendito neve locato longius quam in quinquennium... Quique iis rebus fructus erit, quot se emisse dicat, is in iuga singula inque annos singulos hs c colonis coloniae Genetivae Iuliae dare damnas esto, eiusque pecuniae qui volet petitio persecutioque ex hac lege esto. (Те поля, и те леса, и те здания, которые даны колонистам колонии Генетивы Юлии, чтобы они пользовались ими как публичными, пусть никто эти поля и эти леса не продаст и не сдаст в аренду более, чем на пять лет... И тот, кто будет извлекать доход из этих вещей, говоря, что он их купил, пусть за каждый югер и за каждый год должен будет дать колонистам

колонии Генетивы Юлии по 100 сестерциев штрафа, и пусть относительно этих денег будет дано право каждому желающему согласно этому закону предъявлять иск и вести дело.)

⁴⁸ *Lex Iul. Genet.* 104: Qui limites decumanique intra fines coloniae Genetivae deducti facti que erunt... ne quis limites decumanosque opsaeptos neve quit immolatum neve quit ibi opsaeptum habeto, neve eos arato... Si quis adversus* ea quit fecerit, is in res singulas, quotienscumque fecerit, HS M colonis coloniae Genetivae Iuliae dare damnas esto, eiusque pecuniae cui volet petitio persecutioque esto. (Те межевые столбы и границы, которые в пределах колонии Генетивы будут проведены и сделаны... пусть никто не нарушает и не загораживает. Если кто-нибудь нарушит это, он за каждое нарушение, сколько бы раз ни сделал так, будет должен внести колонистам колонии Юлии Генетивы штраф в 1000 сестерциев, и пусть относительно этих денег каждому желающему будет дано право возбуждать дело и преследование.)

⁴⁹ D. 12. 2. 30. 3: In popularibus actionibus iusurandum exactum ita demum adversus alios proderit, >si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit. (Сакральная клятва, истребованная при популяторных исках, принесет пользу (присягающему) против других лишь тогда, когда присяга истребована добросовестно; ибо если кто-либо затеет тяжбу, то лишь тогда он погашает этот публичный иск, когда он был предъявлен не по тайному сговору.) ; D. 47. 23. 1: Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur. («Популяторным» мы называем тот иск, который своей силой защищает право народа.)

⁵⁰ D. 47. 23. 2: Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem. (Если одновременно многие предъявят (один и тот же) популяторный иск, пусть претор выберет более подходящего истца.) ; D.47.23.3.1: In popularibus actionibus is cuius interest praefertur. (При популяторных исках предпочтение отдается тому, кого это непосредственно касается.)

⁵¹ D.3.3.43.2: In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator praestare cogendus non est. (В популяторных исках, где кто-либо предъявляет требование как один от имени народа, защиту не следует принуждать к обеспечению поверенного.)

⁵² О законе Нумы Помпилия см.: *Кофанов Л. Л. Lex и ius... С. 248* ; О *Lapis Niger* см.: *Santalucia B. Diritto e processo penale nell'antica Roma. Milano, 1998. P. 239.*

⁵³ См.: *Кофанов Л. Л. Lex и ius... С. 168.*

⁵⁴ D. 47. 21. 3 pr.: Nam in terminos singulos, quos ei<e>cerint locoue mouerint, quinquaginta aureos in publico dari iubet: et eius actionem petitionem ei qui uolet esse iubet. (Ведь за каждый сдвинутый межевой камень закон приказывает уплатить в государственную казну 50 золотых; предъявление же этого иска закон приказывает давать всякому, кто захочет.)

⁵⁵ D. 10. 1. 1: Finium regundorum actio in personam est, licet per uindicatione rei est.

⁵⁶ *Iust. Inst.* IV. 6. 20: Quaedam actiones mixtam causam optinere uidentur tam in rem quam in personam. qualis est ... item finium regundorum...

⁵⁷ См.: *Кофанов Л. Л. Восприятие сущностных элементов римского права в Испании I в. н.э. на материале lex coloniae Genetivae Iuliae, LXV и lex municipii Malacitani, LXIII* : к проблеме эволюции legis actio sacramento in rem // *Античная цивилизация и варвары* / отв. ред. Л. П. Маринович. М., 2006. С. 290–303.

⁵⁸ См., например: *Lex Tarent.* 9. 3: ...quis eorum eo aedificium emerit mancipiove acceperit quo hoic legi fraudem faxit, is in annos singulos HS nummum ICC municipio Tarentino dare damnas esto. (Кто не имеет такого здания или кто купит и приобретает здание в обход этого закона, должен внести в течение года муниципию Тарентинскому штраф в 5000 сестерциев.) ; *Lex Iul. municip.* (Tab. Heracl.). 135: Qui adversus ea fecerit, is HS ICC populo dare damnas esto, eiusque pecuniae qui volet petitio esto. (Кто поступит вопреки этим запрещениям, обязан заплатить народу штраф в 50 000 сестерциев, и истребовать по суду взыскания этих денег может каждый желающий.) ; D. 2. 1. 7 pr.: Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo uel in charta uel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. (Если кто-либо злоумышленно повредит то, что выставлено на белой доске, на бумаге или на другом материале для установления постоянной юрисдикции, а не в связи с отдельным делом, то против него выносится судебное решение о штрафе в 500 золотых; этот иск является популяторным.) Ср.: D. 47. 21. 3 pr.

⁵⁹ О коллективной неразделенной собственности см.: *Кофанов Л. Л. Lex и ius... С. 364–378.*

⁶⁰ *Gai. Inst. Fr. Aegypt.* III. 154: Olim enim mortuo patre familias i(n)ter) suos h(ere)des quaedam erat legitima simul et naturalis soci[e]t[is], quae appell[abatur] [ercto non cito, i(d) e(st) dominio] [non diuiso... Alii q(uo)q(ue), qui uolebant eandem habere societatem, poterant id (con)sequi ap(ud) praetorem certa legis actione... unus ex sociis communem seruum m(anu)mittendo liberu(m) faciebat et omnibus liberum adquirebat: item unus [rem co]mmunem m(an) c[ipa]l(n)[do eius faciebat, qui m(an)cipio accipiebat... (Ведь некогда после смерти отца семейства между ближайшими наследниками устанавливалось некое законное и в то же время естественное сообщество, которое называлось ercto non cito, т.е. «при неразделенной собственности»; ведь erctum означает «собственность», отсюда собственник зовется eris... Другие же из тех, кто хотел быть в одном и том же товариществе, могли достичь этого у претора посредством определенного легисакционного иска... даже если только один из товарищей, посредством манумиссии делал свободным общего раба, и тот получал свободу от всех (членов товарищества); таким же образом делало вещь общей посредством ее манципации одно лицо, которое получало ее в манципии.)

⁶¹ *Кофанов Л.Л. Государственные контракты... С. 49.*

⁶² D. 44. 7. 25 pr.: In rem, quae dicitur uindicatio... est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper aduersus eum est qui rem possidet. (Вещный иск, который называется виндикацией... – это тот, посредством которого мы истребуем нашу вещь, находящуюся во владении другого; и этот иск всегда предъявляется против того, кто владеет вещью.) ; D.6.1.66: Non ideo minus recte quid «nostrum esse» vindicabimus... (Тем более правильно мы будем виндицировать, что что-то «является нашим»...)

⁶³ Liv. I. 32. 12–13: Fieri solitum ut fetialis hastam ferratam aut praeustam sanguineam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini aduersus populum Romanum Quiritium bellum facerent deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse, senatusque populi Romani Quiritium censuit concensuit cinscivit, ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus Populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque. id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat. hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterius acceperunt. (Существовал обычай, чтобы фециал приносил к границам противника копье с железным наконечником или кизиловое древко с обожженным концом и в присутствии не менее чем троих взрослых свидетелей говорил: (13) «Так как народы старых латинов и каждый из старых латинов провинились и погрешили против римского народа квиритов, так как римский народ квиритов определил быть войне со старыми латинами и сенат римского народа квиритов рассудил, согласился и одобрил, чтобы со старыми латинами была война, того ради я и римский народ народам старых латинов и каждому из старых латинов объявляю и приношу войну». Произнесши это, он бросал копье в пределы противника. Таким вот образом были истребованы вещи у латинов и объявлена война; и этот обычай был перенят потомками.)

⁶⁴ Serv. ad Aen. IX. 52: Post tertium autem et tricesimum diem quam res repetissent ab hostibus, fetiales hastam mittebant. denique cum Pyrrhi temporibus aduersum transmarinum hostem bellum Romani gesturi essent nec invenirent locum, ubi hanc sollemnitatem per fetiales indicendi belli celebrarent, dederunt operam, ut unus de Pyrrhi militibus caperetur, quem fecerunt in circo Flaminio locum emere, ut quasi in hostili loco ius belli indicendi implerent. denique in eo loco ante aedem Bellonae consecrata est columna. (По прошествии 33 дней после того, как вещи были истребованы у врагов судебным порядком, фециалы бросали копье. Наконец, когда во времена Пирра римляне намеревались вести войну против заморского врага и не нашли место, где с помощью фециалов могли бы исполнить этот торжественный обряд объявления войны, они постарались захватить одного из воинов Пирра, которого заставили купить участок на Фламиниевом цирке, чтобы право объявления войны было исполнено как бы на вражеском участке. Затем на этом месте перед храмом Беллоны была освя-

щена колонна.) ; Ovid. Fast. VI. 205: Prospicit a templo summum brevis area Circum: / est ibi non parvae parva columna notae; / hinc solet hasta manu, belli praenuntia, mitti, / in regem et gentes cum placet arma capi. (Видно с площадки пред храмом строенье великого Цирка. / Малый воздвигнут там столп, что по значенью велик: / Это оттуда бросали копье, коль войну начинали / Против царя и племен, что против Рима пошли.)

⁶⁵ Liv. I. 32. 5: Ius ab antiqua gente Aequicolis quod nunc fetiales habent descripsit, quo res repetuntur. Ср.: Varro. LL. V. 86: Fetiales, quod fidei publicae inter populos praerant; nam per hos fiebat, ut iustum conciperetur bellum et inde desitum, ut foedere fides constitueretur. ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent, et per hos etiam nunc fit foedus quod «fidus» Ennius scribit dictum. (Фециалы, так как возглавляли соблюдение государственных договоров между народами; ведь через них вершилось так, чтобы войны правомерно начинались и прекращались, чтобы соблюдалась верность в договоре. От них, прежде чем заключить договор, посылались те, кто требовал истребовать вещь судебным порядком; через них даже и теперь заключается международный договор, который, как пишет Энный, зовется «fidus».) Ср. Liv. XXI. 10. 7: res ex foedere repetunt.

⁶⁶ См.: Dionys. II. 72. 6–9: А что касается послгов, всякий раз, как они требуют удовлетворения от полиса, который, по их мнению, совершил несправедливость... я узнал следующее: один из фециалов, которого они сами выбрали, ...отправляется в город обидчиков и, встав на границе общин, призывает Юпитера и других богов в свидетели, что он пришел требовать справедливости в отношении города римлян. 7. После клятвы, что он придет в город, только потому что тот является нарушителем справедливости, фециал, прокляв себя и Рим страшными проклятиями, если он лжет, вступал на его территорию; потом, призвав в свидетели первого встречного, будь то сельчанин или горожанин, и повторив те же самые проклятия, он направлялся в город и, прежде чем войти в него, тем же самым способом призывал в свидетели стража у ворот или первого встречного в воротах, затем он следовал на форум и, встав там, начинал возглашать о том, ради чего он явился, сопровождая свое сообщение каждый раз клятвами и проклятиями. 8. И вот, если обидчики оказывали удовлетворение, выдав Риму виновных, он уводил их, став уже другом полиса, и уходил от них как от друзей; если же они просили время для совещания, то, выделив им на это десять дней, он вновь возвращался к ним и дожидался их решения вплоть до их третьей просьбы. По прошествии же 30 дней, если полис не давал Риму удовлетворения, призвав на помощь небесных и подземных богов, фециал удалялся, говоря только, что римский полис будет держать совет о них, сохраняя спокойную обстановку. 9. И после этого, придя в сенат вместе с другими фециалами, он объявлял, что они выполнили все, что предписано священными законами, и если римляне пожелают вынести решение о войне, никакого препятствия боги чинить не будут. Если же чего-то из надлежащего не сделано, то ни

сенат, ни народ не властны вынести решение о войне.

⁶⁷ См.: Дождев Д. В. Указ. соч. С. 73.

⁶⁸ Liv. I. 32. 7: Inde Iovem testem facit: «si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse».

⁶⁹ Liv. I. 32. 6: Peragit deinde postulata. (*Затем он исполнял исковое требование*).

⁷⁰ Paul. exc. Festi, P. 43 L.: Curis est Sabine hasta. Unde Romulus Quirinus, quia eam ferebat, est dictus. et Romani a Quirino Quirites dicuntur. (*Слово curis по-сабински означает «копье». Отсюда и Ромул, который его носил, зовется Квирином, а римляне зовутся квиритами от Квирина.*)

⁷¹ Gai. Inst. III. 94: ... iure belli res vindicatur.

⁷² См. об этих двух терминах в употреблении Цицерона: Behrends O. Che cos'era «ius gentium» antico? // Tradizione romanistica e costituzione. Diretto da L. Labruna. A cura di M. P. Vaccari, C. Cascione. Napoli, 2006. Vol. I. P. 481–514.

Институт всеобщей истории Российской академии наук (г. Москва)

Кофанов Л. Л., доктор юридических наук, зав. центром истории римского права и европейских правовых систем, председатель фонда «Центр изучения римского права»

E-mail: leokofanov@yandex.ru

Тел.: 8-926-323-26-63

⁷³ Liv. III. 71. 2: De finibus sociorum iudicium populi...

⁷⁴ Liv. III. 71. 7: ...captisque Coriolis iure belli publicum populi Romani factum.

⁷⁵ Ibid.: ... eum se a populo Romano, quem pro domino iudicem fecerint, intercepturos sperent.

⁷⁶ Liv. III. 71. 7–8: Sibi exiguum uitae tempus superesse; non potuisse se tamen inducere in animum quin, quem agrum miles pro parte uirili manu cepisset, eum senex quoque uoce, qua una posset, uindicaret...

⁷⁷ Liv. XL. 17. 1: Eodem anno inter populum Carthaginiensem et regem Masinissam in re praesenti disceptatores Romani de agro fuerunt. (*В этом же году римские судьи на месте разбирали дело о земле между народом карфагенским и царем Масиниссой.*)

⁷⁸ Gell. XX. 10. 7.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Liv. XL. 17. 6: Legati possessionis ius non mutarunt, causam integram Romam ad senatum reiecerunt.

The Institute of Global History Russian Academy of Sciences (Moscow)

Kofanov L. L., Doctor of Legal Science Head of the Center of the History of Roman Law and European Legal Systems, Chairman of fund «Center of Roman Law Study»

E-mail: leokofanov@yandex.ru

Tel.: 8-926-323-26-63

К. Танев

Софийский университет национальной и мировой экономики (Болгария)

СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА ДОГОВОРОВ: ОТ ИСКОВ STRICTI IURIS К ИСКАМ BONA FIDES

Рассматриваются ранние употребления термина «contractus» у римских юристов Поздней республики и Раннего принципата Сервия Сульпиция Руфа (*Gell. Noct. Att. 4. 4*) и Антистия Лабеола (*D. 50. 1. 19 pr.*) в контексте эволюции процессуальных средств защиты договоров. Именно с помощью *contractus* в структуру договора как одностороннего в субъективном смысле обязательства, защищаемого исками *stricti iuris*, был введен принцип взаимности, позволяющий оценить интересы сторон в целом согласно *bona fides*. В дальнейшем *contractus* приобрел значение термина общего порядка.

К л ю ч е в ы е с л о в а : Сервий Сульпиций Руф, Марк Антистий Лабео, Сальвий Юлиан, Домиций Ульпиан, контракт, *actio stricti iuris*, *bona fides*, *id quod interest*.

JUDICIAL PROTECTION OF CONTRACTS: FROM CLAIMS STRICTI IURIS TO CLAIMS BONA FIDES

In this article the early uses of the term *contractus* by the Roman lawyers of Late Republic and Early Principate Servius Sulpicius Rufus (*Gell. Noct. Att. 4. 4*) and Antistius Labeo (*D. 50. 1. 19 pr.*) in a context of evolution of remedial protection frames of contracts are considered. It is with the help of *contractus* in contract structure as unilateral obligation in the subjective sense protected by the claims *stricti iuris*, that the reciprocity principles allowing to estimate interests of the parties as a whole in accordance with *bona fides* had been introduced. Later on *contractus* became the term of the general order.

К e y w o r d s : Servius Sulpicius Rufus, Marcus Antistius Labeo, Salvius Iulianus, Domitius Ulpianus, *contractus*, *actio stricti iuris*, *bona fides*, *id quod interest*.

Поступила в редакцию 14 июня 2011 г.

Обозначение средств судебной защиты как *stricti iuris* или *bonae fidei* прочно вошло в учебники римского права, однако история этих понятий и их разработки в ходе развития юриспруденции все еще представляют немалый научный интерес.

В данной работе сосредоточимся на начальной фазе истории интерпретации понятия *contractus*, зафиксированной у Авла Геллия и Ульпиана, которые передавали мнение Сервия Сульпиция Руфа и Антистия Лабеола, значительно отличавшееся от точки зрения, которую позднее развивали Аристон, Гай и Ульпиан.

Gell. Noct. Att. 4. 4: Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum... (2) «Qui uxorem» inquit «ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is *contractus stipulationum sponsonumque dicebatur «sponsalia»*. Tunc, quae promissa erat, «*sponsa*» appellabatur, qui

sponponderat ducturum, «sponsus». Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponponderat, ei qui stipulatus erat, condemnabat...¹

D. 50. 16. 19 pr., Ulp. 11 ad ed.: Labeo libro primo [Mo.: ad edictum] praetoris urbani definit, quod quaedam «agatur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: <gestum rem significare sine verbis factam>².

D. 2. 14. 7, Ulp. 4 ad ed.: Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in

© Танев К., 2011

© Ляпустина Е. В., пер. на рус. яз.

proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio³.

Понятие contractus на начальном этапе своего развития, засвидетельствованном в сочинениях Сервия Сульпиция Руфа и Антистия Лабеоны, обозначает правоотношение, двустороннее в объективном смысле, где права и обязанности взаимно распределяются между двумя сторонами отношения, а само существительное contractus интерпретируется как процессуальное средство для установления связи между обязанностями, принятыми на себя сторонами в одностороннем порядке. Формально это достигалось с помощью односторонних актов стипуляции, но в то же время обеспечивало правовую защиту для отношений, основанных в экономическом смысле на взаимности (купля-продажа, мена, отдача в жены и женитьба). Напротив, в определении Аристонна, принятом юриспруденцией классической эпохи, видим, что понятие контракта включает в себя любое признаваемое правом отношение, основанное на согласии между сторонами, следовательно, речь идет об отношении, двустороннем в субъективном смысле. Слово *contractus* приобретает характер термина общего порядка, объединяющего все соглашения, признаваемые в эдикте городского претора, которые подлежали защите с помощью *actio*.

Возможно, отмеченное различие отражает изменения, происходившие со временем как в содержании преторского эдикта, который толковали юристы, так и в правовой доктрине.

С точки зрения современной теории всякое отношение, основанное на согласии сторон, представляет собой договор, независимо от того, является ли оно двусторонним в объективном или субъективном смысле. Напротив, в архаический период процессуальные средства *stricti iuris* не предоставляли защиты для установления объективно двусторонних отношений, а регулировали формально односторонние обязанности, принятые на себя

каждой из сторон. Только в связи с введением новой судебной процедуры – формулярного процесса, основанного на оговорке о доброй совести, открылась возможность для развития объективно двусторонних отношений (каковы обязательства по *ius gentium*: купля-продажа, аренда), поскольку судья, следуя указанию магистрата в формуле иска (*dare facere oportere ex bona fide*), должен был оценить интересы сторон согласно принципу взаимности и экономического баланса прав и обязанностей сторон.

Древнейшая (*stricti iuris*) защита добровольных обязательственных отношений в той же экономической сфере основывалась на процессуальной эволюции объективно односторонних актов: стипуляции или манципации. Для каждой из сторон правоотношения такие акты порождали обязанности, однако независимые одни от других, и установления взаимосвязи между ними не требовалось. Например, в случае архаической продажи видно, что обязанности – уплата цены, с одной стороны, и передача вещи, с другой, – принимали на себя каждая из сторон по отдельности посредством двух стипуляций. В случае такой продажи, состоящей из стипуляции и вещного акта передачи (*mancipatio*), оставалось прибегать к слишком формальной защите, основанной на механизме взаимодействия *actio ex stipulatu* с вещным актом передачи (*datio* или *mancipatio*). В двух последних случаях возможны были как *actio ex auctoritate*, так и *actio ex stipulatu*.

С точки зрения истории важное значение имеет вопрос о том, в какой момент был введен принцип взаимности при оценке интересов сторон. Эту проблему следует рассмотреть на примере случаев неисполнения формального соглашения типа *stricti iuris*, с одной стороны, и неформального соглашения, основанного на доброй совести, типа консенсуальной купли-продажи, с другой, а также соглашения о помолвке, основанного на формальных актах стипуляции. Именно последнее Сервий Сульпиций Руф классифицировал как *contractus*, основанный на взаимных стипуляциях – обязательствах отдать женщину в жены и взять ее в жены (Gell. Noct. Att. 4. 4).

Сходство формальной продажи и помолвки состоит в том, что в обоих случаях наличие неформальной договоренности между сторонами с целью установления взаимного обязательства (передать вещь – уплатить цену, отдать в жены – взять в жены) предполагается, но юридически оно облекается в форму односторонних обязательств-стипуляций. Проблема возникает в момент неисполнения обязательства одной из сторон. Рассмотрим, как реагирует на это право в случае продажи, основанной на *stipulatio* и

traditio (или *mancipatio*), и в случае помолвки (*sponsalia*).

В истории продажи, основанной на стипуляции, необходимо упомянуть стипуляцию о гарантии владения переданной вещью (*habere licere*). С ее помощью формулировалась альтернатива между обязанностью продавца обеспечить передачу вещи (*vacua possessio*) и его ответственностью в размере двойной стоимости вещи, если эта гарантия окажется недействительной.

D. 21. 2. 21. 1, *Ulp. 29 ad Sab.*: *Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem*⁴.

Позднее стипуляция такого типа стала одной из форм ответственности по иску покупателя к продавцу (*actio empti*). Но в приведенном отрывке *actio ex stipulatu* применяется как альтернатива *habere licere* – гарантийной ответственности продавца, соответствующей интересу покупателя в целом. Таким образом, текст показывает наличие обязанности на стороне продавца и возможность использования *actio ex stipulatu* (с формулой *stricti iuris*) в качестве инструмента гарантии при консенсуальной купле-продаже. Мы видим одновременное применение иска *stricti iuris* и иска *bonae fidei* с использованием формальностей первого для установления гарантии, а гибкости второго – для всестороннего учета договоренностей между сторонами.

В связи с этим следует принять во внимание различия между *actio ex auctoritate* и *actio ex stipulatu de evictione*, которые исследовал Ганс Анкум⁵.

1. *Actio ex auctoritate* можно предъявлять сразу после провозглашения решения судьи, в то время как *actio ex stipulatu de evictione* – только после того, как приобретатель утратил владение (*vacua possessio*)⁶.

2. Если в процессе тяжбы по виндикационному иску манципированный раб умирал после *litis contestatio*, но прежде объявления судебного решения, можно было предъявлять *actio de auctoritate*, а *actio ex stipulatu* – нет⁷.

3. Если покупатель (*mancipio accipiens*) сам передал вещь другому лицу, а квинритский собственник, предъявив виндикационный иск против нового приобретателя, отсудил у него вещь, первый покупатель может использовать *actio de auctoritate*, поскольку первый продавец передал вещь, ему не принадлежавшую. В то же время он не может воспользоваться *actio ex stipulatu de evictione*, поскольку не он, а второй приобретатель лишился возможности удерживать вещь (*habere licere*)⁸.

4. Продавец мог избежать ответственности по *actio ex stipulatu*, уплатив *litis aestimatio*, а в случае предъявления *actio ex auctoritate* это было невозможно, так как он передал вещь, принадлежавшую другому лицу⁹.

5. Когда приобретатель (*mancipio accipiens*) в случае *rei vindicatio* обращается за содействием к *mancipio dans*, а тот уклоняется (*ex auctoritate defugit*), первый может прибегнуть к *actio de auctoritate*, основываясь на том, что надлежащий ответчик *auctoritatem non praestitit*. Напротив, в случае *promissio de evictione* продавец–*promissor* может оказывать помощь покупателю, но не обязан этого делать.

Оценка тяжбы была установлена в виде штрафа размером в двойную стоимость вещи, а цель претензии истца вписывалась в формальную типологию обязательственного акта. Таким образом, становится ясно, что в понимании классических юристов защита договора сначала конструировалась по схеме формальной структуры обязательственного акта (стипуляции) в контексте *actio stricti iuris*, за которым следовало обязательство *mancipio dans*, намекая на наличие на его стороне штрафной ответственности, основанной на одностороннем акте, без признания какой-либо связи с интересом кредитора.

*Paul. Sent. II. 17. 3: Res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*¹⁰.

Акты передачи собственности, как, например *mancipatio*, предоставляли возможность защиты независимо от первоначальной воли сторон. Такая защита была тесно связана с ответственностью *mancipio dans* за *auctoritas*, т.е. за поддержку *mancipium accipiens* против судебных претензий третьего лица в период, по истечении которого тот мог защищаться уже сам. Ответственность первого в двойном размере проистекает из формального акта, а не из договора между сторонами по поводу передачи и поэтому не указывает на взаимосвязь обязанности отчуждателя (*dans*) предоставить вещь (*uti frui habere licere*) с обязанностью приобретателя (*accipiens*) уплатить цену. Особенно хорошо это видно на примере *mancipatio nummo uno*, когда речь идет о безвозмездной передаче.

Анализируя проблемы формы различных юридических актов, Алессандро Корбино отмечает, что некоторые исследователи архаического права используют понятие внутреннего формализма, полагая при этом, что юридически значимой была исключительно форма договорных актов и не было необходимости задумываться о намерениях сторон. Автор критикует этот подход, утверждая, что любой

акт мог оказаться ничтожным, если, несмотря на соблюдение формы, порочной оказывалась воля. В качестве примеров таких юридически недействительных актов Корбино приводит манципацию, произведенную малолетним или душевнобольным; *legatum per vindicationem*, если завещатель не был собственником вещи, оставленной по легату; отпуск на волю свободного человека¹¹.

Лишь с утверждением принципа доброй совести в изначальную структуру договора была включена взаимность в отношении прав и обязанностей сторон.

D. 21. 2. 8, *Iul.* 15 dig.: *Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat*¹².

Случай, разбираемый юристом эпохи Адриана, демонстрирует схему установления ответственности покупателя с помощью *actio empti*, т.е. определения положительного интереса кредитора. Рейнхард Циммерман делает по данному поводу следующий вывод: «Судье надлежало оценить именно интерес истца (покупателя) *in rem habere*; его следовало поставить в то положение в денежном отношении, в каком он был бы, не случись эвикции»¹³. Формула иска была такой:

*Quod A^s A^s de N^o N^o hominem Stichum emit (vendidit), quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A^o A^o condemnato, si non paret, absolvito*¹⁴.

Если мы вернемся к тексту Авла Геллия, ставшему отправной точкой настоящей статьи, то увидим, что и в нем присутствует интерпретация, структурно похожая на определение позитивного интереса кредитора, однако там – в контексте отношений *stricti iuris*.

Расценивая конструкцию «*id quod interest*» как модель определения договорной ответственности не со стороны *bona fides*, а с точки зрения *contractus* в значении общего понятия, обнимающего разнообразные двусторонние отношения, можно предположить, что исторически это построение возникло в сфере отношений *stricti iuris*, основанных на стипуляциях сторон, которые были взаимоувязаны в форме *contractus*. Возможно, юрист республиканского времени Сервий Сульпиций Руф предложил судье по делу о помолвке (*sponsalia*) *contractus* как процессуальный способ объединения вза-

имных обязательств, установленных в принятых сторонами встречных стипуляциях.

¹ Что Сервий Сульпиций в своем сочинении «*О приданом*» написал о праве и обычае обручения в древности... (2) «Тот, кто намеревался жениться, – говорит он, – требовал от того, кто должен был отдать [девушку в жены], обещания (*stipulatio*), что она будет отдана в супружество. Тот, кто собирался жениться, равным образом давал обязательство (*sponsio*). Это соглашение обещаний (*stipulatio*) и обязательств (*sponsio*) называлось *sponsalia* (обручение, помолвка). Тогда та, которая была обещана [в жены], называлась *sponsa* (невеста, обрученная), а тот, кто дал торжественное обещание жениться – *sponsus* (жених, обрученный). Но если после этих обещаний в жены не отдавали или не брали, давший обещание обращался в суд *ex sponsu* (на основании обязательства). Судьи вели разбирательство. Судья выяснял, по какой причине девушка не была отдана или взята в жены. И если не оказывалось никакого законного основания [для этого], то он оценивал в деньгах договоренность об отдаче в жены или женитьбе и присуждал того, кто обещал, к уплате этой суммы [в пользу того], кому он дал обязательство» (пер. А. Б. Егорова, с уточнениями).

² Ульпиан в 11-й книге «*Комментариев к эдикту*». Лабеев в первой книге комментария к эдикту городского претора определяет, что [означает, когда в эдикте говорится, что] иные дела «совершаются», иные «ведутся», иные «заключаются»: и «акт» является общим термином, совершается ли [делка] словами или путем передачи вещи, как при стипуляции или отсчитывании денег; «контракт» же – это взаимное обязательство, то, что греки называют «взаимным обменом», как-то: договоры купли-продажи, найма, товарищества; «ведение» означает дело, совершенное без слов (пер. Д. В. Дождева). *Agantur, gerantur, contrahantur* – формы глаголов *agere* («делать»), *gerere* («совершать»), *contrahere* («заключать») в 3-м л. мн. ч. *praes. con. pass.* В данном тексте эти слова употреблены в специфически терминологическом значении, которое и объясняет Лабеев.

³ Ульпиан в 4-й книге «*Комментариев к эдикту*». Соглашения, основанные на праве народов, иногда порождают иски, иногда – исковые возражения. § 1. Те соглашения, которые порождают иски, не остаются при своем (общем) названии (*acta*), но получают наименование, присущее контракту: например, купля-продажа, наем, товарищество, ссуда, хранение и прочие подобные контракты. § 2. Но если данное дело к контракту отнести нельзя, однако у него есть правовое основание, то, согласно правильному ответу Аристоня Цельсу, обязательство имеет место. Например, я дал тебе вещь, чтобы ты дал мне другую вещь; я дал, чтобы ты что-нибудь сделал; это является синаллагмой, и отсюда рождается гражданское обязательство. Именно поэтому я считаю, что правильно порицал Юлиана Маврициан по поводу следующего случая: я дал тебе (раба) Стиха, чтобы ты отпустил на свободу (раба) Памфила; ты отпустил, а Стиха (у тебя) отняли по суду. Юлиан пишет, что претор должен дать иск на основании

фактических обстоятельств, а тот (Маврициан) – что достаточно гражданского иска с неопределенной суммой присуждения [(т.е. иска со словами в прескрипции), ибо имеется контракт, который Аристон называет синалагмой, из которого и рождается этот иск] (пер. А. В. Щеголева, с уточнениями).

⁴ «Поэтому Юлиан в 43-й книге Дигест тонко определяет, что стипуляция об уплате двойной цены приводится в исполнение тогда, когда вещь утрачивается таким образом, что покупателю в силу самого отсуждения не дозволяется ее иметь» (здесь и далее фрагменты из 21-й книги Дигест Юстиниана приводятся в пер. А. М. Сморгочкова).

⁵ *Ankum H. Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico (la relazione fra le azioni spettanti al compratore per l'evizione: actio de auctoritate, actio ex stipulatu, basata su una stipulatio de evicione e actio empti) // Vendita e trasferimento della proprietà nel prospettiva storica-comparatistica. Milano, 1991. P. 597–628 = Ankum H. Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano, con una nota introduttiva, un supplemento bibliografico e un indice delle fonti di Johannes Emil Spruit. (Antiqua, 93). Napoli, 2007. P. 195–226 ; Idem. Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico // Atti Accademia Perloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze Giurid. Econom. e Politiche. 57. Messina, 1989. P. 6–13 = Extravagantes...P. 185 ss.).*

⁶ D. 21. 2. 57 pr., *Gai.* 2 ad ed. cur.: Habere licere rem videtur emptor et si is qui emptorem in evicione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet. – «Гай во 2-й книге Комментариев к эдикту курульных эдилов. Считается, что покупателю разрешается удерживать вещь и (в случае), если тот, кто победил покупателя при эвикции вещи, умер без наследника до того, как вещь была унесена или уведена, но так, чтобы имущество не могло ни к фиску перейти, ни частным образом быть распродано кредиторами: тогда ведь никакой иск из стипуляции к покупателю не применяется, поскольку ему разрешается удерживать вещь».

⁷ D. 6. 1. 16 pr., *Paul.* 21 ad ed.: Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et [stipulationem de evicione] <auctoritatem>... – «Павел в 21-й книге Комментариев к эдикту. Во всяком случае, однако, даже после смерти человека (раба) необходимо вынесение судебного решения относительно плодов, рожденных (от него) детей [и стипуляции об эвикции вещи]...» (пер. Л. Л. Кофанова, с изм.).

⁸ *Ankum H. Problemi concernenti l'evizione...*, где разбираются следующие фрагменты: D. 21. 2. 39. 1, *Iul.* 57 dig.: Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur: quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu

poterit doli mali exceptione summovere. alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. denuntiare vero de evicione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est. – «Юлиан в 57-й книге Дигест. Если твой раб купил человека (раба) и его же продал Тицию и по его поводу обещал двойное (возмещение), а ты заключил стипуляцию с продавцом раба; (далее), если Тиций истребовал раба и был побежден потому, что твой раб при передаче без твоего соизволения не имел (права) уступать собственностью на человека, то будет излишним Публицианов иск, и вследствие этого для него не наступит (ответственность) по стипуляции о двойном (возмещении). Поэтому твой продавец сможет также отказать тебе с помощью эксцепции о злом умысле, если ты предъявишь иск из стипуляции. Но в ином случае, если раб купил человека и заключил стипуляцию о двойном (возмещении), затем его продал, а тот подвергся эвикции у покупателя, то, хотя в целом иск против продавца принадлежит хозяину, однако покупателю против хозяина (принадлежит), по крайней мере, (иск) о пекулии. Все же сообщить об эвикции покупатель должен рабу, а не (его) хозяину, ведь так он сможет в случае эвикции человека результативно подать иск о пекулии. Если же раб умер, тогда следует сообщить хозяину»; D. 21. 2. 40, *Iul.* 58 dig.: Si is qui satis a me de evicione accepit fundum a me herede legaverit, confestim fideiussores liberabuntur, quia, etiamsi evictus fuerit ab eo cui legatus fuerat, nulla adversus fideiussores actio est. – «Он же в 58-й книге Дигест. Если тот, кто получил от меня обеспечение на случай эвикции, через меня как наследника оставил по завещанию (кому-то) поместье, тотчас поручители будут освобождены от (ответственности), поскольку, даже если (поместье) отсудят у того, кому оно было оставлено по завещанию, нет никакого иска против поручителей».

⁹ D. 21. 2. 21. 2, *Ulp.* 29 ad. *Sab.*: Et ideo ait, si emptor hominis mota sibi controversia venditorem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi, quia nec mandati actionem procurator hic idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur: cum igitur neque corpus neque pecunia emptori absit, non oportet committi stipulationem: quamvis, si ipse iudicio accepto victus esset et litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem, ut et ipse Iulianus eodem libro scripsit. neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione emptori habere licet, non ex pristina. – «Ульпиан в 29-й книге Комментариев к Сабину. И поэтому, говорит он, если покупатель человека (раба), в случае возбуждения против себя спора, назначил продавца поверенным, и тот, проиграв (тяжбу), уплатил стоимость спорного предмета, не наступает (ответственность) по стипуляции о двойном (возмещении), поскольку этот поверенный

– и одновременно продавец – не имеет иска из поручения, чтобы получить от покупателя стоимость спорного предмета. Итак, поскольку у покупателя в наличии и имущество, и деньги, не следует применять (ответственность) по стипуляции, хотя, если он сам, приняв участие в суде, был бы побежден и уплатил стоимость спорного предмета, допускается применять (ответственность) по стипуляции, как и сам Юлиан написал в той же книге. Ведь (покупателю) нельзя владеть тем, кто отнят противником, если только его стоимость кто-нибудь не отдал (противнику). Похоже, в этом случае действительно покупателю можно владеть этим (рабом) на основании второй купли, <то есть вследствие судебной оценки спорного предмета>, а не в силу прежней (купли)».

¹⁰ Если вещь куплена и произведены манципация и передача ее, а затем по суду отобрана, продавец принуждается предоставить возмещение в двойном размере (пер. Е.М. Штаерман). При таком иске наличие возмещения в двойном размере указывает на штрафной характер ответственности (см.: *Lenel O. Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage. Leipzig, 1927. S. 542 (Tit. XLV. § 290. De auctoritate)*).

Софийский университет национальной и мировой экономики (Болгария)

Танев К., профессор, президент Софийского Центра романистики

E-mail: ktanev_lawcompany@abv.bg

Тел.: +359 2 9812593

¹¹ См.: *Corbino A. Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni. Torino, 1994. P. 10, 11 ss.*

¹² *Юлиан в 15-й книге Дигест.* Продавец человека (раба) должен нести перед покупателем ответственность в размере заинтересованности покупателя в том, чтобы этот человек принадлежал продавцу, а потому если ребенок рабыни или наследство, которое раб принял по приказу покупателя, подверглись эвикции, может быть предъявлен иск из купли. И продавец, подобно тому как обязан гарантировать, что (покупатель) может владеть человеком, которого он продал, точно так же должен гарантировать покупателю обладание тем, что могло быть приобретено с помощью этого (раба).

¹³ *Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town e.a., 1990 (repr. 1992). P. 298 f., nt. 35.*

¹⁴ *Lenel O. Das Edictum perpetuum... S. 299.* – «Поскольку Авл Агерий купил (продал) у Нумерия Негидия раба Стиха, все что по этому делу Нумерий Негидий должен дать сделать Авлу Агерии на основании доброй совести, пусть судья присудит к этому Нумерия Негидия в пользу Авла Агерия, если не выяснится, пусть оправдает».

University of National and World Economy of Sofia, Bulgaria

Tanev K., Professor, President of Centre for Roman Studies, Sofia

E-mail: ktanev_lawcompany@abv.bg

Tel.: +359 2 9812593

А. Л. Смышляев

Институт всеобщей истории Российской академии наук (г. Москва)

СУД НАШ ЕСТЬ ДЕЛО ЧЕСТИ, ЕСТЬ ДЕЛО ПОДВИГА И ДЕЛО СЛАВЫ (СУДЕБНЫЙ ПОЕДИНОК КАК ДЕЛО ЧЕСТИ В ДРЕВНЕМ РИМЕ)

Статья посвящена вопросу о роли и значении в римском суде таких внеправовых факторов, как репутация и престиж участников судебного разбирательства и в первую очередь его непосредственных фигурантов – обвиняемых и тяжущихся. Ответ на этот вопрос дает возможность уточнить наши представления о самом характере римского суда.

К л ю ч е в ы е с л о в а : суд, правовые и внеправовые факторы, репутация, престиж, честь.

OUR COURT IS THE MATTER OF HONOUR, THE MATTER OF GREAT DEED AND THE MATTER OF REPUTATION (A LEGAL BATTLE AS THE MATTER OF HONOUR IN ANCIENT ROME)

The subject of this report – the part and the meaning in the Roman court of such non legal factors as its participants' reputation and prestige. The answer to this question affords us opportunity to define more exactly our notions about the nature of Roman law-court.

К e y w o r d s : law-court, legal and non legal factors, reputation, prestige, honour.

Поступила в редакцию 19 мая 2011 г.

Современные исследователи пришли к выводу, что при вынесении приговора или судебного решения важную роль в римском суде играли такие факторы, как репутация и престиж участников судебного разбирательства. Как отметила М. Глисон: «Римский суд был в большей мере состязанием репутаций, чем исследованием фактов»¹. По мнению Ж.-М. Давида и Э. Мейер, суд в Древнем Риме представлял собой своеобразный инструмент для измерения и регулирования престижа и влияния протагонистов судебного разбирательства, а в соответствии с этим — их притязаний на место в социальной и политической иерархии и на первенство в своей гражданской общине². Судебные разбирательства имели ярко выраженный агональный характер³.

Эти выводы в целом не вызывают возражений, но нередко требуют уточнения. Ведь до сих пор нет единства во взглядах на соотношение правовых и внеправовых факторов в судебном разбирательстве, поскольку данная тематика еще недостаточно изучена.

Правоведы-романисты, интересующиеся чаще всего правовыми аспектами и институтами, касаются этого вопроса главным образом в связи с инфамирующими исками и при разборе понятий *infamia* и *ignominia*. Историки

Древнего Рима, как правило, не очень охотно вторгаются в вотчину романистов. И лишь не особенно многочисленные исследователи, стремящиеся, по выражению Э. Мейер, «построить веревочный мост над пропастью между изучением римской истории и изучением римского права»⁴, рассматривают этот вопрос наряду со многими другими в своих трудах по римскому судопроизводству, обычно не уделяя ему большого внимания. Исключением из этого правила являются упомянутые работы Ж.-М. Давида и Э. Мейер.

В монографии «Судебный патронат в последнее столетие Римской республики» Ж.-М. Давид ставит цель – наметить в общих чертах контекст, в котором осуществлялось судебное красноречие⁵.

По его мнению, политическая и социальная жизнь в Древнем Риме изобиловала трудностями, соперничеством и конфликтами. В этих условиях суды представляли собой одно из тех мест, где проявлялись и улаживались столкновения между гражданами: туда тащили своих врагов и там защищались от их нападений⁶. Подчеркивая агональный характер римского суда, Давид уподобляет дуэли судебный поединок между обвинителем и подсудимым в *iudicia publica*⁷. Исход этого поединка определялся престижем (*auctoritas*) его участников, причем не только обвинителя и обвиняемого, но и всех тех, кто входил в группу поддержки:

патронов, свидетелей, присутствующих на процессе родственников и друзей (так называемых *advocati*)⁸. Добиться осуждения влиятельного сенатора означало одновременно добиться признания своего верховенства в гражданской общине⁹. Воплощением прямого политического и социального верховенства как раз и была *auctoritas* римского гражданина. В отношении участников судебного процесса она представляла собой главным образом социальное качество, которое предопределяло то, что индивид (обладающий ею) заслуживает доверия, когда он говорит, не потому, что все им сказанное правдиво, а потому, что его положение в городской гражданской общине исключает возможность чего-либо иного¹⁰.

Основное внимание Давид уделяет *iudicia publica*. Он дает внутренне логичную аргументированную характеристику и им самим и их участникам. *Iudicia privata*, по его мнению, несопоставимы по своему социальному и политическому значению с *iudicia publica*¹¹. Последнее представляется спорным.

В работе Давида дана наиболее глубокая и последовательная характеристика суда как социального института, функционировавшего в рамках римской гражданской общины. Она справедлива не только в отношении последнего столетия Римской республики.

Для оценки роли персонального фактора в римском суде немалый интерес представляет монография американского историка Дж. Лендона «Империя чести. Искусство управления в римском мире»¹². На материале, относящемся к Римской империи I–IV вв. н.э., автору удалось продемонстрировать, что аристократическая система ценностей, разделявшаяся как властителями, так и подвластными, во многом определяла функционирование громадной римской державы и особенности управления ею.

В условиях господства состязательной психологии римские и греческие аристократы, боровшиеся за ведущую роль в политической и общественной жизни своих городов, воспринимали свой относительный статус в понятиях общественного признания, т.е. в понятиях репутации (*existimatio, fama*), чести или почета (*honor*), достоинства или ранга (*dignitas*), влияния (*gratia*), авторитета или престижа (*auctoritas*) и славы (*gloria, laus*)¹³. Уровнем почета, достоинства, престижа аристократ определял свое место в социальной иерархии по сравнению с другими аристократами¹⁴.

Важным элементом престижа, по мнению Лендона, было моральное совершенство, обеспечивавшее почет. Это свидетельствует о том, «...что греко-римское общество в значительной мере было культурой стыда и что забота о ре-

путации могла рассматриваться как главный оплот морали»¹⁵. «Неудивительно, – отмечает он, – что в римском мире моральная репутация индивида была неразрывной частью его социального ранга»¹⁶.

Императоры и наместники провинций, чтобы обеспечить необходимое для управления римской державой сотрудничество с местными аристократами, эксплуатировали их соперничество, даруя почести как индивидам, так и целым городам¹⁷. Но и подданные манипулировали своими аристократическими правителями, оказывая им почести.

Выводы и наблюдения Лендона в целом представляются убедительными. Стоит только отметить, что многие из них имеют отношение к психологии и системе ценностей не только аристократии, но и вообще граждан античного полиса. Состязательная психология, стремление к почету и признанию со стороны сограждан, неустанная забота о своем добром имени и репутации – все это не аристократические атрибуты и ценности, усвоенные рядовыми гражданами, а характерные особенности всего полисного социума¹⁸.

По мнению Лендона, немалую роль в системе распределения почестей играли суды, которые «всегда затрагивали и подвергали опасности честь тяжущихся»¹⁹ и в которых в соответствии с общими для правителя и подвластного нормами морали честь²⁰ обеспечивала благоприятное судебное решение (*honour commanded a favourable judgment*)²¹. Однако, к сожалению, именно этому важнейшему институту он почти не уделил внимания, ограничившись отдельными интересными замечаниями.

Как своеобразное дополнение к монографии Лендона можно рассматривать статью американской исследовательницы Э. Мейер «Правосудие римского наместника и демонстрация престижа». Она написана с тех же позиций, что и книга Лендона, и заполняет имеющийся в его монографии пробел.

По ее мнению, «...и в содержании, и в стиле, и в целях императорского правосудия и императорского правления имеется одна общая особенность: все они выставляли на всеобщее обозрение, взвешивали и регулировали притязания на престиж и социальный статус». Главным, что стояло на кону в представлявших собой «поединок честолюбий» судебных процессах влиятельных провинциалов, как она полагает, был, видимо, не финансовый выигрыш, а репутация и социальный статус. Престиж был главным условием победы в судебном состязании и вместе с тем главным призом, «поэтому лица, отправлявшие пра-

восудие, стремились оценить престиж, чтобы прийти к судебному решению, но самой этой оценкой перераспределяли и регулировали престиж в пределах своей провинции»²².

В основанное на престиже и воздействующее на него соперничество, по словам автора, добровольно и с энтузиазмом вступали как индивиды, так и города. Ведь уклонение от этого с целью сохранить свой статус и избежать *infamia* могло обернуться для «уклониста» полной изоляцией²³.

«Отправление правосудия, – как считает Мейер, – происходит в мире, в котором истина, когда дело спорное, является и получает признание закутанной в тяжелые шелка престижа, привилегии и соответственного морального поведения: наместник-судья заботится о том, чтобы взвесить это в первую очередь, дабы понять каковы факты (посредством понимания кому из протагонистов или свидетелей можно верить) и какой стандарт правосудия и наказания следует применить»²⁴.

Таким образом, в соответствии с концепцией Мейер судебные процессы в провинциях Римской империи фактически представляли собой происходившие на глазах у широкой публики поединки, от исхода которых зависел престиж и социальный статус участников, а наместник, обладавший наивысшим престижем, выступал в них как арбитр и вместе с тем решал с их помощью важные задачи, связанные с управлением своей провинцией.

По мнению Мейер, эти поединки, как правило, не угрожали проигравшим особо тяжкими последствиями, поскольку ущерб для репутации и социального статуса мог быть кратковременным. Они являли собой отчасти представление (*performance*), отчасти увлекательное состязание, проигравшие в котором могли позднее отыграться²⁵.

Мейер наиболее глубоко и последовательно трактует роль и значение репутации и престижа всех участников судебного разбирательства и в соответствии с этим особенности и характер самого суда. Вместе с тем ее интересная работа не свободна от ряда недостатков.

Прежде всего бросается в глаза определенное несоответствие содержания и выводов. Статья посвящена судам эпохи Ранней империи и только судебным делам самых богатых и влиятельных провинциалов, разбиравшимся лично наместником. Автор лишь изредка обращается к многочисленным выразительным свидетельствам, выходящим за хронологические, географические и тематические рамки ее исследования. При этом она нередко делает выводы и обобщения, касающиеся римского судопроизводства в целом.

Кроме того, по форме изложения статья скорее напоминает эссе: в ней отсутствуют упоминания о достижениях предшественников и полемика с их взглядами, а свидетельства источников нередко используются лишь для иллюстрации и подтверждения уже готовых выводов. В результате некоторые выводы статьи оказались сугубо однозначными и недостаточно обоснованными.

Например, в подтверждение своего вывода об отсутствии особенно тяжелых последствий проигрыша судебного дела для репутации и социального статуса потерпевших поражение Мейер ссылается на несколько случаев неподчинения приговору либо судебному решению или попытки пересмотра дела в суде другого наместника²⁶. Она ничего не говорит о последствиях такого рода действий. Но на следующей странице в другой связи указывает, что прямое нарушение законов, неповиновение правителю рассматривалось римлянами как наглое оскорбление и жестоко каралось²⁷.

Выводы современных исследователей в целом не вызывают возражений, но нередко требуют уточнения. В связи с этим дальнейшее изучение влияния репутации и престижа на римский суд, так же как и обратного влияния, представляется не только оправданным, но и необходимым. Для ответа на этот вопрос необходимо в первую очередь обратиться к руководствам по красноречию, а также к сохранившимся судебным речам²⁸.

При знакомстве с сочинениями Цицерона: риторическими руководствами и судебными речами²⁹ нельзя не заметить, какое большое значение в них придается восхвалению подзащитного и очернению его оппонентов. Опытнейший судебный оратор прямо указывает: «... чтобы добиться успеха, очень важно представить в хорошем свете образ мыслей, поведение и жизнь ведущих дело и их подзащитных, а равно и представить в дурном свете их противников, чтобы привлечь как можно больше благосклонности судей как к оратору, так и подзащитному. Благосклонность же снижается достоинством человека, его делами и репутацией... Даже если об этом будет сказано только во вступлении или в заключении речи, но проникновенно и с чувством, то часто это оказывается сильнее самого дела» (*De Or.* II. 182; 184).

В римском суде восхваление достоинств, образа жизни и репутации обвиняемого (или ответчика) не являлось исключительной прерогативой его судебных защитников (*patroni*). В судебном разбирательстве принимали участие его близкие родственники, соседи, друзья и сторонники, поддерживавшие его своим мо-

ральным авторитетом и своим присутствием в качестве «призванных» или «приглашенных» (*advocati*)³⁰. Они могли также выступать в качестве свидетелей защиты как «хвалители (*laudatores*)» либо лично, либо заочно, представляя в суд свои свидетельства в письменном виде³¹.

Итак, если верить Цицерону, образ жизни и репутация тяжущихся были таким же предметом судебного разбирательства, как и непосредственные обстоятельства их дела, и могли оказывать решающее воздействие на его исход. Судя по данным источников, свидетельства Цицерона находят подтверждение в римской судебной практике. В некоторых случаях после выяснения репутации и морального облика подсудимого судьи не считали необходимым разбираться в конкретных доказательствах по его делу.

Например, знатный и прославленный полководец Сервилий Исаврик однажды во время судебного разбирательства в *iudicium publicum* заявил, что узнал в обвиняемом человека, который, встретив его на прогулке, не только не оказал ему подобающих почестей, но, наоборот, повел себя в высшей степени нагло. В ответ на это выступление присяжные немедленно и единогласно проголосовали за обвинительный приговор (*Val. Max. VIII. 5.6*; *Dio Cass. XLV.16.1–2*).

Как сообщается в «Священных речах» знаменитого ратора Элия Аристида, он прислал на суд проконсула Юлия Севера своих защитников с рекомендательными письмами, полученными им (вне всякой связи с его тяжбой) от императора Антонина Пия, его приемного сына и официального наследника Марка Аврелия, а также префекта Египта, Север воздал хвалу Аристиду и, не прибегая к судебному разбирательству, немедленно вынес решение в пользу ответчика (*IV. 75–76*)³².

Таким образом, как и утверждал Цицерон, в римском суде доказательства, связанные с моральным обликом или репутацией обвиняемого или тяжущихся и, следовательно, не имеющие прямого отношения к конкретным обстоятельствам дела, могли лишить силы все остальные доказательства по данному конкретному делу и предопределить исход процесса. На основании приведенных данных напрашивается вывод, что римский суд действительно был в первую очередь состязанием репутаций, причем не только тяжущихся и обвиняемых, но также их свидетелей, друзей и сторонников.

Однако не стоит забывать, что оба приведенных примера относятся лишь к случаям из ряда вон выходящим. Возможно, они пред-

ставляли собой не столько правило, сколько исключение из него. Когда же судились рядовые граждане и даже рядовые члены «политического класса», все могло обстоять по-другому.

В этом отношении особый интерес представляет случившаяся в самом Риме почти одновременно с процессом Элия Аристида обычная денежная тяжба, рассудить которую претор поручил Авлу Геллию (*Noct. Att. XIV. 2*). Будущий писатель, еще не расставшийся с юностью (*homo adulescens*), получил подобное поручение впервые в жизни и столкнулся с непреодолимыми сложностями (*Noct. Att. XIV.2.1*)³³.

Истец, требовавший возврата отданных займа или выплаченных по договору денег, не мог подкрепить свое притязание ни документами, ни свидетельскими показаниями, ни сколько-нибудь вескими аргументами (*XIV. 2.4*). Но «было известно, что он — непоколебимо порядочный человек, отличающийся признанной и испытанной надежностью и безупречнейшим образом жизни, причем приводилось множество примеров его честности и искренности» (*XIV. 2.5*).

Ответчик же, по словам Авла Геллия: «...человек, не пользовавшийся хорошей репутацией, отличавшийся постыдным и грязным образом жизни и всенародно уличенный в обманах, преисполненный, как было показано, вероломства и коварства»³⁴. Однако он вместе со своими многочисленными защитниками кричал, что факт передачи денег следует доказать обычными способами, а если с помощью всего этого ничего не будет доказано, то его следует отпустить, а противника осудить за ложное обвинение (по *actio calumniae*). То же, что было сказано об образе жизни и поступках обоих, говорилось и совершалось впустую, ибо (это) дело об истребовании денег и перед судьей по делам частных лиц, а не перед цензорами по поводу нравов (*XIV. 2.7–8*).

Подробное описание судебных дебатов Авлом Геллием позволяет выделить две разные линии поведения у представителей истца и ответчика. Первые из-за отсутствия конкретных доказательств по делу обратили свои усилия на восхваление истца, выведенного идеальным человеком и гражданином, и очернение ответчика, который в соответствии с рекомендациями риторических трактатов был представлен в демонизированном виде как скопище всевозможных пороков³⁵. Вторые, напротив, сосредоточились на разборе правовых моментов, обращая внимание судьи на отсутствие конкретных доказательств по делу у истца, на котором лежит *onus probandi*. Если исходить исключительно из правовых основа-

ний, положение истца, безусловно, выглядит безнадежным.

Когда Авл Геллий обратился за консультацией к своим друзьям, заседавшим в его совете (*consilium*) – «людям опытным в делах судебной защиты и известным в трудах форума», – они высказались в пользу ответчика, вследствие отсутствия конкретных доказательств по данному делу (XIV. 2.9).

Однако, учитывая моральное совершенство истца и низость ответчика, Геллий не решился вынести судебное решение в пользу последнего. Он прервал судебное заседание и обратился за советом к своему учителю и другу – ритору и философу Фаворину, сквозному персонажу его книги, главному источнику и одновременно воплощению жизненной мудрости (XIV. 2.10–11). Тот привел в пример идеального римлянина Катона Цензора, утверждавшего, ссылаясь на обычаи предков (*ita esse a maioribus traditum observatumque ait*), что при отсутствии документов и свидетелей судья должен определить, кто из двух тяжущихся лучше (*uter ex his vir melior esset*), и на этом основании вынести свое решение (XIV. 2.21).

Авл Геллий согласился с мнением Фаворина, но отказался взять на себя ответственность за судебное решение, основанное на нравах тяжущихся, а не на конкретных доказательствах, поскольку этого не позволяли его юный возраст и скромные заслуги (XIV. 2.25). Вместо этого он освободил себя от обязанности выносить судебное решение, поклявшись, что дело ему не ясно (*ibid.*).

Приведенное им объяснение подтверждает вывод Э. Мейер: судья, выносящий решение, основываясь на репутации и престиже тяжущихся, сам должен обладать безупречной репутацией и высоким престижем³⁶, которого не могло быть у человека, едва покинувшего школьную скамью. Возможно, в таком исходе дела сыграло свою роль и то обстоятельство, что по тем же самым причинам Авлу Геллию нелегко было выступить против общего мнения своих советников³⁷.

На основании того, что рассказано Авлом Геллием об этой рядовой и типичной в своем роде тяжбе, можно прийти к выводу, что в римском суде принимались во внимание как собственно правовые аргументы и доказательства, так и внеправовые аргументы *ad hominem*; какие перевесят в каждом конкретном случае, чаще всего невозможно было предсказать.

Изучение сохранившихся свидетельств заставляет отказаться от абсолютизации роли внеправовых факторов и скорректировать формулировку Глисон: «Римский суд был как состязанием репутаций, так и исследованием

фактов». Именно поэтому судебные ораторы брали в основу своего выступления не только восхваления и обличения, но и конкретные аргументы правового характера, а наряду со свидетелями-хвалителями (*laudatores*) выступали и просто свидетели. Причем судьи должны были учитывать не только их престиж, социальный статус и имущественное положение, но и наличие или отсутствие личной заинтересованности в исходе дела (D. 22.5.3 pr.).

Вследствие такой двойственности предсказать заранее исход каждого конкретного судебного разбирательства было невозможно. Видимо, роль внеправовых факторов была тем выше, чем выше социальный статус и политическое значение фигурантов судебного расследования.

Поскольку не только в *iudicia publica*, но и в *iudicia privata* на кону стояли репутация и престиж протагонистов судебного разбирательства, тесно связанные с их положением в социальной и политической иерархии, поражение не только в уголовном процессе, но и в любой судебной тяжбе нередко имело для них тяжелые последствия.

Рассказывая о начале карьеры Гая Теренция Варрона, впоследствии «прославившегося» в битве при Каннах, Тит Ливий так характеризует его деятельность в качестве адвоката: «С помощью выступлений в пользу подлого люда и судебных дел против состояния и репутации (людей) порядочных он сначала достиг известности в народе, а затем – и почетных должностей» (*Liv. XXII.26.2*). Судебные дела, о которых здесь идет речь, скорее всего не были связаны с позорящими исками. Ведь преторы, как правило, не предоставляли такие иски «подлому люду» против «людей порядочных»³⁸. Из этого следует, что проигрыш любой тяжбы приводил не только к материальным потерям. Ущерб репутации усугублялся в случае поражения в тяжбе с низшим по рангу. По словам Цицерона, «недостойно быть побежденным равным или высшим, еще недостойнее – низшим или слабейшим» (*Pro Quinctio 31, 95*). Одновременно с умалением проигравшей стороны происходило возвышение победившей, причем не только тяжущихся, но и их патронов и адвокатов.

Таким образом, судебная тяжба в Древнем Риме была действительно в чем-то сходна с поединком или дуэлью, в которой на кону стояла честь и репутация ее участников. Так же как и дуэль, римскую тяжбу можно назвать делом чести.

Поражение в судебном поединке было болезненным ударом по репутации, влиянию и политическому весу проигравшего участника. Особенно болезненным оно было для самых

знатных и высокопоставленных участников, тем более, если их противники уступали им по своему статусу и «достоинству». Подтверждение этому можно найти в истории с заговором Цинны (Sen. De clem. I. 9 ; Dio Cass. LV. 14–22).

В 4 г. н.э. один из самых знатных и богатых римских аристократов Гней Корнелий Цинна, племянник Помпея Великого, организовал заговор на жизнь Августа, чтобы самому стать императором. Он был своевременно изобличен. Однако Август вместо того, чтобы казнить его, ограничился увещательной беседой, в которой объяснил, почему Цинне никогда не стать императором. «Ведь ты, – сказал Август, – не способен управлять даже собственным домом. Недавно ты был побежден в суде по делам частных лиц влиянием (какого-то) вольноотпущенника» (Sen. De clem. I.9.10). «Разумеется, – продолжал он, – после этого другие аристократы никогда не смиряются с таким императором». Впоследствии Август даже наделил Цинну консульством, еще раз показав тем самым, что не считает его достойным соперником (Ibid. I.9.12). Итак, проигрыш одной единственной тяжбы навсегда похоронил надежды Цинны на высшую власть. По всей видимости, во многих других римских тяжбах, так же как и в этой, имущественный интерес не являлся главным.

Между судебными поединками и политическими кампаниями было немалое сходство, поскольку и в тех, и в других шла борьба за социальное и политическое верховенство в гражданской общине. Таким образом, римский суд представлял собой одновременно и социально-политический и правовой институт. Его функции заключались не только в поддержании законности и правопорядка, но и в регулировании притязаний граждан на место в социальной и политической иерархии. Вследствие его двойственного характера судьи не могли руководствоваться исключительно правовыми критериями.

В названии статьи автор использовал в несколько измененном виде двустишие из известной советской песни 1940 г. «Марш энтузиастов». На самом деле оно выглядит так:

«Труд наш есть дело чести,
Есть дело доблести и подвиг славы».

В этой благостной картинке есть одна верная деталь. В удивительной стране героев и мечтателей труд не был всего лишь способом обеспечить себе средства к жизни и реализовать себя как личность. Он был больше, чем просто труд. Точно так же и в «империи чести» суд был больше, чем просто суд.

¹ Gleason M. W. Greek Cities under Roman Rule // A Companion to the Roman Empire / ed. by D. Potter. Pondicherry, 2006. P. 242.

² См.: David J.-M. Le patronat judiciaire au dernier siècle de la République romaine. Rome, 1992. P. 172, 423 suiv., 427, 656 ; Meyer E. The justice of the Roman governor and the performance of prestige// Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis. Konzepte, Prinzipien und Strategien der Administration im römischen Kaiserreichs/Hrsg. von A. Kolb. Berlin, 2006. S. 167–180.

³ См.: David J.-M. Op. cit. P. 656 ; Meyer E. Op. cit. S. 176 ff.

⁴ Meyer E. Legitimacy and Law in the Roman World. *Tabulae* in Roman Belief and Practice. Camb., 2004. S. 3.

⁵ См.: David J.-M. Op. cit. P. 19.

⁶ См.: Ibid. P. 172.

⁷ См.: Ibid. P. 656.

⁸ См.: Ibid. P. 423 suiv., 427.

⁹ См.: Ibid. P. 656.

¹⁰ См.: Ibid. P. 426 suiv.

¹¹ См.: Ibid. P. 407, 436, 452, 463 suiv., 656.

¹² Lendon J. E. Empire of Honour. The Art of Government in the Roman World. Oxford, 1997.

¹³ Следует отметить, что еще раньше бельгийский исследователь П. Эллегуарк и британский исследователь П. Гэрнси убедительно продемонстрировали ведущую роль этих понятий в жизни римского общества (см.: Hellegouarc'h J. Le vocabulaire latin des relations et de partis politiques sous la République. Paris, 1963. Passim). Из последних работ по данной тематике см.: De Filippi M. Dignitas tra repubblica e principato. Bari, 2009.

¹⁴ См.: Lendon J. E. Op. cit. P. 34.

¹⁵ Лендон утверждает это в согласии с большинством современных исследователей. Мнение, что римляне отличались особой чувствительностью в отношении своей репутации, уже давно стало «общим местом» (см.: Kelly. Op. cit. P. 96 ff. ; Crook J. A. Law and Life of Rome. London, 1967. P. 83 ; Garnsey P. Op. cit. P. 189). В работах, посвященных феномену самоубийства как в римском, так и в античном мире в целом, убедительно показано, что крушение репутации, публичное бесчестье, связанное с «потерей лица», вели к самоубийству гораздо чаще, чем в современном западном обществе (см.: Van Hooff A. J. L. From Autothanasia to Suicide. London ; New York, 1990 P. 77, 120 ; Plass P. The Game of death in ancient Rome: arena sport and political suicide. Madison, 1995. P. 84, 134, 226 f. ; Hill T. Ambitiosa mors: suicide and the self in Roman thought and literature. New York ; London, 2004. P. 12 ; Van Hooff A. J. L. From autothanasia to suicide: self-killing in classical antiquity. New York, 2002. P. 77, 107 ff., 113, 120).

¹⁶ Lendon J. E. Op. cit. P. 40.

¹⁷ Распределение почестей, по мнению Лендона, было частью управления Римской империей (см.: Lendon J. E. Op. cit. P. 172).

¹⁸ Интересно, что в работе одного из современных исследователей афинская демократия при Перикле характеризуется как «honour society» (см.: Walcot P.

The funeral speech. A study of values//Greece and Rome. Second Series. 1973. Vol. 20, № 2. P. 111 ff.).

¹⁹ Lendon J. E. Op. cit. P. 146.

²⁰ Следует иметь в виду, слово *honor* означало не только «честь», «почет» и «почетную должность», но и высокое социальное положение. Например, в трактате «Об обязанностях проконсула» Ульпиан рекомендует наместнику провинции при определении очередности разбора судебных тяжб не поддаваться высокому положению [букв. чести (*honori*)] просителей (D. 1.16.9.4).

²¹ См.: Lendon J. E. Op. cit. P. 203.

²² Meyer E. Op. cit. P. 167, 176.

²³ См.: Ibid. P. 176. Note № 39.

²⁴ Meyer E. Op. cit. P. 174 ff.

²⁵ См.: Ibid. P. 176 ff.

²⁶ См.: Ibid. P. 176 f. Note № 40.

²⁷ См.: Ibid. P. 177.

²⁸ О ценности такого рода сочинений, как источника по истории судопроизводства в Древнем Риме и римского права в его практическом применении см.: *Tellegen-Couperus O. Quintilian and Roman law // RIDA. 47. (2000). P. 170 ff.*

²⁹ См.: *Lintott A. Cicero as Evidence. A Historian's Companion. Oxford, 2008.*

³⁰ См.: *David J.-M. Op. cit. P. 49, 51 suiv., 357, 423 suiv., 428 suiv., 474 suiv., 482, 624, 630 ; Савельев В. А. Правозащитники в Древнем Риме эпохи Цицерона // Савельев В. А. Римское частное право (проблемы истории и теории). М., 1995. С. 89.*

³¹ См.: *Mommsen Th. Römisches Strafrecht. S. 411, 441 ; Weiss E. Laudatio // R.E. Hbd. 23. Stuttgart, 1924. Sp. 992 ; Kaser M. Testimonium // R.E. Reihe 2. Hbd. 9. Stuttgart, 1934. S. 1047.*

³² Подробный разбор данного казуса см.: *Behr C. A. Aelius Aristides and The sacred tales. Amsterdam, 1968. P. 77 ; Bowersock G. W. Greek sophists in the Roman Empire. Oxford, 1969. P. 36 f. ; Lendon J. E. Op. cit. P. 202 ff.*

³³ См.: *Альбрехт М. История римской литературы. М., 2005. Т. 3. С. 1612 ; Тыжов А. Я. Авл Геллий и его «Аттические ночи» // Авл Геллий. Аттические ночи. Кн. I – X / пер. с лат. ; под общ. ред. А. Я. Тыжова. СПб., 2007. С. 5. См. также: Кн. XI–XX / под общ. ред. А. Я. Тыжова, А.П. Бехтер. СПб., 2008.*

³⁴ «...hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur» (XIV.2.6). Некоторые историки переводят выражение *non bonae rei* как *не обладавший приличным состоянием* и в соответствии с этим находят в судебном разбирательстве отражение имущественного и социального неравенства (см.: *Garnsey P. Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire. Oxford, 1970. P. 210 ; Peachin. Judex vice Caesaris: deputy emperors and the administration of justice during the principate (Heidelberger althistorische Beiträge und epigraphische Studien. Bd 21). Stuttgart, 1996. P. 66 f.*). Однако такой авторитетный исследователь творчества Авла Геллия, как Л. Холфорд-Стревенс приводит убедительные аргументы в пользу другого варианта перевода (см.: *Holford-Strevens L. Aulus Gellius: an Antonine scholar and his achievement. Revised edition. Oxford, 2005. P. 295. Note 29.*)

³⁵ Характерно, что в числе этих пороков фигурирует «отсутствие приличного состояния».

³⁶ См.: Meyer E. Op. cit. P. 170 ff.

³⁷ Формально судья не был обязан следовать мнению своих советников, но в силу обычая он должен был с ним считаться и стараться выносить решение *e consilii sententia* (см.: *Mommsen Th. Op. cit. S. 149 f. ; Garnsey P. The Lex Julia and Appeal under the Empire // JRS. 1966. 56. P. 177 ff. ; Sherwin-White A. N. The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary. Oxford, 1966. P. 395, 541 ; Jones A. H. M. The criminal courts of the Roman Republic and Principate. Oxford, 1972. P. 84 ; Lintott A. Imperium Romanum. Politics and Administration. London ; New York, 1993. P. 57 ; Смышляев А. Л. Civilis dominatio : римский наместник в провинциальном городе // ВДИ. 1997. № 3. С. 29).*

³⁸ «Он не дается (имеется в виду *actio de dolo*. – А.С.) и некоторым категориям лиц..., так как является позорящим. Он не должен даваться и низшему против того, кто превосходит его достоинством, например плебею против консуляра с общепризнанным авторитетом..., или человеку ничтожному (*vili*) против человека с безукоризненным образом жизни (*vitae emendatioris*). Так (считает) и Лабеон (Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.11.1)».

Институт всеобщей истории Российской академии наук (г. Москва)

Смышляев А. Л., кандидат исторических наук, старший научный сотрудник

E-mail: praeses51@mail.ru

Тел.: 8-962 -966-80-50

The Institute of Global History Russian Academy of Sciences (Moscow)

Smyshlyayev A. L., Candidate of Law Science, Senior Staff Scientist

E-mail: praeses51@mail.ru

Tel.: 8-962 -966-80-50

Е. С. Криницына

Институт всеобщей истории Российской академии наук (г. Москва)

ПРЕДСТАВЛЕНИЯ О СУДЬЕ И ПРАВОСУДИИ В ТОЛЕДСКОМ КОРОЛЕВСТВЕ VII ВЕКА (ПО ДАННЫМ ЖИТИЙНОЙ ЛИТЕРАТУРЫ)

Анализируется влияние правового наследия позднего римского права, в частности римских представлений о справедливости и правосудии, на формирование правовой системы Толедского королевства; обосновывается воздействие римской правовой традиции не только на законодательство Толедского королевства, но и на практику применения правовых норм, что подтверждается приводимыми автором примерами судопроизводства по уголовным делам.

Ключевые слова: постклассическое римское право, судопроизводство, преступление, приговор, ссылка, изгнание, справедливость, правовая культура.

THE IMAGE OF A JUDGE AND JUSTICE IN TOLEDO KINGDOM IN VII CENTURY (ACCORDING TO DESCRIPTIVE LITERATURE)

In this article the influence of legal inheritance of the latest Roman law, in particular – roman images of a judge and justice, on the Toledo legal system is analyzed. The author substantiates that the roman legal traditions influenced the Toledo legislation and its implementation to. And she backs up the statements with examples of criminal cases.

Key words: postclassical Roman law, legal proceedings, crime, sentence, exile, justice, legal culture.

Поступила в редакцию 14 мая 2011 г.

История Толедского королевства на Пиренейском полуострове началась в 567 г., а закончилась арабским завоеванием 711 / 713 гг.¹ За столь короткий по историческим меркам промежуток времени его культура, в том числе и юридическая, достигла небывалой высоты. Расцвет культуры принято связывать с деятельностью знаменитого Исидора Севильского (ок. 560–636) и круга его учеников. Интеллектуальная и духовная жизнь Толедского королевства формировалась под пером образованных клириков, что предопределило ее развитие. То же самое можно сказать и о праве². В трудах Исидора и его учеников римские правовые категории получают новое осмысление. Попытаемся показать, как трансформировались античные представления о судопроизводстве и правосудии в произведениях писателей Толедского королевства.

В Вестготской Испании основным источником знаний о римском праве был «Бревиарий Алариха». Он был составлен в 506 г. по приказу короля Алариха II на основе кодекса Феодосия,

кодексов Григориана и Гермогениана, новелл римских императоров, Институций Гая и Сентенций Павла. В разработке свода законов Алариха участвовали правоведы королевства, а также наиболее авторитетные католические епископы (несмотря на то, что король исповедовал арианскую веру) и представители местного самоуправления³. Уголовным преступлениям посвящена его девятая книга «Об обвинениях и исках» (*De accusationibus et inscriptionibus*), в которой регламентируется порядок предъявления исков по таким преступлениям, как убийства, похищения, прелюбодеяния и изнасилования, подделки, воровство и порча имущества, клевета. Однако в «Бревиарии Алариха» дана лишь общая схема судебных процедур, их идеальный образец. Судебных протоколов не сохранилось, а значит, нет и материала, на котором можно было бы рассматривать казусы. В этой ситуации большое значение приобретают жития святых.

Агиографические произведения по своему происхождению тесно связаны с римскими судебными протоколами, потому что возникли из жизнеописаний осужденных на казнь

христианских мучеников (*martyria*). Они изобилуют сюжетами, связанными с судебной проблематикой. Ценность агиографического жанра для историка права состоит еще и в том, что рассказы о чудесах, совершаемых святыми, вплетаются в реалистичные описания действительности, в том числе и судебного процесса. Таким образом автор жития достигал правдоподобности, заставлял слушателей поверить ему. Сказанное выше позволяет утверждать, что жития являются очень важным источником по истории представлений о праве⁴.

Процедура предъявления иска, процесс судопроизводства и образ судьи представлены в трех житиях VII в. «Житие отцов меридских», «Житие св. Дезидерия Вьеннского» и «Житие св. Эмилиана».

Автор первого жития нам неизвестен; предположительно, им был дьякон меридской церкви по имени Павел. Задуманное как рассказ о подвижнической жизни и чудесах всех епископов и монахов Мериды, житие повествует главным образом о епископе Масоне (571–605)⁵, которому посвящено около половины всего произведения. Кроме того, рассказ о его жизни предваряется отдельным прологом⁶.

Масоне довелось жить в очень драматичную и сложную эпоху. Вплоть до 589 г. Толедское королевство раздирали религиозные распри, так как испано-римское население придерживалось Никейского символа веры, а пришедшие вестготы были убежденными арианами⁷. Осознавая необходимость религиозной унификации, король Леовигильд (568/569–586) начал гонения на всех приверженцев ортодоксальной веры, тем самым заставляя их принять арианство. Не добившись согласия от Масоны, король назначил епископом Мериды арианина Сунну (арианская и католическая церкви существовали параллельно), который попытался захватить базилику св. Евлалии, издавна принадлежавшей католикам. Собрав приверженцев Никейского символа веры, Масона сумел отстоять базилику, чем навлек на себя гнев и зависть епископа-арианина (VSPE. V. 5.7–8)⁸. В итоге было решено созвать судей (*iudices*) с тем, чтобы они выслушали доводы обоих епископов и определили, кому принадлежит базилика⁹.

Кого автор подразумевал под судьями (*iudices*)? Вероятно, имелись в виду должностные лица провинции, обладающие административными и судебными полномочиями (дуксы, комиты, сайоны и др.). Как правило, они назначались королем¹⁰. Автор жития специально подчеркивает, что большинство этих судей состояли на службе у «нечестивого правителя» и придерживались арианской

ереси¹¹. Таким образом, автор сразу же дает понять читателю, что земной суд несправедлив и порочен и следует надеяться только на помощь Божию. Именно так произошло и в нашем случае. Епископ Масона попросил трехдневную отсрочку и все это время провел в посте и молитвах. В назначенный же день он полностью разбил своего противника, так что судьям ничего не оставалось, как оставить базилику за ним¹².

Однако на том его злоключении не закончились. Поверженный и опозоренный Сунна написал на благочестивого епископа донос королю Леовигильду¹³, и Масона вынужден был предстать перед судом короля в Толедо. Это, пожалуй, единственный известный нам случай, когда суд над католическим епископом осуществляет правитель (носитель светской власти, да еще арианин), а не провинциальный церковный собор. Леовигильд потребовал от Масоны перенести тунику святой Евлалии в арианскую базилику в Толедо. Когда епископ отказался, король приговорил его к изгнанию (*exsilium*)¹⁴. Таким образом, в житии показан образ несправедливого, нечестивого земного судьи. Тот же мотив прослеживается и в двух других житиях.

Житие святого Дезидерия было написано вестготским королем Сисебутом (612–621). Действие этого произведения разворачивается в галльском городе Вьенне в 603–607 гг.¹⁵ Нечестивая королева франков Брунгильда и послушный ей король Теодорих решили погубить праведного епископа Дезидерия. По их наущению некая матрона Юста обвинила его в изнасиловании. Нет нужды специально доказывать тот факт, что произведение Сисебута в большей степени отражает правовые реалии Толедского королевства, чем королевства франков: ведь автор писал его, исходя из собственных знаний и представлений, которые он черпал из окружающей действительности.

Согласно первому титулу девятой книги кодекса Феодосия, который был сохранен в «Бревиарии», за совершение уголовного преступления, каковым является изнасилование, преступник лишался занимаемой должности – *omnem honorem reatus excludit*¹⁶. По мнению юриста Юлия Павла, чьи Сентенции почти в полном объеме вошли в «Бревиарий», насильника следует приговорить к высылке на остров¹⁷.

Обратимся теперь к нашему конкретному случаю. Итак, некая женщина с говорящим именем Юста, что в переводе с латыни означает «справедливая», обвинила епископа Дезидерия в изнасиловании¹⁸. Затем Сисебут лаконично сообщает, что его герой предстал

перед собором – *in concilio*¹⁹. К счастью, мы располагаем дополнительным источником – «Хроникой» Фредегара (или Псевдо-Фредегара). Хроника, датируемая второй половиной VII в., была составлена в королевстве франков как продолжение «Истории франков» Григория Турского. Относительно же ее автора ничего не известно. Предполагают, что их было несколько, а Фредегар – имя одного из них. Как бы там ни было, эта «Хроника» является уникальным источником не только по истории франков, но и вестготов²⁰. Согласно информации Фредегара, Дезидерия судил собор в Шалоне – обвинительный приговор был вынесен под давлением Аридия, епископа Лиона, и королевы Брунгильды²¹.

Суд приговорил Дезидерия к лишению сана и высылке на остров. Обращает на себя внимание, что у Сисебута понятие «церковный сан» выражено через термин *honor*²², а не через слово *officium*, как у Фредегара. Слово *honor* означает ступеньку в «карьерной лестнице» римского магистрата – *cursus honorum* и, следовательно, тесно связано с античной политико-правовой традицией. Однако такое словоупотребление в житии эпохи раннего Средневековья вполне правомерно и оправдано. После падения Империи и упадка римской муниципальной структуры представители церкви взяли на себя функции местного самоуправления. Епископ являлся главой не только духовной жизни своей епархии; его роль в местном управлении тоже была чрезвычайно велика, что подтверждается законодательными актами и постановлениями церковных соборов. В частности, епископ исполнял судебные функции²³, а провинциальный церковный собор обязан был ежегодно выслушивать отчет судей²⁴. Таким образом, Сисебут, употребив слово *honor*, сделал акцент на социально-политической роли епископа как преемника римского *defensor civitatis*. Есть еще один аспект. Слово *honor* употребляется в уже упоминавшейся девятой книге кодекса Феодосия, где речь шла о том, что преступник, совершивший уголовное преступление, лишается своего общественного положения – *honor*²⁵. Это позволяет предположить, что Сисебут намеренно употребил данное слово в своем произведении и сделал таким образом отсылку к кодексу Феодосия.

Согласно приговору, лишившись сана, Дезидерий должен был остаток своих дней провести в монастыре на острове. В римской юриспруденции четко разграничивались ссылка (*relegatio*) и изгнание (*exsilium*). Последнее подразумевало лишение гражданских прав, тогда как приговоренный к ссылке оставался

членом гражданского общества, но должен был жить на острове²⁶. Однако в кодексе Феодосия нет четкого противопоставления этих терминов. Вероятно, поэтому в Испании VII в., судя по имеющимся источникам, эти понятия не различали. Энциклопедист Исидор Севильский считал, что понятие *exsilium* включает в себя *relegatio* и *deportatio*. Согласно его точке зрения, отличительной чертой *relegatio* является сохранность имущества, тогда как у осужденных на *deportatio* его конфисковывали²⁷. Что же касается сохранения или лишения гражданских прав, то Исидор просто не уделил этому аспекту внимания. Его ученик Сисебут в «Житие Дезидерия» смешал термины *exsilium* и *relegatio* в одном предложении²⁸. Очевидно, что в Толедском королевстве эти понятия превратились во взаимозаменяемые. Ясность вносит «Хроника» Фредегара, где говорится, что Дезидерий был приговорен к изгнанию с лишением гражданских прав – *exsilium*²⁹.

Стоит сказать несколько слов об этой санкции. Согласно мнению римских юристов, ссылка на остров являлась одним из наиболее тяжелых наказаний, предусмотренных за совершение уголовных преступлений³⁰. В частности, к нему приговаривали тех, кто был уличен в разврате и прелюбодеянии, как об этом пишет Юлий Павел³¹. То есть приговор, вынесенный Дезидерия, вполне соответствовал римской правовой практике, что еще раз убеждает нас в том, что она продолжала применяться в Толедском королевстве.

Но и после приговора Господь не оставил своего слугу: Дезидерий исцелял больных, изгонял демонов, так что он только умножил свою славу праведника. Вдобавок и Юста призналась в том, что оклеветала епископа. Брунгильде и Теодориху не оставалось ничего другого, кроме как вернуть Дезидерия из изгнания. Тот, вернувшись, принялся обличать правителей, за что и погиб мученической смертью: приспешники Брунгильды и Теодориха забили его камнями, но вскоре и они, и король с королевой получили по заслугам. Итак, житие Дезидерия заканчивается на оптимистической ноте, ведь, в конце концов, все получили по заслугам. Свершился Божий суд, который расставил все по своим местам и устранил пороки земных судей.

Обратимся теперь к другому делу, описанному в «Житие святого Эмилиана». Автором жития является Браулион, епископ испанского города Сарагосы с 631 по 651 гг. Он написал свое произведение в промежутке между 635 и 640 гг.³², исполняя просьбу брата Фрунимиа-на. Эмилиан, родившийся в конце V в., был простым пастухом, но, услышав глас свыше,

удалился от мира и стал отшельником. Слух о его подвижнической жизни дошел до епископа Тирасоны Дидимия, который после длительных уговоров посвятил его в пресвитеры. Эмилиан же раздал бедным имущество своей церкви и этим нажил себе врагов среди остальных клириков, обвинивших его в растрате.

Суть обвинения, выдвинутого клириками, автор выразил словом *detrimentum*, означющим материальный ущерб. Выше он описывал их уловку: те посчитали, что епископ должен рассердиться из-за ущерба, причиненного вверенной ему церкви. В этом случае мысли клириков Браулион передал с помощью слова *damnum*, синонимичного *detrimentum*³³. Существовало ли какое-либо смысловое различие между этими двумя терминами? Исидор Севильский считал, что различие между ними лишь количественное: так, ущерб-*detrimentum* меньше ущерба-*damnum* и составляет лишь его часть³⁴. Таким образом, принципиальных различий между этими терминами Исидор не видел, а его ученик использовал оба термина, чтобы избежать тавтологии.

После описания предъявления иска дается описание судебного процесса. Если Дезидерия как епископа судил собор, то в случае с пресвитером Эмилианом судья был один – епископ Тирасоны Дидимий. Епископ являлся главой всех клириков епархии, ему принадлежало право назначать их, лишать сана, а также предписывалось следить за тем, как они исполняют свои обязанности³⁵. Согласно постановлению II собора в Браге в 572 г. и III Толедского собора 589 г., только епископ мог распоряжаться имуществом церквей епархии, он же отвечал за их сохранность³⁶. Помогая бедным, нужно было не забывать и об интересах церкви. Кроме того, право подавать милостыню находилось в руках епископа, а не пресвитера³⁷. Эмилиан, раздав имущество церкви нищим, присвоил себе обязанности епископа, тем самым посягнув на его исключительный статус. При такой интерпретации гневная реакция Дидимия, красочно описанная Браулионом, предстает вполне понятной и обоснованной.

Эмилиан даже не попытался оправдать себя, и его непотивление резко контрастирует с яростью епископа³⁸. Его не интересовал приговор земного суда, ему гораздо важнее, что он прав перед Господом. Своим поведением он именно это и демонстрировал. Дидимий же предстает в образе неправедного судьи. Его вспыльчивость, агрессивность и зависть не совместимы с тем образом идеального судьи, который был сформулирован в трактате «Сентенции» знаменитого Исидора Севильского (ок. 560–636).

Исидор был наставником и короля Сисебута, и Браулиона, и многих других. Епископ Севильи не был профессиональным юристом, но его влияние на правовую культуру королевства не подлежит сомнению. Например, отрывки из его энциклопедического трактата «Этимологий» о законе и его роли были почти дословно включены в первую книгу *Liber Iudiciorum* – свода законов Толедского королевства (с 654 г.). Труды Исидора были хорошо известны, и вряд ли можно найти хоть одно произведение любого жанра, которое не было бы связано с его сочинениями. Епископ Севильи писал о том, что гнев (*iracundia*) и ярость (*furor*) лишают судью возможности рассуждать здраво и выносить справедливый приговор³⁹. Браулион же использует для характеристики Дидимия именно эти слова и таким образом подчеркивает его несправедливость. Неправедному судье противопоставлен Господь как судья праведный. Этот образ весьма распространен в библейских текстах. В Евангелии от Луки в притче о неправедном судье Бог выступает защитником тех, кто не добился справедливости у земного арбитра⁴⁰. Ведь с позиций Вышнего суда Эмилиан совершил благое дело, оказав помощь бедным и тем самым увеличив число усердных прихожан⁴¹. И после того, как он вторично удалился от мира, он не остался без Божьей помощи и закончил свои дни в почете.

Итак, главным мотивом рассматриваемых житий является мотив несправедливости земного правосудия. В каждом из рассмотренных случаев суд над героем осуществляют разные лица: светские судьи, церковный собор или епископ, но под давлением различных обстоятельств все они выносят несправедливый приговор. С одной стороны, это, несомненно, следствие влияния литературного жанра. Но с другой стороны, подобные эпизоды отражают мировоззрение людей, для которых характерна вера в божественное правосудие и торжество высшей справедливости. Безусловно, подобные представления сформировались под влиянием Св. Писания. Библейская традиция наряду с римской была тем фундаментом, на котором строилась правовая культура Толедского королевства. Таким образом, правосудие раскрывается в двух ипостасях: в собственном юридическом значении и затем с позиций христианской морали. Собственно право постепенно растворяется в более широкой морально-философской проблематике, и эта тенденция отражает особенности уже новой, средневековой правовой культуры.

¹ Подробнее об истории Толедского королевства вестготов см. *Клауде Д.* История вестготов. СПб., 2002 ; *Корсунский А. Р.* Готская Испания (Очерки социально-экономической и политической истории). М., 1969 ; *García Moreno L. A.* Historia de España visigoda. Madrid, 1989 ; *Orlandis Rovira J.* Historia del reino visigodo español: los acontecimientos, las instituciones, la sociedad, los protagonistas. Madrid, 2003 etc.

² См.: *Fontaine J.* Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique. Paris, 1959 ; *Díaz y Díaz M. C.* La cultura de la España visigótica del siglo VII // *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo. Caratteri del secolo VII in Occidente (II)*. Spoleto, 1958. Vol. 2. P. 813–844 ; *Gibert R.* Enseñanza del derecho en Hispania durante los siglos VI a XI // *Ius romanum Medii aevi (IRMAE)*. 1967. P. 1–54 ; *Díaz y Díaz M. C.* La obra literaria de los obispos visigóticos toledanos: Supuestos y circunstancias // *La patrología Toledano-visigoda. XXVII semana española de teología*. Madrid, 1970. P. 45–63 etc.

³ См., например: *Альтамира-и-Крвева Р.* История Испании. М., 1951. Т. 1. С. 60 ; *Lineamenti di storia del diritto romano / sotto la direzione di M. Talamanca*. Milano, 1979. P. 710–712 ; *Bretone M.* Storia del diritto romano. Roma–Bari, 1987. P. 377–378.

⁴ См.: *Velázquez Soriano I.* La literatura hagiográfica: presupuestos básicos y aproximación a sus manifestaciones en la Hispania visigoda. Segovia, 2007. P. 31–70.

⁵ Подробнее о Масоне см. *García Moreno L. A.* La prosopografía del reino visigodo de Toledo. Salamanca, 1974. P. 166–169.

⁶ См.: *Velázquez Soriano I.* La literatura hagiográfica... P. 230–231.

⁷ Ариане – последователи епископа Ария, осужденного на Никейском соборе 325 г. Считали, что Бог-Сын сотворен Богом-Отцом, а потому не равен Ему.

⁸ VSPE – Vitae sanctorum partum Emeritensium. «Quum que <...> fretus favore regio basilicam sanctissime uirginis Eolalie passim adgredi nitebatur, ut eam sublatam de proprii episcopi potestate Arriane heresi dedicaret. Cui quum sanctus Masona episcopus uel uniuersus cum eo populus resisteret ac uehementer obpugnaret, supradictus pseudoepiscopus Sunna antefato principi multa in accusationem sancti uiri scripsit...» // *Corpus Christianorum, Series Latina*. Vol. 116. / ed. A. Maya-Sánchez. Turnholti (Turnhout): Brepols, 1992. (Тогда он <...>, полагаясь на благоволение короля, попытался захватить базилику святой девы Евлалии, чтобы отнять ее у епископа и предать арианской ереси. Когда же святой епископ Масона и весь народ вместе с ним этому воспротивился и стал яростно сопротивляться, вышеупомянутый псевдоепископ Сунна многое написал вышеупомянутому правителю, чтобы обвинить святого мужа...)

⁹ VSPE. V. 5. 9: «Ad hec ille talem fertur promulgasse sententiam, ut residentibus in atrio ecclesie iudicibus utrique episcopi ab eisdem adsumti adessent ipsisque coram positus utriusque partis defensionem conflictu disputationis altercarent... et cuius pars

triumphum brabii obtineret, ipse nicilominus ecclesiam sancte Eolalie sibimet uindicaret». (И относительно этого случая он (Леовигильд. – Е.К.) вынес решение, чтобы в резиденции епископа церкви в присутствии судей оба епископа, которых они затребуют, представ перед ними, начали бы спорить о своем конфликте... и чья сторона одержит победу, тот и получит церковь святой Евлалии.)

¹⁰ См.: *García de Valdeavellano L.* Curso de Historia de las Instituciones españolas (De los orígenes al final de la Edad Media). 5 ed. Madrid, 1977. P. 202–205 ; *Orlandis Rovira J.* Historia del reino visigodo español: los acontecimientos, las instituciones, la sociedad, los protagonistas. Madrid, 2003. P. 145.

¹¹ VSPE. V. 5. 13: «Tandem Arrianus episcopus una cum iudicibus septus cateruis populi turgidusque fastu superuie ingressus est. Tum deinde, residentibus episcopis, residerunt et iudices, illi quam maxime qui erant fautores Arriane partis et impiissimi regis». (Тогда вошел арианский епископ вместе с судьями, окруженный толпой людей, полный надменной спеси. Затем после того, как сели епископы, сели и судьи, а они по большей части были пособниками арианства и нечестивого короля.)

¹² VSPE. V. 5. 14–20.

¹³ VSPE. V. 6.1–2: «Igitur supradictus hereticus Sunna episcopus <...> cepit <...> ipsumque beatissimum uirum Masona episcopum in auribus principis Leouegildi Arriani clam multis criminibus accusare». (Итак, вышеупомянутый еретический епископ Сунна ... начал... тайно доносить правителю ариану Леовигильду и обвинять святейшего епископа Масону в многочисленных преступлениях.)

¹⁴ VSPE. V. 7.1.10.

¹⁵ *Velázquez Soriano I.* La literatura hagiográfica... P. 207–208.

¹⁶ C. Th. 9. 1. 1 [=Brev. 9. 1. 1]: Quicumque clarissimae dignitatis virginem rapuerit, vel fines aliquos invaserit, vel in aliqua culpa seu crimine fuerit deprehensus... <...> Omnem enim honorem reatus excludit, quum criminalis causa et non civilis res vel pecuniaria moveatur // *Lex Romana Visigothorum*. Ed. C. G. Hänel. Leipzig, 1849. (Кто похитит девушку светлейшего ранга, или нарушит чужую границу, или будет уличен в другой вине либо преступлении... <...> Подсудимый лишается всякой должности, если возбуждено уголовное, а не гражданское или фискальное дело.)

¹⁷ *Paul.* Sent. V. 4. 14: Qui... mulierem puellamve interpellaverit <...> perfecto flagitio cepite punitur, imperfecto in insulam deportatur ... // *Lex Romana Visigothorum*. Ed. C. G. Hänel. Leipzig, 1849. (Кто... попытается совратить женщину или девушку <...> если бесчестье (будет совершено, лишается головы, если нет – высылается на остров.)

¹⁸ *Sisebuti Vita s. Desiderii*. 4.18–23 (далее – Sisebuti VD): «Que instructa in concilio **questa est** a beatissimo **uim stuprum** Desiderio esse sibi quondam **inlatum**, mirantibus cunctis talibus in rebus fore Dei seruum implicitum, criminatione sed obiecta commentitia aduersus eum fore pensabant» // *Miscellanea Wisigothica*. Sevilla, 1972. P. 56. (И она по их наущению **пожаловалась** на соборе, что блаженный Дезидерий ее **изнасиловал**, но все, удивившись, что слуга Божий замешан в таком

деле, подумали, что выдвинутое против него обвинение сфабриковано.)

¹⁹ Sisebuti VD. 4.18: «Que instructa **in concilio** quæsta est ...». (И она по их наущению пожаловалась на соборе...)

²⁰ Подробнее см. Collins R. Fredegar // Autors of the Middle Ages. London, 1996. Vol. IV, nos. 12–13. P. 73–138.

²¹ *Fredegarii Scholastici* Chronicum (далее – *Fred. Chron.*). 4.24: «Desiderium Viennensem episcopum deieciunt, instigante Aridio Lugdunensi episcopo et Brunehilde, et subrogatus est loco ipsius sacerdotale officio Domnolus...» // Monumenta Germaniæ Historiæ: Scriptores rerum Merovingicarum (далее – MGH.: SS rer. Merov.) Hannoverae, 1888. T. II. P. 130. (По подстрекательству епископа Лиона Аридия и Брунгильды они низвергли Дезидерия, епископа Вьенна, а на его место с присвоением того же сана был избран Домнол...)

²² Sisebuti VD. 4.24–25: «Quem statim homines punituri ab **honore** priuatum, **exsilio** ad monasterium insula **religarunt**». (И тотчас лишив его сана, в качестве наказания сослали в изгнание в монастырь на остров.)

²³ Conc. III de Toledo (589). can. 17: «Ut episcopus cum iudicibus necatores filiorum acriori disciplina corripiat» // Concilios visigoticos y hispano-romanos // ed. por J. Vives, T. Marin Martínez, G. Martínez Díez. Barcelona ; Madrid, 1963. (III собор в Толедо (589 г.), кан. 17: («Чтобы епископ вместе с судьями подвергал детоубийц весьма жестокому наказанию.»); Cfr. Ziegler A. K. Church and State in Visigothic Spain. Washington, 1930. P. 134–145; González T. La iglesia desde la conversión de Reccared hasta la invasión árabe // Historia de la Iglesia en España / Dirigida por R. G. Villoslada. Madrid, 1979. T. 1. P. 504–510.

²⁴ Conc. III de Toledo (589). can. 18: «Ut semel in anno synodus fiat et iudices et actores fisci praesentes sint» (III собор в Толедо (589 г.), кан. 18: (Чтобы раз в году созывался собор, на котором присутствовали бы судьи и служащие фиска.)

²⁵ C. Th 9. 1. 1 [=Brev. 9. 1. 1]: Quicumque clarissimae dignitatis virginem rapuerit, vel fines aliquos invaserit, vel in aliqua culpa seu crimine fuerit deprehensus... <...> Omnem enim honorem reatus excludit, quum criminalis causa et non civilis res vel pecuniaria moveatur.

²⁶ D. 48. 1. 2 *Paul.* 15 ad ed. Praet.: Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. capitalia sunt, ex quibus poena mors aut **exilium** est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas **eximitur caput de civitate**. nam cetera non exilia, sed **relegationes** proprie dicuntur: tunc enim **civitas retinetur**. (Некоторые из публичных судов являются уголовными, некоторые – не уголовными. Уголовные суть те, наказанием по которым является смерть или изгнание, то есть лишение воды и огня, так как вследствие этих наказаний лицо исключается из гражданского общества. Ибо прочее называется собственно не изгнанием, а ссылкой, потому что тогда сохраняется право гражданства // Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. Т. 4, полутом 2. С. 559.)

²⁷ *Isidori* Etym., V, 27. [28]: «Exilium dictum quasi extra solum. <...> **Dividitur autem exilium in relegatis et deportatis**. [29] Relegatus est, quem bona sua sequuntur: deportatus, quem non sequuntur» // *Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum sive Originum libri XX* / ed. by W. M. Lindsay. Oxford, 1911. (Изгнание называется так, от слов «вне земли». <...> А подразделяется изгнание на ссылку и высылку. 29. Ссылным называется тот, кто берет с собой имущество, высылаемым – тот, кто не берет.)

²⁸ Sisebuti VD 4. 24–25: «Quem statim homines punituri ab **honore** priuatum, **exsilio** ad monasterium insula **religarunt**». (И тотчас лишив его сана, в качестве наказания сослали в изгнание в монастырь на остров.)

²⁹ *Fred. Chron.* 4. 24: «... Desiderius vero in insulam quamdam exilio retrudetur...» (... Дезидерий же удаляется в изгнание на какой-то остров...); *Fred. Chron.* 4. 32: «...sanctum Desiderium de exilium regressum lapidare praecipit...». (... святого Дезидерия, вернувшегося из изгнания, приказала забить камнями.)

³⁰ D. 48. 19. 28 pr. *Callistrati* 6 de cogn.: Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio. item vivi cremation <...>, posterius primo visum est. item capitatis amputatio. deinde proxima morti poena metalli coercitio. **post deinde in insulam deportatio**. (Степени наказания за тяжкие преступления примерно таковы: высшим наказанием считается приговор к распятию ; также сожжение заживо <...> Затем идет близкое к смертной казни наказание рудниками. После этого – ссылка на остров // Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. 4, полутом 2. С. 185) ; Cfr. Lineamenti di storia del diritto romano / sotto la direzione di M. Talamanca. Milano, 1979. P. 662.

³¹ D. 48. 19. 38.3 *Paul.* 5 Sent.: Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur. (Из тех, кто совращает еще не достигших брачного возраста девиц, (лиц) низшего (сословия) приговаривают к рудникам, а почтенных высылают на остров или отправляют в изгнание // Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. 4, полутом 2. С. 193.)

³² *Sancti Braulionis Caesaraugustani episcopi vita* S. Emiliani / ed. crit. por L. Vázquez de Parga. Madrid, 1943 (далее – *Braul.* VSAe).

³³ *Braul.* VSAe. 13.6: «...astiterunt quidam e clericis suis coram praefato episcopo, ad eum uidelicet ob **damna** rei familiaris lacessendum: iurgantesque aiunt patere ecclesiae **detrimenta** res susceptas usquequaque imminutas...» (... к вышеупомянутому епископу подошли некоторые клирики, чтобы нанести ему обуроне, нанесенном общему имуществу, и, обвиняя, стали говорить, что церковь терпит ущерб и что доход, получаемый до сего дня, уменьшился...)

³⁴ *Isidori* Differ. I. 169: «Inter Damnum et jacturam, et detrimentum. Jacturam scientes et ultro patimur, damnum subito, et non credentibus nobis, fit; detrimentum, leve damnum fit in parte» // *Isidoro* de

Sevilla. *Diferencias / Introducciyn, edición crítica, traducción y notas por C. Codoñer Merino*. Paris, 1992. (Между уроном, пожертвованиём и ущербом. Мы соглашаемся на пожертвование, сознавая это и добровольно; урон случается внезапно и когда мы этого не знаем; ущерб – это небольшой частичный урон.)

³⁵ См.: *González T.* Op. cit. P. 497.

³⁶ Conc. de Braga II (572). can. 15: De rebus ecclesiasticis gubernandis «Gubernari ergo oportet cum iudicio et potestate episcopi, cui etiam omnis populus et congregatio commissa est animarum <...> ... nihil eos latere possit ex his quae ad ecclesiam pertinent, ut nullo modo possint minui et perire» (II собор в Браге (572 г.), кан. 15 Об управлении имуществом церкви: (Ибо управляться она должна мнением и властью епископа, которому вверены души всего народа и общины <...> ...ничто из того, что принадлежит церкви, не может быть от него сокрыто, чтобы никоим образом оно не уменьшилось и не ухудшилось); Conc. de Toledo III (589). can. 19: Ut ecclesia cum rebus ad episcopi ordinationem pertineat (III собор в Толедо (589 г.), кан. 19: (Чтобы церковь со всем имуществом подлежала управлению епископом.)

³⁷ Conc. de Toledo III. can. 3 Ut ne quis extra necessitatem rem ecclesiae alienit (III собор в Толедо (589 г.), кан. 3: (Чтобы никто без надобности не отчуждал имущество церкви.)

³⁸ *Braul.* VSAe 6.13: «Iam dictus antistes facibus irae accenditur, et invidia ob eius uirtutes terebratur. Intuens in uirum dei uehementer inuehitur; quumque, ut se habet animus furia ebrius, iracundiae crapulam esset ructatus, uir dei egregius sanctitate munitus, patientia tutus, tranquillitate consueta persistebat immotus». (Уже вышеупомянутый епископ воспламеняется огнем гнева и мучается от зависти к его (Эмилиана. – Е.К.) добродетели. Уставившись на человека Божьего, свирепея, на него бросается; но когда он изрыгал гнев из-за того, что дух его был пьян от бешенства, человек Божий стоял неподвижно с привычной непоколе-

бимостью, защищенный святостью и огражденный спокойствием.)

³⁹ *Isidori Sent.* III, 52, 14–16: «14. Quidam, dum iudicare incipiunt, irascuntur, ipsamque iudicii sententiam in insaniam uertunt. De quibus recte per prophetam dicitur: *Qui conuertunt in furorem iudicium*. Qui enim iratus iudicat, in furorem iudicium mutat et ante profert sententiam quam agnoscat. 15. Furor in iudice investigationem veri non valet attingere, quia mens ejus turbata furore ab scrutatione alienatur iustitiae. 16. Iracundus iudex iudicii examen plene contuere non valet quia caligine furoris non videt» // *Isidorus Hispalensis. Sententiae / Cura et studio Pierre Cazier. Corpus Christianorum. Series latina CXI. Turnholti, 1997. (Некоторые, начав судить, поддаются гневу и сам приговор суда превращают в безумие. О них верно сказал пророк: «Кто обращает суд в ярость». Ведь кто судит в гневе, меняет суд на ярость и выносит приговор прежде чем дознается. 15. Ярость судьи не может способствовать отысканию истины, потому что разум его, помутненный яростью, отторгает исследование справедливости. 16. Гневный судья не может внимательно наблюдать за судебным состязанием, потому что не видит его из-за тумана ярости.)*

⁴⁰ *Luc.* 18. 6–7: Ait autem Dominus audite quid iudex iniquitatis dicit Deus autem non faciet vindictam electorum suorum clamantium ad se die ac nocte et patientiam habebit in illis? (Синодальный перевод: И сказал Господь: слышите, что говорит судья неправедный? Бог ли не защитит избранных Своих, вопиющих к Нему день и ночь, хотя и медлит защищать их?)

⁴¹ *Braul.* VSAe. 5.12: «Quocirca Christi substantiam Christi uisceribus impertiebat, locupletem reddens ecclesiam Christi uirtutibus, non opibus, religione, non redditibus, Christianis, non rebus» (Поэтому он и передал имущество Христа самым приближенным к Нему, наполнив церковь Христову добродетелью, а не богатством, благочестием, а не доходами, христианами, а не имуществом.)

Институт всеобщей истории Российской академии наук (г. Москва)

Криницына Е. С., аспирантка
E-mail: elcrinis@mail.ru
Тел.: 8-826-389-37-43

The Institute of Global History Russian Academy of Sciences (Moscow)

Krinitsyna Y. S., Post-graduate Student
E-mail: elcrinis@mail.ru
Tel.: 8-826-389-37-43

А. В. Рудаков

Центр истории римского права и европейских правовых систем
Института всеобщей истории РАН
(г. Москва)

ИСК *PIGNORIS CAPIO* В ИНСТИТУЦИЯХ ГАЯ И ПРАВОВЫЕ РЕГУЛЯТОРЫ ПРОДОВОЛЬСТВЕННОГО СНАБЖЕНИЯ РИМСКОЙ АРМИИ В IV ВЕКЕ

Статья посвящена одному из пяти легисакционных исков, описанному в четвертой книге Институций Гая; анализируется происхождение *legis actio per pignoris capionem*; раскрывается тенденция расширения сферы его действия от использования исключительно в сакральной форме до более позднего применения в процессе снабжения римской армии, а также в области налогообложения.

К л ю ч е в ы е с л о в а : легисакционный процесс, иск, стороны, претор, римская армия, поставка продовольствия, реквизиция, налог.

ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM IN THE GAIUS «INSTITUTES» AND LEGAL MECHANISM OF THE ROMAN ARMY FOOD SUPPLY SYSTEM IN THE 4TH CENTURY

This article is dedicated to one of the *legiactio* actions described by Gaius in the 4th book of his «Institutes». The author analyzes the origin of *Legis actio per pignoris capionem* and describes tendency of the expansion of its action sphere: from earlier usage in the sacral sphere to later application in the field of military supply and tax collecting.

К е у w o r d s : *legis actio*, claim, parties, praetor, roman army, foodstuffs delivery, requisition, tax.

Поступила в редакцию 6 июня 2011 г.

В четвертой книге Институций Гай выделил пять видов исков, которые использовали древние. Легисакционный процесс пришел на смену кровной мести и самоуправству, сохранив, как полагают исследователи, некоторые черты последнего¹. В заключении Гай описывает *legis actio per pignoris capionem*. Данная норма весьма древняя и носит еще доправовой характер².

Гай подчеркивает отличность указанного иска от остальных, так как, «по мнению некоторых юристов, это не *legis actio*». Захват вещи осуществлялся без присутствия претора, часто в отсутствие самого противника или в неприсутственные дни (*dies nefasti*). Этот вид *legis actio* приводил не к постановлению решения, а к удовлетворению требования³. Но все же Гай твердо относит данный иск к торжественным формам судопроизводства, поскольку захват вещи в залог всегда предполагал произнесение определенных словесных формул, и это, по мнению Гая⁴, свидетельст-

вовало о том, что имело место предъявление законного иска⁵.

Данную формулу Гай считает очень древней. Она была введена обычаями для претензий солдат: им позволялось взыскивать залог с ответственного лица – как правило, это был трибун, если они не получали продовольствия или жалования. В отличие от всех остальных случаев применения данного *legis actio, pignoris capio* военных было формой еще обычного права⁶.

Pignoris capio упоминается также в Законах XII таблиц⁷. Захват залога использовался «против того, кто приобрел животное для принесения жертвы, не уплатив за него покупной цены, а также и против того, кто не представит вознаграждения за сданное ему в наем вьючное животное, с тем условием, чтобы плата за пользование была употреблена им на жертвенный пир, то есть на жертвоприношение»⁸. Кроме того, согласно Гаю, данный вид иска использовался публиканами для принуждения к уплате долгов⁹.

Что общего у всех случаев? Все они затрагивали государство или религиозные интересы. Подобные долговые претензии пользовались определенной привилегией. Таким образом, государство делегировало право принуждения ответственному лицу. Все случаи использования *pignoris capio* затрагивали общественные интересы, в которых не было юридических отношений между сторонами. Те лица, которые были ответственны за обеспечение солдат, были ответственны не перед ними самими, а перед государством. Налог выплачивался также не публиканам, а государству. Таким образом, *pignoris capio* был косвенным средством защиты права и давался только тогда, когда не было иска, так как был затронут общественный интерес¹⁰.

Как и для всех остальных *legis actio*, для *pignoris capio* была характерна неизменность исковых формул, и при захвате залога произнесение *certa verba* считалось обязательным¹¹, при отступлении от них всякое дело считалось не действительным (Gai 4. 11–12)¹².

Весьма интересно характеризовал данный иск Р. Иеринг. По его мнению, *pignoris capio* было самоуправством, но торжественным, связанным с соблюдением определенной формы¹³.

Согласно Гаю, процесс посредством *legis actio* был заменен формулярным процессом (Gai. IV.30)¹⁴. С другой стороны, это совсем не означает, что норма *pignoris capio* перестала существовать. Более того, сам Гай говорит о том, что права захвата залога сохранялись и в его время, в частности для публиканов (Gai. IV. 32).

Что касается системы снабжения римской армии в период домината, то складывается впечатление, что древние обычаи и традиции продолжали играть значительную роль. Разумеется, к IV столетию в Римском государстве изменилось очень многое, однако солдаты по-прежнему имели право самостоятельно защищать свои интересы в сфере продовольственного снабжения и выплаты жалования.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что *pignoris capio* не исчез полностью с введением формулярного процесса. Общества публиканов обладали правом наложения ареста на имущество должников (Gai. IV. 32). Содержание *Lex metalli Vipascensis* также доказывает то, что во времена Принципата формула *pignoris capio* продолжала использоваться¹⁵.

В IV в. норма *pignoris capio* по-прежнему регулировалась в законодательстве. Согласно кодексу Феодосия, захват залога производился относительно имущества должника фиска¹⁶, а также в случае неуплаты налогов¹⁷.

Таким образом, можно говорить о том, что государственные сборщики налогов унаследовали у публиканов право захватывать залог.

Что касается снабжения римской армии продовольствием, в период домината в его основе лежала *annona militaris*. Для начала вкратце осветим процесс формирования данной системы, хотя единого мнения по этому вопросу пока нет¹⁸.

Уже первыми цезарями была отменена республиканская система передачи прямых налогов налоговым обществам публиканов¹⁹. Их место заняли государственные должностные лица и городские курии. Прямые налоги не являлись слишком тяжелым бременем для городов, а косвенные налоги оставались в ведении публиканов. Однако постепенно происходил рост ответственности городских обществ.

При Адриане налоговые общества публиканов были окончательно отменены и их место заняли *conductores*. Главной чертой этих новых сборщиков налогов была их личная ответственность за полный сбор установленной суммы налогообложения. Поскольку сама по себе должность доходов не приносила, а материальная ответственность была серьезным бременем, государству все труднее становилось находить кандидатов на такие места. В связи с этим постепенно стал происходить переход к принуждению, а сбор налогов – восприниматься как общественная повинность – так называемая литургия.

По мнению М. И. Ростовцева, данная система была заимствована римлянами у эллинистических государств, где подобная практика (особенно в Египте) была распространена повсеместно²⁰. Теперь ответственность несли отдельные лица, как правило, самые обеспеченные, они должны были расплачиваться за недоимки своим имуществом.

С III в. эти нововведения стали основой экономической политики империи. Кроме этого, государство всегда оставляло за собой право взимать помимо регулярных налогов продовольствие для солдат и офицеров, а также фураж для тяглового скота в случае нужды, особенно в периоды войн.

Поставки продовольствия были попросту реквизициями, независимо от формы (или обязательная продажа, или поставки под контролем высших офицеров). Налоги, какими бы тяжелыми они ни были, были регулярными и их можно было рассчитать заранее. Но нельзя было угадать, когда явится римский магистрат или куриал, чтобы потребовать людей, скот, постою, продовольствия.

Конец II–III вв. дают нам массу примеров реквизиций продовольствия со стороны военных и наложения ареста на имущество декурионов, ответственных за поставки. Как справедливо отметил Дж. П. Рот, потребности армии всегда ставились выше интересов гражданского населения²¹. Постепенно *annona militaris* из чрезвычайного сбора продовольствия стала в течение III в. регулярной повинностью. За поставку анноны несли также ответственность городские курии, собственно, они и назначали отдельных лиц, которые собирали продовольствие и доставляли его военным.

С чем могло быть это связано? Вполне обоснованным представляется мнение Варади, который считал, что неспособность государства обеспечить войска продовольствием неизбежно приводила к реквизициям у гражданского населения, на которые попросту приходилось закрывать глаза²². Действительно, единственным оправданием несанкционированного сбора военной анноны могла быть чрезвычайная ситуация в системе снабжения войск, и, таким образом, одно чрезвычайное событие компенсировалось другим. Несправившаяся со своей прямой обязанностью гражданская власть должна была смотреть сквозь пальцы на самообеспечение войск. Таким образом, можно предположить, что на основании древнего обычая (который, видимо, никогда не забывался) солдаты реквизировали продовольствие у тех, кто, по их мнению, обязан был его поставлять.

С другой стороны, как объяснить то, что императоры в IV в. всеми силами старались разделить военные и гражданские власти и, исходя из этого, военные не могли участвовать в сборе налогов, а продовольствие должны были получать от гражданских дигнитариев.

Действительно, оффикий префекта претория нес ответственность за поступление налогов в казну, но непосредственно сбор, в особенности *annona militaris*, происходил часто с помощью военных.

Источники дают нам множество примеров подобной практики. Нет сомнений в том, что армия заменяла несуществующую полицию и дополняла функции местных властей²³.

Так, некий гражданский чиновник Флавий Макарий, с позволения дукса, просит Абиннея, *prefectus castrorum*, дать ему в распоряжение отряд солдат для сбора налогов²⁴. А к концу IV в. данная практика была закреплена законодательно, в частности для Египта, императором Феодосием²⁵. В начале V в. подобная практика применялась также во всех трех Палестинах. Оффикий дукса занимался сбором анноны, причем в адэрированной форме, и

соответственно раздачей ее военнослужащим. Если солдаты брали больше установленной суммы или брали продовольствие вместо денег, то дукс выплачивал штраф в сто фунтов золотом²⁶.

Однако общая картина снабжения римской армии продовольствием не была такой простой. Здесь нельзя не отметить то, что до сих пор среди исследователей нет единого мнения по поводу полувоенного статуса примипилариев и актуариев, а также других подобных им должностных лиц²⁷.

Нередко военные напрямую контактировали с общинами, существовавшими в окрестностях дислокации военных частей. Именно солдаты достаточно часто проводили работы, призванные улучшить состояние сельского хозяйства в том или ином регионе (SHA. Probus 9.2–4; Aurel. Vict. Epit. 37.3; Aurel. Vict. De Caesaribus. 37.2).

Правда, к подобным сведениям источников всегда следует относиться с определенной долей осторожности, так как далеко не всегда с уверенностью можно сказать, когда солдаты привлекались к аграрной деятельности с целью улучшить снабжение войск, а когда для обогащения землевладельцев и командиров²⁸. Видимо, поэтому уже во второй половине V в. император Лев I уделял пристальное внимание данной проблеме. Согласно его указам (458 г.), те командиры, которые использовали своих солдат в любой деятельности, выходящей за рамки их обязанностей, наказывались штрафами в весьма крупных размерах. Если же солдата уличали в какой-либо сторонней деятельности, то его отправляли в отставку, причем с потерей всех привилегий (С. J. XII.35.15, 16).

Юридические источники не дают нам подтверждения того факта, что реквизиции, по сути, являлись формой периодического участия военных в обложении и сборе налогов на местах. Несмотря на все старания властей, нередко военные брали на себя функции управления, в том числе и по прямому сбору провианта для своего снабжения. Чаще всего это имело место в пограничных провинциях.

При неудовлетворительности снабжения военные брали инициативу в свои руки, ссылаясь на тяготы военного времени.

Командиры подразделений довольно часто обогащались за счет местного населения, особенно в ходе рекрутских наборов и сборе военных налогов. Со временем во многих частях империи они становились местной аристократией. Были даже случаи, когда военные не позволяли куриалам собирать налоги, так как собирали их сами, используя их и для

снабжения подразделений, и для своего личного обогащения. Интересно отметить, что и сами крестьяне нередко видели в командирах военных частей своеобразных защитников от куриальных сборщиков налогов и всячески их поддерживали²⁹.

С другой стороны, ответственность за снабжение армии продовольствием по традиции нес сам император как верховный главнокомандующий³⁰. Еще Цезарь писал о том, что снабжение войск – непосредственная забота (*cura*) и обязанность полководца (*officium imperatoris*) перед своими солдатами (Caes. B. Gall. I.40.10). Аммиан Марцеллин описывает обычай, согласно которому римский правитель должен был лично пробовать солдатский паек (Amm. Marc. XXI.16.21).

В IV в. все римские императоры, хотя и в разной степени, уделяли внимание продовольственному снабжению армии. Трибуны и военные препозиты несли непосредственно перед императором ответственность за обеспечение вверенных им частей (Dig. 49.16.12). Так, одно из постановлений Константина Великого от 325 г. устанавливало наказания за различные злоупотребления в данной сфере. В случае больших убытков для казны офицер мог быть даже казнен (C.Th. VII.4.1–325 г.).

Обращает на себя внимание также постановление императора Валента³¹. Суть его в том, что если в течение 30 дней актуарий не выдавал продовольствие, то за счет своей собственности он должен был выдать продукты солдатам или же государственному хранилищу (*horreum*). Вполне возможно, что здесь мы наблюдаем отголоски древней нормы. Актуарии были ответственны не перед солдатами, а перед государством в лице императора, который таким образом давал возможность взыскать невыданное продовольствие непосредственно в пользу солдат. Можно предположить, что часто сами солдаты проводили это взыскание так же, как и в древние времена.

Далее обратим внимание на одну из конституций императора Феодосия³², в которой говорилось, что если офицеры не выдают солдатам аннону, то они должны ее, без сомнения, получить (*sine ulla dubitatione*). И в этот раз ничего не говорится о запрете для солдат самостоятельно потребовать жалование у своих командиров. Здесь можно также предположить, что солдаты самостоятельно добивались выдачи жалования у офицеров. Ведь если подобная ситуация происходила, допустим, в приграничной зоне в какой-либо отдаленной части империи, то солдатам скорее всего просто не к кому было обратиться для установления справедливости.

Если обратиться к чуть более позднему периоду, то в конце V в. император Анастасий издал конституцию (C.J. XII. 37. 16. 6–8.), согласно которой раздатчик жалования и продовольствия солдат (в данном случае используется термин *erogator*), в определенный срок жалование не выдавший, подвергался конфискации (*publicatio*) имущества. Данное постановление весьма схоже с теми, которые издавали императоры IV в., отличаясь разве что четкими сроками, в которые необходимо было сделать выплаты для солдат – 60, 90, 120 дней, в зависимости от удаленности части.

Обратим внимание еще на один момент: солдаты требовали жалование и продовольствие у того лица, которое в конкретной ситуации они считали виновным и ответственным за это. Здесь выбор мог быть самым разным, в зависимости от каждой отдельно взятой ситуации. Этим человеком мог стать любой, кто хоть как-то был задействован в снабжении войск. Законодательные источники, как правило, говорят об ответственности гражданских поставщиков или же тех военных, которые непосредственно получали продовольствие на складе и раздавали его солдатам.

Однако в некоторых случаях продовольствие и жалование военные требовали непосредственно у самого императора, как, например, у Юлиана в Галльских походах (Amm. Marc. XVII. 9. 2–6). За несколько лет до этого самому префекту претория Руфину пришлось держать ответ перед солдатами, за задержки в поставках продовольствия (Amm. Marc. XIV.10.4). Из этого фрагмента можно также сделать вывод о том, что гораздо чаще римские солдаты винули именно гражданские власти в задержках жалования или в проблемах с поставками продовольствия.

Аммиан дает нам еще один очень показательный пример прямой ответственности императора и офицерства за обеспечение войск. Так, во время персидского похода, когда возникли проблемы с продовольствием, солдатам было отдано продовольствие, которое предназначалось комитам и трибунам (добровольно ли?). Более того, были розданы все императорские запасы (Amm. Marc. XXV. 2. 1–2).

Достаточно интересный случай описывается в одном из папирусов IV в. так называемого «Архива Аббиней». Командир одного из небольших подразделений на юге Египта не мог покинуть расположение своей части, так как удержал три солида из жалования своих солдат, и они не выпускали его до тех пор, пока он не вернул долг (P. Gen. 56).

В кодексе Феодосия (C.Th. VII. 8–9) имеется много свидетельств о захватах продовольствия

у хозяев домов, в которых расквартировывались военные во время походов. Квартиранты захватывали имущество своих хозяев, вымогая необходимые для себя вещи. Такой захват считался *usurpatione* и наказывался высоким штрафом (С.Th. VII. 9.1 – 340 г.).

Итак, правовая норма *pignoris capio* появилась еще в обычном праве и была включена в Законы XII таблиц. В дальнейшем на ее основе сформировался один из пяти легисакционных исков. У него было три сферы применения: сакральная, в сфере налогообложения и снабжения армии.

К началу новой эры судопроизводство посредством *legis actio* было отменено. Но сам захват залога никто не запрещал. Напротив, источники говорят о том, что *pignoris capio* вполне на законном основании продолжал использоваться публиканами в период Принципата. В поздней империи сборщики налогов были уже не частными лицами, но они несли ответственность за сбор налогов лично своим имуществом. По-видимому, из-за этого у них сохранилось право захвата залога у должника в случае недоимок.

Что касается военных, то в период как ранней, так и поздней империи, согласно древнему обычаю, солдаты считали, что они вправе захватывать имущество того, кто, по их мнению, был виновен в задержке поставки продовольствия или выплаты жалования. Все зависело от конкретной ситуации, и солдаты могли потребовать справедливости как у своего непосредственного начальника, у провинциалов, гражданских чиновников, так и у самого императора.

Если представить всю систему в целом, то снабжение армии было, прежде всего, делом публичным. Императоры всегда оставляли за собой право чрезвычайных сборов на нужды армии, если того требовала ситуация. Видимо, это право могло делегироваться военным в то время, когда аппарат чиновников был не в состоянии обеспечить армию всем необходимым.

¹ См.: Салогубова Е. Л. Римский гражданский процесс. М., 2002. С. 53.

² См.: Buckland W. W. A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian. Cambridge, 1963. P. 623.

³ См.: Салогубова Е. Л. Указ. соч. С. 50.

⁴ Gai. IV. 29: Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse. (Во всех этих случаях предъявлялся упомянутый законный иск при соблюдении известных формальностей и поэтому большинством принято, что и этот иск есть торжественная форма судопроизводства // Гай. Институции / пер. с лат. Ф. Дыдынского ;

под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. М., 1997.)

⁵ См.: Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право. М., 2005. С. 179.

⁶ См.: Rudorff A. A. Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1859. S. 87 ; Steinwenter A. Pignoris capio // RE. S. 1237 ff.

⁷ Tabula XII: «Законом был введен захват вещи в целях обеспечения долга, а по Закону XII таблиц это было допущено против того, кто приобрел животное для принесения жертвы, не уплатив за него покупной цены, а также и против того, кто не представит вознаграждение за сданное ему внаем вьючное животное, с тем условием, чтобы плата за пользование была употреблена им на жертвенный пир, то есть на жертвоприношение» // Законы XII таблиц / пер. Л. Л. Кофанова. М., 1996.

⁸ Текст XII таблиц у Gai. IV. 28: Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet.

⁹ Gai. IV. 32: Contra in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. (Кроме того, в формуле, установленной для откупщика, содержится такого рода фикция, чтобы присудить ответчика к уплате такой же суммы денег, какую должен был бы прежде в случае взятия залога уплатить тот, от кого взят залог.)

¹⁰ См.: Buckland W. W. Op. cit. P. 624.

¹¹ См.: Белогруд Н. Е. Римское право. Киев, 1894. С. 216.

¹² См.: Дыдынский Ф. М. Начала римского права. Варшава, 1876. Ч. 1. С. 98.

¹³ См.: Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. Ч. 1. С. 130.

¹⁴ См.: Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право. М., 2005. С. 180.

¹⁵ О содержании этого закона см.: Steinwenter A. Pignoris capio // RE. S. 1237 ff.

¹⁶ C. Th. XI.9.2 (337 г.): Si quis fundum vel mancipia ob cessationem tributorum vel etiam ob vestium auri argentique debitum, quae annua exactione solvuntur, occupata convento debitore et aput iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emptionis accipiat firmitatem, cum, si minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit quempiam legitimaе defensionis indiguisse persona praesertim cum ad iuris etiam praesentis et veteris aequitatem illud quoque indulgendum esse ducamus, ut scilicet par condicio etiam in hac pignorum capione seruetur, quae ob fiscale debitum fuerint occupata nihilque intersit, utrumne officium summae rei vel procuratoris an certe rector provinciae id quod debitum fuerit deleget, si etiam in hac debitores forte cessaverint, condicione iuris expressa. (Если кто-нибудь при задержке внесения податей или внесения причитающихся одежд, золота и серебра, которые выплачиваются

при ежегодном сборе, займет по договору с должником имение или рабов и сделает это общеизвестным при помощи иска у судьи, а когда тот промедлит с платежом, приобретет продаваемое на торгах, пусть покупка приобретет вечную прочность. Если в этом окажется замешано несовершеннолетнее лицо, когда станет необходимо, чтобы кто-нибудь потребовал его законной защиты, в особенности когда это разрешается равенством как современного, так и старого права, мы полагаем, что также и во взимании этих залогов, которые берутся из-за долга фиску, разумеется, пусть сохраняется равное положение. И пусть не имеет значения, сделает ли ректор провинции распоряжение об уплате того, что будет должен, в ведомство общих дел или прокуратору. Если же окажется, что должники станут медлить в этом, пусть с них будет получено применением права).

¹⁷ С. Th. XI.7.7 (353 или 346 г.): Provinciales pro debitis plumbi verbera vel custodiam carceris minime sustinere oportet, cum hos cruciatus non insontibus, sed noxiis constitutos esse noscatur, satis vero sit debitorem ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri. (Провинциалы не должны подвергаться ударам плетью со свинцовыми наконечниками или заключению в тюрьму за неуплату налогов, так как признается, что такие пытки не следует применять к невиновным, но только к виновным. Чтобы призвать должника к уплате, достаточно захвата залогов.)

¹⁸ Более предпочтительным видится мнение Ле Боэка: «Речь идет не о дополнительном обложении, но о части старой анноны, которая взималась в пользу армии». Подробнее см.: *Ле Боэк Я.* Римская армия эпохи Ранней империи. М., 2001. С. 331.

¹⁹ См.: *Ростовцев М. И.* Общество и хозяйство в Римской империи. СПб., 2001. Т. 2. С. 104.

²⁰ См.: *Ростовцев М. И.* Указ. соч. С. 105.

²¹ См.: *Roth J. P.* The Logistics of the Roman Army at War (264 B.C. – A.D. 235). Leiden, 1999. P. 152.

²² См.: *Varady L.* Contributions to the Late Roman Economy and Agrarian Taxation // AAASH. Budapest, 1962. Bd XIV. P. 436. См. также: *Novell. Valent. I.3; Synes. De Regno. XVIII–XIX.*

²³ См.: *Ле Боэк Я.* Указ. соч. С. 315.

²⁴ P. Lond. 234 P.: Его превосходительство мой господин Флавий Филицисий сиятельный комит и дукс, обеспечивая поступление государственных доходов, приказал моей внимательности получить отряд из войск под твоим командованием для сбора налогов. (The Abinnaeus Archive Papers of a Roman Officer in the Reign of Constantius II / Coll. and re-edited by H. J. Bell, V. Martin, E.G. Turner, D. van Berchem. Oxford, 1962. P. 39–40.)

²⁵ С. Th. I.14.1 (386 г.): Per Thebaidam atque augustamnicam provincias officium tuum et officia iudicum competentium omnia tributa exigere suscipere postremo compellere iubemus, ita ut, si qui militares possessores in memoratis provinciis fuerint, hi in tantum per militare officium exigantur. Iam si qui de provincialibus nostris ad inferenda quae debent audaces extiterint, ad nostram clementiam referes, ut, ubi nos iusserimus, per castrenses milites exigantur. (Мы приказываем, чтобы твой оффикий и оффи-

кий соответствующих судей в провинциях Фиваиде и Августамнике взимали, получали, наконец, собирали все налоги так, чтобы если в упомянутых провинциях окажутся какие-нибудь военные посесоры, то они в таком (же количестве и) облагаются через военный оффикий. Еще, если кто-то из наших провинциалов выделяется, наглые, по поводу внесения того, что они должны, то ты донесешь нашей безмятежности, чтобы они облагались через посредство находящихся в лагерях воинов, где мы прикажем // Законодательные памятники административной и финансовой политики ранней Византии / пер., коммент. и прим. В. В. Серова. Барнаул, 2004. Ч. 1.)

²⁶ С. Th. VII.4.30 (409 г.): Limitanei militis et possessorum utilitate conspecta per primam, secundam ac tertiam Palaestinam huiuscemodi norma processit, ut pretiorum certa taxatione depensa specierum intermittatur exactio. Sed Ducianum officium sub Versamini et Moenoeni castris nomine salutaria statuta conatur evertere. Ideoque lege repetita censemus, ut, si quis interclusam specierum exactionem refricare temptaverit vel adaerationes statutas ausus fuerit inmutare, tam vir spectabilis dux centum librarum auri quam etiam eius officium pari condemnationis summa quatiatur, adiecta sacrilegii poena, quae divalium scitorum violatores palam insequitur. (Учитывая пользу пограничной службы и (одновременно) посесоров в Первой, Второй и Третей Палестине, выступает правило такого рода, что взимание продуктов прерывается точной взвешенной оценкой стоимостей. Но дуксов оффикий под названием «лагеря Версамина и Мёнёна» осмеливается опрокидывать спасительные установления. И потому мы считаем (через посредство) вновь востребованного закона, что если кто-нибудь попытается возобновить запертое (т.е. запрещенное) взимание продуктов или осмелится переменить установленные адэрации, то (пусть) потрясается и замечательный муж дукс – сотней фунтов золота, и его оффикий – равной суммой осуждения, прибавив наказание (за) святотатство, которое явно следует осквернителям божественных решений / пер. с лат. В. В. Серова.)

²⁷ Подробнее о содержании дискуссий см.: *Глушанин Е. П., Серов В. В.* К проблеме налогообложения в период поздней античности: участие военных в сборе налогов // Античная древность и Средние века. Екатеринбург, 2006. С. 37–59.

²⁸ См.: *McMullen R.* Soldier and Civilian in the Later Roman Empire. Cambridge, 1963. P. 4.

²⁹ Liban. Or. XLVII F. Также см.: *McMullen R.* Ibid. P. 111–115; *Idem.* Roman Government's Response to Crisis A. D. 235–337. London, 1976. P. 130–131.

³⁰ См.: *Grosse R.* Römische Militärgeschichte. Berlin, 1920. S. 242.

³¹ С. Th. VII. 4. 16 (370 г.): Actuarii nisi expleto triginta dierum spatio pittacia authentica confestim tradiderint, species, quas ex fiscalibus conditis dissimularint excludere vel numero, cuius ratiocinia pertractant, supersederint erogare, de propriis facultatibus vel militibus ipsis vel fiscalibus horreis adigantur inferre. (Если актуарии не предоставил к концу

30-дневного срока свою заявку (*pittacia*), их следует заставить выдать продукты из своей собственности или солдатам, или государственным хранилищам, которые они из этих хранилищ не получили или которые не раздали в подразделении, чьи расчеты они ведут / пер. с лат. В. В. Серова.)

³² С. Th. VII.4.29 (407 г.): Si quas sub gratia donationis a militibus auferunt quam merentur annonas

duces seu tribuni, iuxta nummaria defixa pretia sine ulla dubitatione percipiant. (Если дуксы или трибуны унесут у воинов под предлогом дарения какие-нибудь анноны, (которые и) сколько (те) заслужили, (то воины) получают (их) согласно укоренившейся денежной цене без какого-либо сомнения / пер. с лат. В. В. Серова.)

Центр истории римского права и европейских правовых систем Института всеобщей истории РАН (г. Москва)

*Рудаков А. В., аспирант
E-mail: alex1985bar@mail.ru
Тел.: 8-916-409-57-93*

Center of the History of Roman Law and Europe Legal Systems Institute of Global History (RAS) (Moscow)

*Rudakov A. V., Post-graduate Student
E-mail: alex1985bar@mail.ru
Tel.: 8-916-409-57-93*

В. В. Трофимов

Тамбовский государственный университет имени Г. Р. Державина

ПРАВООБРАЗОВАНИЕ В ДРЕВНЕРИМСКОМ ОБЩЕСТВЕ ПЕРИОДА НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

Рассматривается проблема правообразования в древнеримском обществе, проводится классификация периодов развития римского правопорядка, характеризуется система факторов детерминации правообразовательного процесса в Древнем Риме в период национального права.

Ключевые слова: римское право, общество, правообразовательный процесс, факторы правообразования, законы.

LAW FORMATION IN ANCIENT ROME SOCIETY IN THE PERIOD OF NATIONAL LAW

This article is dedicated to the law formatting problem in the Ancient Rome society. The author classifies periods of development of roman law; defines factors of determination of law formatting process in Ancient Rome in the period of national law.

Key words: Roman law, society, law formatting process, law formatting factors, laws.

Поступила в редакцию 19 июля 2011 г.

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ИНСТИТУТОВ РИМСКОГО... ПРАВА

Правообразование в древнеримском обществе осуществлялось в двух основных формах – стихийно, или *спонтанно* и *планомерно*, и рационально. Спонтанное правообразование имело произвольный характер, подчинялось, прежде всего, объективным законам существования римского социума, находило свое выражение в обычно-правовых нормах и правилах, соблюдение которых осуществлялось независимо от их письменной фиксации и государственного принуждения. Планомерно-сознательное правообразование (правотворческий процесс) происходило по традиционной для этого типа правоформирования схеме: вначале складывались объективные предпосылки (факторы), затем имело место их осознание в форме правовых (публичных и частных) интересов, которые получали развитие в юридических идеях и впоследствии находили закрепление в юридических нормах и конструкциях римских правовых источников (формально-юридического значения)¹.

В хронологическом измерении правообразование в древнеримском обществе можно подразделить на три основных периода:

Первый – это правообразование периода национального права (период развития римского правопорядка от основания Рима и примерно до середины III в. до н.э., времен первой Пунической войны, когда Рим постепенно начал выходить за пределы коренной Италии).

Второй – правообразование периода общенародного права, который характеризуется активными отношениями Римского государства с другими государствами Средиземноморья, условной границей которого можно считать время прихода к власти императора Диоклетиана в 284 г.

Третий – правообразование эпохи культурного упадка Рима, активно происходившего во времена фактического, а затем и юридического разделения империи на две части – Западную и Восточную. Предельной границей этого периода можно считать время правления императора Юстиниана (527–565 гг.).

Каждый из этих периодов характеризовался своим набором факторов правообразования, специфическим перечнем субъектов правообразования, а также особым числом форм (источников) права, фиксировавших правообразующие тенденции и инициативы, исходившие от тех или иных участников правовой жизни римского общества.

Эти новации, сообщаемые праву в каждом из названных периодов развития римского правопорядка вполне понятны и объяснимы, поскольку, как справедливо замечает В. М. Хвостов, «право не может оставаться неизменным. Изменения в его содержании вызываются и развитием потребностей, и изменением способов удовлетворения этим потребностям, и, наконец, стремлением исправлять те несправедливости, которые заключались

в прежде сделанных решениях юридических вопросов. Право стоит в зависимости как от условий экономической жизни, так и от прогресса в умственной культуре и в нравственных воззрениях»².

В плане анализа римского правообразования обратим внимание на факторы детерминации правообразовательного процесса в Древнем Риме первого из рассматриваемых периодов, который и послужит предметом настоящего историко-теоретического анализа³.

В данную историческую эпоху развития римского правопорядка *основные (внешние) объективные факторы* были представлены следующим образом. В *экономической* области в Риме преобладает система *натурального хозяйства* (каждое отдельное хозяйство производит своими силами все то, что нужно для удовлетворения собственных потребностей). Разделение труда было незначительным, поэтому условий для развития обменных отношений практически не существовало, что соответственно сказывалось и на характере права – по причине несложности экономического строя и неизвестности многих жизненных отношений, которые делаются предметом юридической регламентации в период развитого обмена. Римское право древнего периода отличает простота, тривиальность юридических конструкций. Слабое развитие внешней торговли не вызывало необходимости в использовании элементов иностранного права, а потому частное право Древнего Рима имело характер строго национальный, оно являлось продуктом чисто национального творчества и могло быть применимо только к лицам, наделенным правами римского гражданства. В силу процветания в это время *патриархальной семьи* многие правовые институты (право собственности, институт наказания и т.п.) носят семейный характер. Семья, по сути, является микроправовой системой со своим набором регулирующих норм, практикой их применения, особым типом правового сознания членов семейного коллектива.

В числе *социокультурных* предпосылок правообразования на первом месте находится *религиозный* элемент, который проникает практически во все области права. Ни одно юридически и общественно значимое действие не совершается без привлечения религиозного компонента: многие деликты носят сакральный характер; важнейшие акты гражданского права совершаются при участии жрецов и ставятся под охрану религии. Собственно сама разработка права в этот период находится в руках лиц, заведующих религиозным культом – pontifices – понтифов (понтификов), авгуров

(второй жреческой коллегии после понтификов), которые и были первыми римскими юристами (творцами права, толкователями права, субъектами, выполнявшими судебные функции). Как замечает Л. Л. Кофанов: «...в архаическом Риме авгуры были чем-то вроде высшего апелляционного суда, следователями и юрисконсультами одновременно»⁴. Существенную роль в разработке норм *ius gentium* играла жреческая коллегия фециалов⁵.

Прямое и опосредованное влияние на характер и содержание правового регулирования, начиная с древнейшего периода и практически на протяжении всего времени существования Римского государства, оказывали такие факторы, как *экологический (природный)* и *географический*. Известно, что древнейшая территория, занятая римским народом (ager Romanus) в физическом отношении является продуктом вулканических сил, почва отличается сравнительно меньшим плодородием, нежели почва остальной Италии, кроме того, для этой территории характерно было изобилие болотистых местностей, не имелось здесь и каких-либо особых минеральных богатств. Возможно, именно по этой причине ценность земельных участков в Риме стала осознаваться в сравнительном плане довольно рано. Вместе с этим возникла и потребность в четком правовом регулировании вопросов принадлежности этих участков частным лицам, что повлекло за собой расширение правовых гарантий в отношении земельных владений (possessio)⁶ и уже затем, в конце Республики, введение частной собственности на землю (Аграрный закон 111 г. до н.э.). Достаточно выгодное географическое положение для развития мореплавания на первых порах каким-либо активным образом не сказывалось, лишь впоследствии это стало дополнительной основой для процесса формирования частноправовых институтов в сфере *ius gentium*, обеспечивавших международные торговые отношения.

Демографический фактор, который связан с требованиями, вытекающими из структуры населения, необходимости его воспроизводства, процессами миграции и другими, также имел свое воздействие на римский правопорядок, однако в древнейший период это влияние не было столь заметным. Исконно римское население, проживавшее, главным образом, на этой территории, естественные процессы его воспроизводства только упрочивали национальный характер римского права. В это время набирает силу и *человеческий* фактор. В период, когда личность еще находилась под своеобразным прессом отеческой власти, правовые нормы, гарантирующие основные личностные права

и интересы, не могли получить какого-либо существенного распространения. Но по мере культурного развития народа патриархальный строй семьи начинает постепенно уступать место семейно-правовым отношениям нового типа: появляются правовые способы расторжения отеческой власти, законные способы постановки жены вне власти мужа и др.

Основные субъективные факторы, среди которых соответствующее место занимают *политико-правовой, культурно-образовательный, идейно-психологический*, с присущей им качественной составляющей воздействуют на правообразовательный процесс в древнеримском обществе. Это воздействие осуществлялось в той мере, в которой Римское государство и общество осознавали свою причастность к проблемам правового регулирования, а также в той степени, которая была допустима с точки зрения возможностей целенаправленного участия государства и граждан в решении насущных и перспективных правовых вопросов.

Политическая практика Римского государства уже в эту эпоху характеризовалась многообразием происходивших политических событий и процессов. Переход к республиканскому устройству, возникновение новых политических институтов привели к необходимости усовершенствования всей системы правового регулирования, включая частно- и публично-правовые сегменты. Эпохальным событием, во многом отразившим произошедшие политические новации, стало принятие Законов XII таблиц в 451–450 гг. до н.э.

Что касается *умственной культуры*, то в эту эпоху римлян мало интересует абстрактное научное знание, с большим предпочтением они относятся к вопросам прикладного значения: ведение календаря, землемерное искусство, а также искусство ауспиций (которые здесь наделались реальным практическим смыслом). Именно в это время возникает юридическое искусство составления юридических формуляров для разного рода актов и сделок. При этом в лоне представителей юридической профессии складывается особый (во многом отличный от «образованной» Греции) тип психологии поведения и отношения к своему делу, тип менталитета римского юриста (публичность, открытость, бескорыстность), что, безусловно, сказалось в дальнейшем на содержании римского права, идейном наполнении создаваемых юридических конструкций.

Если говорить о таких факторах правового развития, как *национальный и интернациональный* и связанных с ними категорий *правопреемство* и *рецепция*, то в контексте рассматриваемого периода преимуществен-

ным влиянием обладал, безусловно, первый фактор (не случайно, что и сам период именуется как «период национального права»). Обычаи, которые были доминирующим в это время источником права, слагались постепенно, на основе правового (или протоправового) наследия своей социальной общности, «в силу самого течения народной жизни»⁷.

Однако и такой аспект, как восприятие иностранного правового опыта, в отношении Рима этого периода игнорировать не следует: это влияние, прежде всего греческое, конечно, имело место⁸. (Достаточно вспомнить легенду о принятии Законов XII таблиц, изложенную Дионисием Галикарнасским⁹ или Помпонием в книге «Пособия»¹⁰.)

Именно в этот период стали закладываться основы *организации* правообразовательного процесса и выработки и применения правил *юридической техники*, которая обеспечивает непосредственно ход этого процесса, возможность достижения качественных результатов. И хотя юриспруденция настоящего периода не берет на себя задачи приведения права в научную систему (ее цель состоит, главным образом, в содействии его применения на практике), навыки работы с правовым материалом и фиксации его в форме закона, что демонстрирует опыт принятия Законов XII таблиц, уже существуют.

Намеченные в этот период тенденции получают развитие в последующее время, но уже в новой канве источников права, системы правообразующих факторов, иного состава субъектов правообразования – процесса, который, безусловно, требует более пристального внимания со стороны не только теоретиков, но и историков права.

¹ О видах, способах и закономерностях правообразовательного процесса см. подробнее, например: *Лукич Р.* Методология права. М., 1981. С. 216–260; *Гревцов Ю. И.* Социология права. СПб., 2001. С. 71–81; см. также: *Трофимов В. В.* Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект / под ред. Н. А. Придворова. Саратов, 2009.

² *Хвостов В. М.* История римского права. М., 1919. С. 3.

³ В основе проводимого факторного анализа используется типология и классификация, разработанная в отечественной теории права (см.: *Поленина С. В.* Социальные аспекты законодательной деятельности // Сов. государство и право. 1981. № 11. С. 3–10; *Ее же.* Законотворчество в Российской Федерации. М., 1996. С. 76–111).

⁴ *Кофанов Л. Л.* Жреческие коллегии в Раннем Риме. М., 2001. С. 98.

В литературе высказываются и определенные сомнения на предмет возможного участия данной

коллегии жрецов в столь специфической правовой деятельности, каковой является деятельность судьи (см.: Сморгачев А. М. О судебных полномочиях авгуров // Древнее право. 2007. № 20. С. 55–59).

⁵ Юридические аспекты деятельности фециалов с подробным анализом источников освещены в работе П. Каталано (см.: *Catalano P. Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino, 1965).

⁶ Впервые Нума Помпилий (по Дионисию, законы Нумы Помпилия были записаны при царе Анке Марции в VII в. до н.э.) вводит весьма жесткие санкции по защите частных земельных владений. См. об этом: *Кочанов Л. Л. Lex и Ius : возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э.* М., 2006. С. 39, 46, 86.

⁷ *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 73.

⁸ См.: *Кочанов Л. Л.* Древнегреческое право и Законы XII таблиц : проблема заимствований и влияния // Древнее право. 2002. № 1(9). С. 38–50.

⁹ См.: Дионисий Галикарнасский. Римские древности. М., 2005. Т. 3. С. 111–118.

¹⁰ *Pomp. D.1.2.2.4: Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus... (Затем, чтобы положить этому конец, государственной власти было угодно назначить децемвиров, с тем чтобы они обратились к греческим государствам за законами и на законах основали (Римское) государство ...)*

Тамбовский государственный университет имени Г. Р. Державина

Трофимов В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права

E-mail: iptgutv@mail.ru

Тел.: 8 (4752) 530-058

Tambov State University named after G.R. Derzhavin

Trofimov V. V., Candidate of Law Science, Associate Professor of the History of State and Law Department

E-mail: iptgutv@mail.ru

Tel.: 8 (4752) 530-058

ВЛИЯНИЕ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ЕВРОПЫ

Р. З. Зумбулидзе

Воронежский институт МВД России

СООТНОШЕНИЕ ОБЫЧАЯ И ЗАКОНА В РИМСКОМ ПРАВЕ И В СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИИ

Рассматриваются основные этапы становления правового обычая как источника римского права, анализируются современные проблемы соотношения обычая и закона как источников гражданского права.

К л ю ч е в ы е с л о в а : источник права, обычай, обычное право, закон, писаное право, не-писаное право.

CUSTOM AND LEGISLATION CORRELATION IN THE ROMAN LAW AND IN THE MODERN CIVIL LAW OF RUSSIA

In the present article the basic stages of formation of the legal custom as a source of the Roman law are considered and modern problems of a correlation of custom and legislation as civil law sources are analyzed.

Key words: source of law, custom, customary law, legislation, the written law, the unwritten law.

Поступила в редакцию 7 июля 2011 г.

Гражданское право России, которое основывается на частноправовых традициях и принципах, приобрело значение основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночной экономике. Присущие гражданскому праву принципы диспозитивности, юридического равенства, законодательного ограничения государственного вмешательства в частные дела, судебной защиты субъективных гражданских прав повышают его ценность в обществе. Существенным нововведением в сфере гражданско-правового регулирования является признание государством в качестве одного из источников права обычая делового оборота (ст. 5 ГК РФ)¹. Тем самым государство допустило возможность формирования гражданско-правовых норм

в децентрализованном порядке, за рамками законотворческого процесса.

Вместе с тем нельзя не признать того факта, что в современном российском гражданском праве основным источником права является нормативный правовой акт. Поэтому необходимо определить место правовых обычаев в вертикальной структуре (иерархии) источников права. Данная проблема неоднозначно разрешается в правовых системах разных государств и представляет особый научный и практический интересы.

Отметим, что в Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации прямо ставится вопрос о необходимости определения места обычая в иерархии источников гражданского права и указываются два возможных варианта:

«а) сохранить приоритет диспозитивной нормы над обычаем, что соответствует подходу, принятому в подавляющем большинстве кодексов стран бывшего СССР;

б) закрепить приоритет обычая над диспозитивной нормой права, что будет соответствовать значению, которое придано ему в международных договорах (в частности, в ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и др.), в зарубежном законодательстве и общепризнанной международной практике. В современных условиях такой подход послужит стабильности оборота. Поскольку международная практика касается только торговых обычаев, необходимо специально обсудить вопрос о том, можно ли распространить описанный подход на иные обычаи. В зависимости от решения по вопросу о приоритете обычая перед диспозитивной нормой изменить формулировку п. 2 ст. 5 и привести в соответствие с ней ст. 6, возможно, ст. 7.421 и другие ГК РФ»².

С догматической точки зрения вопрос о соотношении между законом и правовым обычаем заключается в том, являются ли они равносильными источниками права или нет. Для правильного понимания этого вопроса следует обратиться к источникам римского права.

Римские юристы недостаточно разработали учение об обычном праве, поскольку «работали больше над вопросами практического характера и меньше обращали внимания на абстрактные вопросы»³. В период расцвета классического римского права (в императорский период) обычное право, отойдя на второй план, уступило место закону. Тем не менее из дошедших до нас источников можно почерпнуть определенные установки относительно применения обычаев.

Представления о нормальном поведении римляне передавали из поколения в поколение и со временем сформировали целую систему – *mos Romanum* (римский обычай), которая существовала не только в повседневном обычном поведении римлян, но и в языковой (устной, а иногда письменной) форме. При этом сакральные порядки получали действенность благодаря сверхъестественным силам, а право было укоренено в естественном порядке вещей (*rerum natura*). Преимуществом нормативной традиции в докодификационную эпоху обеспечивалась жрецами – понтификами, которым было вверено хранение заветов предков (*mores maiorum*)⁴. Понятие *mores maiorum* относится к нормам, не закрепленным в Законах XII таблиц. Они представляли собой древние формы правового общения, и, претерпев значительные изменения в ходе интерпретации Законов

XII таблиц, стали составляющей частью *jus civile*. Со временем *mos* и *mores* утратили значение права, и перешли в разряд моральных категорий.

Примерно с I в. до н.э. особое юридическое значение приобрел термин *consuetudo*, также переводимый на русский язык как обычай. Однако этот термин применялся для обозначения обычного права как элемента нормативной реальности. *Consuetudo* становилось в один ряд с *leges* (законами, т.е. предписаниями, установленными римским народом) и *mores* в роли источника обновления *jus civile*. В качестве примера можно сослаться на высказывание римского юриста Юлиана: «Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами. Ибо если сами законы связывают нас в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то заслуженно связывает всех и то, что народ одобрил, не записав. Ибо какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путем дел и действий...» (D. 1, 3, 32, 1)⁵. Единственным специфическим признаком обычного права являлось отсутствие письменной формы его фиксации, в чем, по мнению римских юристов, не было необходимости.

В эпоху классического римского права юристы прибегали к обычному праву в поисках действующих норм. *Mores* они трактовали как самостоятельный вид позитивных норм, наряду с *consuetudo*. При этом законы и обычаи имели одинаковую юридическую силу и не противопоставлялись друг другу. Так, Гай в первой книге Институций указывал: «Все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются своим собственным правом, частью общим правом всех людей...» (Gai. 1, 1)⁶. В первой книге Институций Ульпиана формулировки *leges* и *mores* под влиянием древнегреческого права заменены на *jus ex scripto aut ex non scripto*. «Это наше право состоит или из писаного (права), или из неписаного, как у греков сказано: «из законов одни являются писаными, другие неписаными»» (D. 1, 1, 6, 1)⁷. Такое разделение воспроизведено и в Институциях Юстиниана: «Состоит же наше право или из права писаного, или неписаного, как у греков: одни законы у них записаны, другие не записаны...» (I. 1, 2, 3.). При этом в категорию неписаного права Юстиниан включил только *mores*.

В связи с изложенным важно подчеркнуть, что римляне выделяли два момента, определяющие возникновение обычно-правовых норм. Внешний момент (собственно *consuetudo*) касался однообразного применения нормы в

течение длительного периода времени. «Из неписаного явилось то право, которое создали обстоятельства. Именно продолжительные обычаи (*mores*), одобренные соглашением руководствовавшихся ими (*consensus itentium*), приравниваются к законам» (I. 1, 2, 9)⁸.

Внутреннему же моменту (*consensus*) римскими юристами придавалось разное значение. «Одни видели в нем коллективную народную волю (Ульпиан, который говорит о *tacitus consensus populi* (молчаливое согласие народа), другие – соединение отдельных волей, которые составляют народ, граждан (Гермогениан, который приравнивал нормы обычного права к *tacita civium conventia* (молчаливое соглашение граждан), третьи – неосознанное согласование взглядов или убеждений (Квинтилиан, который называл обычное право «*persuasio civitatis aut gentis*» («убеждение государств или народов»). Некоторые отождествляли понятия коллективной народной воли и объединения отдельных граждан (Юлиан, составители юстиниановских институций)»⁹.

Источники римского права указывают на то, что обычно-правовые нормы могли возникать и действовать как в пределах всего Римского государства, так и в пределах отдельных областей. Нормы обычного права имели силу закона, могли дополнять действующее писаное право, устанавливая его толкование и отменяя его действие (*desuetudo*). Хотя следует указать, что дерогаторная (отменяющая) сила не признавалась за так называемыми местными обычаями отдельных римских провинций по отношению к закону, который издавался специально для конкретной провинции.

Римскими юристами обосновывалось также требование о разумности обычая. В частности, Цельс отмечал: «То, что было введено не в силу разумного основания, но по ошибке, а затем поддерживалось путем обычая, не имеет силы в отношении сходных случаев» (D. 1, 3, 39)¹⁰. Таким образом, римское право не признавало обычая *contra rationem*.

Помимо этого установление существования обычно-правовой нормы, выяснение ее содержания и ее применение в судебном процессе являлись обязанностью суда, который рассматривал спор (по принципу «*jura novit curia*»). Однако в отношении местного обычая допускалась возможность доказывания его существования самой стороной в процессе.

В постклассический период согласно конституции императора Константина (C. 8, 52, 2) обычное право могло быть приравнено к закону, если обычай не противоречил здравому смыслу (*ratio*) или закону¹¹. Обычное право уже могло лишь восполнять пробелы законо-

дательства, постепенно вытеснялось законом и лишалось силы отменять закон. Обычно-правовые нормы и институты были заимствованы (реципированы) законодательством путем их санкционирования.

Особый интерес для нашего исследования представляет заимствование современным гражданским правом концепции соотношения правового обычая и закона, сформированной в классическом и постклассическом римском праве. В современной юридической науке с учетом опыта правового регулирования государств романо-германской системы права данная концепция нашла отражение в принятой классификации обычного права в зависимости от его соотношения с законом¹².

Во-первых, выделяют обычаи, которые выступают в дополнение к закону (*consuetudo secundum legem*). Они наиболее распространены, и их значение состоит в том, что они способствуют созданию оптимальных условий для толкования и применения существующих законов.

Римские юристы в толковании законов отдавали предпочтение обычаю, т.е. прибегали к так называемому узуальному толкованию. К примеру, Павел в первой книге «Вопросов» утверждал: «Если дело идет о толковании законов, то, прежде всего, следует выяснить, каким правом пользовалось государство ранее в случаях такого рода; ибо обычай является лучшим толкователем закона» (D. 1, 3, 37)¹³.

Практическая роль подобных обычаев состоит в том, что они способствуют созданию наиболее оптимальных условий для «лингвистического, логического» и других способов толкования («интерпретации») и применения существующих нормативных актов и содержащихся в них норм. Такого рода обычаи «не только дополняют, но и поддерживают» существующее законодательство¹⁴.

Порядок и пределы использования обычаев *secundum legem* предусматриваются в действующем законодательстве. В частности, в ст. 5 ГК РФ обычай делового оборота закреплен как субсидиарный источник гражданского права. Например, в соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 314 ГК РФ обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычая делового оборота или существа обязательства. В сфере биржевой деятельности при заключении договоров сложился обычай

немедленного исполнения договора. Причем «немедленно» толкуется как «четырнадцать календарных суток с даты заключения договора»¹⁵. При исполнении договоров международной купли-продажи товаров, если срок исполнения договора сторонами не оговорен, применяется аналогичный обычай, называемый «немедленная поставка», который толкуется таким же образом¹⁶.

Роль обычаев *secundum legem* выполняют также обычаи, сложившиеся в сфере торгового мореплавания. В качестве примера приведем положения ст. 130 и 131 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации (далее КТМ)¹⁷. Пункт 1 ст. 130 регулирует порядок установления стальной времени, продолжительность которого определяется соглашением сторон по договору морской перевозки грузов, а при отсутствии такого соглашения – обычно принятыми в порту погрузки сроками. Таким же образом определяется и продолжительность контрстальной времени (дополнительного времени ожидания) (п. 1 ст. 131 КТМ). Обычно принятые в порту погрузки сроки представляют собой не что иное, как обычаи порта. Определение сталии на основании обычаев порта представляет известную сложность, если они не зафиксированы в виде определенного свода, поэтому такое условие чаще всего включается в чартерные договоры и устанавливается двумя способами. Стороны могут договориться об определенном числе суток, дней, часов, в течение которых должна быть произведена погрузка. Так, в п. 6 типового генерального чартера «Дженкон», который считается универсальным для перевозки грузов, предусмотрено, что «груз должен быть погружен и выгружен в пределах числа непрерывных дней и часов ... в условиях благоприятной погоды, исключая воскресные и праздничные дни, если они не использованы, в противном случае использованное время засчитывается»¹⁸. Второй способ состоит в указании количества груза на судно (на люк) в соответствующих единицах измерения (тоннах, кубических метрах и т.п.), подлежащего погрузке за единицу времени – день или час. Такой порядок определения сталии предусмотрен, например, в п. 13 зернового чартера «Центрокон»¹⁹. Порядок исчисления стальной времени может быть определен и в сводах обычаев отдельных морских портов. К примеру, в ст. 6 свода обычаев ОАО «Петропавловск-Камчатский морской торговый порт» установлено, что стальное время определяется делением массы (единиц) груза, подлежащего погрузке (выгрузке), на соответствующую норму обработки с учетом группы судна²⁰.

Во-вторых, существуют обычаи, которые действуют «кроме закона» (*consuetudo praeter legem*). По мнению Р. Давида, область применения такого обычая «очень ограничена прогрессом кодификации и признанным первенством закона в демократических режимах современного политического общества»²¹.

Разумеется, кодифицированное законодательство серьезно ограничивает возможность применения *consuetudo praeter legem*, поскольку по общей традиции, сложившейся в отечественной правовой системе, неоспоримый приоритет отдается закону. Вместе с тем в определенных случаях наше законодательство допускает применение подобных обычаев. В некоторых диспозитивных нормах ГК РФ предусматривается возможность и последовательность применения обычаев, если из них вытекает иное правило, нежели то, которое установлено кодексом. Обычай *praeter legem* может применяться в тех сферах деятельности, которые практически не урегулированы действующим законодательством, например в области заключения договоров перестрахования, интернет-коммерции, электронной торговли и др.²²

Особое правило в части соотношения обычного права и закона предусмотрено в Германии. В соответствии со ст. 2 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению законом в смысле Вводного закона является любая правовая норма²³. Это означает, что правовой обычай может применяться наряду с нормой закона. Однако в отношении торговых обычаев в § 346 Германского торгового уложения предусмотрено, что они принимаются во внимание, т.е. действуют как обычаи *secundum legem*²⁴.

В-третьих, могут существовать обычаи, которые по своей природе и содержанию являются обычаями «против закона» (*consuetudo adversus* или *contra legem*). Такие обычаи – редкое и уникальное явление в современном праве, всячески ограничиваются и даже запрещаются в некоторых национальных правовых системах. По справедливому замечанию Р. Давида, эти обычаи, хотя в принципе и признаются правовой доктриной, действующей в пределах романо-германской правовой семьи, но в то же время в практическом плане весьма существенно ограничиваются. Одна из причин такого ограничения заключается в том, что ни в одной стране «суды не любят выступать против законодательной власти», пытаясь при этом применить противоречащие закону обычаи²⁵.

Обычаи *adversus legem* могут действовать в странах с полиюридическими или тради-

ционными системами права, содержащими интерперсональные нормы (мусульманское, иудейское право и др.). В них особенно сильно проявляется действие местных народных обычаев, которые в состоянии отменить силу закона. В нашей стране местное обычное право действует у народов Северного Кавказа и некоторых других народов. Возрождающиеся в настоящее время институты местного обычного права могут действовать «против закона»²⁶. Однако чаще встречаются ситуации, когда закон допускает применение национального обычая, даже если последний предусматривает правила, не совпадающие с нормой закона (например, п. 1 ст. 19 ГК РФ). Здесь обычай не отменяет правило закона в целом, напротив, закон сам допускает применение обычного правила, противоречащего норме закона, но в определенных пределах.

Некоторые авторы полагают, что обычаи «против закона» не только имеют место в российской правовой действительности, но само их существование и практическое применение не является противоправным. В частности, приводится пример использования для надлежащего оформления права владения и пользования чужим автотранспортным средством доверенности, которая по смыслу п. 1 ст. 185 ГК РФ является письменным уполномочием, выдаваемым одним лицом другому для представительства перед третьими лицами. Разумеется, в случае управления чужим автотранспортным средством правоотношение представительства отсутствует, лицо владеет и пользуется автомобилем исключительно в своих собственных, личных интересах. Очевидно, что такие отношения с формально-юридической точки зрения должны оформляться либо договором аренды транспортного средства, либо договором безвозмездного пользования транспортным средством. Однако подобного рода обычай настолько твердо укрепился в сознании граждан и правоприменительной деятельности, что, если лицо, управляющее автотранспортным средством, к примеру, предъявит сотруднику ГИБДД вместо доверенности договор аренды или ссуды, у такого лица скорее всего будут весьма серьезные проблемы. Указанный обычай не только не соответствует закону, но и является в какой-то степени неискоренимым и, вероятно, будет существовать еще долго²⁷.

В качестве общего вывода подчеркнем, что соотношение правового обычая и закона в российском гражданском праве определяется согласно положениям п. 2 ст. 5 ГК РФ, который устанавливает, что обычай делового оборота, противоречащий обязательным для

участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. Из данного положения ясно, что обычай делового оборота признается субсидиарным источником права и имеет «меньшую» юридическую силу по сравнению с законодательством и договором сторон. Если понимать законодательство согласно формулировке, данной в ст. 3 ГК РФ, то к нему должны относиться только собственно законы, а не иные нормативные правовые акты, содержащие нормы гражданского права, которые не должны противоречить закону (указы Президента, постановления Правительства и ведомственные нормативные акты).

В соответствии с п. 5 ст. 421 ГК РФ обычай делового оборота могут определять условие договора, если оно не определено сторонами или диспозитивной нормой. При этом п. 4 ст. 421 ГК РФ говорит о том, что условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами, и отсылает к ст. 422, согласно которой договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

Таким образом, обычай делового оборота и любой другой правовой обычай не должны применяться, если условия договора определяются императивными нормами. Пункт 4 ст. 421 и п. 1 ст. 422 ГК РФ определяют соответствие условий договора императивным нормам, установленным в законах или иных правовых актах, поскольку при отступлении от них договор может быть признан недействительным на основании ст. 168 ГК. Но данные положения неприменимы к диспозитивным (восполнительным) нормам, которые действуют постольку, поскольку договором не предусмотрено иное. В отношении диспозитивных норм, по нашему мнению, важно определить, о правилах какого уровня должна идти речь и может ли обычай иметь приоритет над такой нормой? Мы полагаем, что условия гражданско-правовых договоров должны определяться, в основном, диспозитивными нормами федеральных законов. Этот вывод соответствует ст. 71 Конституции РФ²⁸ и п. 1 и 2 ст. 3 ГК РФ. Подзаконные же акты, нормы которых могут регулировать гражданские отношения, в основном имеют также императивный характер. При этом по смыслу ст. 2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует гражданско-правовые имущественные отношения. А к имущественным отношениям,

основанным на административном или ином властном подчинении, гражданское законодательство по общему правилу не применяется (п. 3 ст. 2 ГК).

Кроме того, мы считаем, что диспозитивная норма закона не во всех случаях может иметь приоритет над нормой обычая. В ситуациях, когда норма обычая призвана восполнить пробел, образовавшийся в результате неурегулированности того или иного условия в договоре, диспозитивная норма, разумеется, должна иметь приоритет, т.е. обычай должен применяться тогда, когда условие договора невозможно определить из содержания диспозитивной нормы (п. 5 ст. 421).

Однако ГК РФ предусмотрел случаи, в которых обычаи делового оборота, наряду с нормами законов и иных правовых актов, условий договора, могут устанавливать «иное» в отличие от правила диспозитивной нормы ГК РФ. Например, в соответствии с п. 2 ст. 459 ГК РФ риск случайной гибели или случайного повреждения товара, проданного во время его нахождения в пути, переходит на покупателя с момента заключения договора купли-продажи, если иное не предусмотрено договором или обычаями делового оборота²⁹. В данном случае совершенно очевидно, что норма обычая должна приниматься во внимание после условий договора, но перед диспозитивной нормой ГК.

Полагаем, что правовой обычай по общему правилу должен иметь приоритет над подзаконными актами, содержащими нормы гражданского права. Такое положение соответствует основному принципу гражданского права – принципу диспозитивности. Для преимущественного применения иных нормативных правовых актов в ГК РФ должны быть сделаны четкие оговорки, устанавливающие последовательность применения этих актов и обычаев. При этом преимущественное применение должно касаться нормативных правовых актов, содержащих императивные нормы, обязательные для участников гражданско-правовых отношений. Подзаконные нормативные правовые акты, содержащие диспозитивные нормы, по нашему мнению, могут иметь приоритет над правилами обычаев при регулировании отношений, вытекающих из конкретных гражданско-правовых договоров, только в том случае, если в договоре содержится прямая отсылка к этим актам.

21 октября 1994 г. (в ред. Федерального закона Российской Федерации от 27 июля 2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301 ; 2010. № 31. Ст. 4163.

² Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 3. С. 2–13.

³ Добров А. С. Формирование права без законодателя : очерки по теории источников права. Часть первая. Обычное право // Вестник гражданского права. 2010. № 2. С. 182.

⁴ См.: Дождев Д. В. Римское частное право : учебник для юридических вузов и факультетов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М., 2000. С. 83–85.

⁵ Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002. Т. 1. С. 113.

⁶ Памятники римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 17.

⁷ Дигесты Юстиниана. С. 85.

⁸ Памятники римского права : институции Юстиниана / под ред. Л. Л. Кофанова и В. А. Томсинова. М., 1998. С. 19–21.

⁹ Добров А. С. Указ. соч. С. 183–184.

¹⁰ Дигесты Юстиниана. С. 115.

¹¹ См.: Барон Ю. Система римского гражданского права / пер. с нем. Л. И. Петражицкого. М., 1898. Вып. 1, кн. 1: Общая часть. С. 18.

¹² См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 94–95 ; Марченко М. Н. Правовые системы современного мира : учеб. пособие. М., 2001. С. 97–100.

¹³ Дигесты Юстиниана. С. 115.

¹⁴ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть : учебник для юридических вузов. М., 2001. С. 335–336.

¹⁵ См.: Правила биржевой торговли на Калашниковской хлебной бирже в г. Санкт-Петербурге // Вормс А. Э. Источники торгового права за исключением морского права. М., 1914. С. 376–377.

¹⁶ См.: Томсинов В. А. Внешнеторговые сделки : практические рекомендации по составлению контрактов. М., 1994. С. 57.

¹⁷ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации : [принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 31 марта 1999 г. (в ред. Федерального закона Российской Федерации от 22 ноября 2010 г.)] // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 18. Ст. 2207 ; 2010. № 48. Ст. 6242.

¹⁸ Проформы чартеров. Дженкон. Часть II. URL: <http://www.inservice.ru> (дата обращения: 02.02.2011).

¹⁹ Проформы чартеров. Центрокон. URL: <http://www.inservice.ru> (дата обращения: 02.02.2011).

²⁰ Свод обычаев ОАО «Петропавловск-Камчатский морской торговый порт». URL: <http://www.wood.ru> (дата обращения: 02.02.2011).

²¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 94.

²² См., например: Свод обычаев делового оборота российского перестраховочного рынка. URL: <http://www.allinsurance.ru> (дата обращения:

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая : [принята Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации

18.02.2011); Свод стандартных положений договора об общих условиях факультативного перестрахования (ретроцессии). URL: <http://www.allinsurance.ru> (дата обращения: 18.02.2011); Рекомендации по организации деятельности лиц в сфере интернет-коммерции в Российской Федерации. URL: <http://www.duma.gov.ru> (дата обращения: 18.02.2011).

²³ См.: Германское право : пер. с нем. М., 1996. Ч. I : Гражданское уложение. С. 501.

²⁴ См.: Там же. Ч. II : Торговое уложение и другие законы. С. 129.

²⁵ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 95.

²⁶ См.: Бабич И. Механизм формирования правового плюрализма в Северной Осетии : история и современность. URL: <http://www.newspaper.ru/babich> (дата обращения: 21.01.2011).

²⁷ См.: Мыскин А. В. Обычай, противоречащий закону : миф или реальность? // Юрист. 2009. № 3. С. 7.

²⁸ Конституция Российской Федерации : [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г.)] // Рос. газ. 1993. 25 дек. ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

²⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая : [принята Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 22 декабря 1995 г. (в ред. Федерального закона Российской Федерации от 8 мая 2010 г.)] // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 5. Ст. 410 ; 2010. № 19. Ст. 2291.

Воронежский институт МВД России

Зумбулидзе Р. З., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского, трудового и финансового права

E-mail: law@val.vrn.ru

Тел.: 8 (473) 231-26-51

Voronezh Institute of the Ministry of the Internal Affairs of Russia

Zumbulidze R. Z., Candidate of Law Science, Associate Professor of the Civil, Labour and Financial Law Department

E-mail: law@val.vrn.ru

Tel.: 8 (473) 231-26-51

С. А. Сулейманова

Дагестанский государственный университет

ВРЕМЕННЫЕ ПРЕДЕЛЫ ГРАЖДАНСКОЙ ПРАВОСПОСОБНОСТИ ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА

Анализируется вопрос о времени возникновения и прекращения как правоспособности в целом, так и ее отдельных элементов; обосновывается влияние возраста на некоторые элементы содержания правоспособности.

Ключевые слова: правоспособность, дееспособность, физическое лицо, несовершеннолетний, реализация права.

TEMPORAL LIMITS OF NATURAL PERSONS CAPACITY

In the article a question of the time of appearance and curtailment both the capacity general and its separate elements is analyzed. The influence of age to some elements of the content of capacity is based.

Key words: capacity, capability, natural person, minor, the realization of right.

Поступила в редакцию 16 июня 2011 г.

Для защиты правоспособности и возникающих на ее основе субъективных прав граждан (физических лиц) необходимо точно установить момент возникновения и прекращения правоспособности. Достаточно четкий ответ на вопрос о моменте возникновения правоспособности граждан дается в п. 2 ст. 17 ГК РФ, в соответствии с которым правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается смертью.

Однако данная формулировка представляется недостаточно определенной. В частности, требует пояснения «момент рождения» и «момент смерти». Правоспособность может быть признана за человеком только с начала его жизни. Здесь требуется уточнение. Жизнь человека начинается с его зачатия, но, пока человек не родился, у него нет жизни независимой от жизни его матери. Поэтому по традиции, восходящей к римскому праву, правоспособность в принципе начинается с рождения человека.

Очевидно, предварительным условием признания физического лица является его фактическое существование. Для того чтобы лицо стало существующим, достаточно, чтобы оно было произведено на свет живым, пускай даже его жизнь продолжается всего одно мгновение.

С последнего периода Римской республики индивидуум считался рожденным в момент своего отделения от матери, происшедшего естественным образом или вызванного хирургическим

вмешательством. Для доказательства наличия жизни сабинианцы считали достаточным, чтобы новорожденный подал, какой бы то ни было признак жизни, в то время как прокулианцы требовали, чтобы новорожденный закричал. Мертворожденный рассматривался как не существовавший вовсе.

Для признания наличия субъекта требовалось, чтобы он родился; зачатый (*conceptus*) также не был совершенно изъят из поля зрения юриспруденции. Были случаи (например, с лицом, которое должно появиться на свет, связывались определенные ожидания по наследству), когда он рассматривался как уже родившийся и ему назначался попечитель, чьи права были аналогичны правам опекуна¹.

Для сохранения в пользу зародыша определенных прав римляне прибегали к фикции, что зародыш уже человек. Но эта фикция ограничивалась теми целями, которыми она была вызвана, и применялась только в том случае, если зародыш рождался живым и становился субъектом права².

В. В. Ефимов в связи с этим писал, что пока дитя в утробе, правоспособность признавалась за ним под условием рождения. В зависимости от этого он подразделял правоспособность от зачатия – условная, от рождения – безусловная³. Аналогичной позиции придерживались и некоторые другие цивилисты⁴.

При этом указывалось, что это состояние «не есть решительное, определяющее, а только выжидательное, и если ожидания не приведут к цели, то вполне безразличное для права»⁵.

Законодательство различных стран, связывая возникновение правоспособности с рождением человека, по-разному определяет сам момент рождения. Например, в силу § 1 ГГУ правоспособность человека возникает «с окончания рождения». Как отметил Л. Эннекерус, «правоспособность человека возникает (как и по общегерманскому праву) «с окончанием рождения» (§ 1). Поэтому ребенок в чреве матери еще не является лицом. Если ребенок не родился живым, то он никогда не был субъектом права. Однако на случай рождения ребенка уже во время беременности его матери принимаются меры к охранению его интересов. В этом отношении общегерманское право устанавливает правило: «nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur (зародыш приравнивается к уже родившемуся ребенку, поскольку вопрос стоит о его выгодах)»⁶. В соответствии со ст. 29 ГК Испании гражданская правоспособность физического лица возникает с момента рождения. Зачатый ребенок в целях охраны его прав рассматривается как рожденный, если он имеет человеческое тело и проживет 24 часа с момента отделения от материнского организма⁷. Французское законодательство также предполагает, что недостаточно самого факта рождения человека живым. Он становится правоспособным только при условии рождения его жизнеспособным, т.е. при условии рождения в состоянии, необходимом для того, чтобы он мог жить. Доказывать жизнеспособность можно любым способом, в частности свидетельскими показаниями или заключениями экспертов⁸.

Момент рождения ребенка определяется в соответствии с данными медицинской науки. В соответствии с приказом Минздрава РФ № 318 от 4 декабря 1992 г. медицина руководствуется следующими критериями живорожденности: наличием сердечных сокращений, дыхания, пульсацией пуповины, произвольным движением мускулатуры плода. Причем если отсутствует хотя бы один из этих признаков, ребенок считается неродившимся (мертвым). Таким образом, отсутствие хотя бы одного из указанных признаков не позволяет говорить о том, что появился субъект права, обладающий правоспособностью. В Российской Федерации с января 1993 г. младенец весом 500 г. официально признается ребенком (субъектом права), подлежит реанимации и выхаживанию. До указанного времени новорожденный с таким весом назывался плодом и не имел, по сути, права на жизнь. Он мог быть признан ребенком, лишь появившись на свет на 28-й неделе беременности, весом не менее 1 кг. Между тем на Западе выхаживают малышом весом чуть

более 300 г⁹. С точки зрения права не имеет значения, был ли ребенок жизнеспособным: сам факт появления его на свет живым означает, что у него возникла правоспособность¹⁰.

В некоторых случаях закон предусматривает охрану прав и интересов еще не родившегося ребенка, т.е. будущего субъекта права. Факт развития ребенка с момента зачатия до рождения не безразличен для юридической науки. Не исключается необходимость установления правовой охраны прав и интересов зачатого ребенка.

Не существует ни социально-экономических, ни моральных, ни иных оснований для различного наделяния правом на наследство, пенсию, возмещение вреда по случаю потери кормильца в зависимости от того, родился ли ребенок при жизни своего отца или через несколько месяцев, недель, дней, а то и часов после его смерти (в отдельных исключительных случаях ребенок рождается даже через несколько минут после наступления смерти своей матери, например погибшей в результате катастрофы транспортного средства).

Проблема охраны интересов зачатого ребенка возникла еще в римском праве. Несмотря на то, что зачатый ребенок не рассматривался как существующий человек, способный приобретать права и обязанности, возникла идея о приравнивании его к субъекту гражданского права при условии, если он родился живым. В римском праве зачатый ребенок признавался условно правоспособным в тех случаях, когда это соответствовало его интересам (например, в Законах XII таблиц будущий ребенок рассматривался как способный наследовать с момента зачатия).

В п. 1 ст. 1116 ГК РФ прямо указывается, что к наследованию могут призываться дети, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Но это не должно означать, что зачатый, но не родившийся ребенок признается правоспособным. До рождения нельзя говорить о возникновении субъективного права. Законодатель лишь гарантирует права будущего субъекта при условии его рождения живым в связи с имевшим место до его рождения юридическим фактом (открытием наследства, причинением вреда и т.п.).

Для раскрытия содержания нормы, закрепленной в п. 2 ст. 17 ГК РФ, важно выяснить, понимается ли под возникновением правоспособности только возникновение способности к правообладанию вообще или также способности к обладанию конкретными субъективными правами и обязанностями. Как правильно отметил Я. Р. Веберс, «поскольку правоспособ-

ность означает не только способность гражданина иметь права и обязанности вообще, но и права и обязанности определенного вида, то возникновение правоспособности можно понимать и как возникновение ее вообще, и как возникновение отдельных элементов ее содержания»¹¹.

В связи с этим представляется противоречивой точка зрения Г. Ш. Черновой, которая утверждает, что гражданское законодательство (ст. 17 ГК РФ) предусматривает лишь возникновение правоспособности вообще¹². Наряду с этим она признает, что и в области гражданского права ряд элементов содержания правоспособности возникает только по достижении определенного возраста. В результате остается неясным, каково содержание «правоспособности вообще» и как следует квалифицировать случаи, когда у лица отсутствует часть правоспособности.

Формулировка ст. 17 ГК РФ предполагает единство правоспособности. Тем не менее представляется необходимым определить, возникают ли все элементы содержания правоспособности, предусмотренные законом, с рождением человека, т.е. одновременно.

В литературе неоднократно отмечался тот факт, что не все элементы содержания правоспособности у граждан возникают одновременно (Я.Р. Веберс, О. С. Иоффе, С. М. Корнеев и др.). Более того, в течение всей своей жизни гражданин может и не обладать отдельными элементами правоспособности. Но это не может рассматриваться как нарушение принципа равенства правоспособности.

Некоторые элементы содержания правоспособности возникают по достижении определенного возраста (право вступления в кооператив и др.). Следовательно, вопреки широко распространенному мнению сам факт рождения человека не означает, что у новорожденного возникла правоспособность в полном объеме.

Поэтому следует согласиться с мнением Я. Р. Веберса, считающего, что наличие определенного возраста является фактом, влияющим не только на дееспособность, но и на правоспособность. В отношении отдельных элементов содержания правоспособности не исключается возможность одновременного возникновения как дееспособности, так и правоспособности¹³.

Таким образом, существующее в литературе мнение, согласно которому правоспособность возникает в момент рождения¹⁴, хотя и опирается на формулировку п. 2 ст. 17 ГК РФ, тем не менее, на наш взгляд, не отражает в полной мере специфики содержания гражданской правоспособности.

Правоспособность гражданина в принципе действительно возникает в момент рождения. Но нельзя не учитывать, что отдельные элементы содержания правоспособности могут возникнуть лишь при достижении определенного возраста. Законодатель прямо не указывает на наличие таких элементов содержания правоспособности. Но установить их наличие можно, исходя из природы и назначения, конкретных прав и обязанностей.

В обоснование сказанного обратимся к анализу норм гражданского законодательства, относящихся к правоспособности граждан (физических лиц).

В соответствии с п. 2 ст. 35 ГК РФ опекунами и попечителями могут назначаться только совершеннолетние дееспособные граждане. Таким образом, граждане, не достигшие совершеннолетия, не могут обладать правами опекунов и попечителей, т.е. они не имеют данного элемента гражданской правоспособности.

Из содержания ст. 182 ГК РФ следует, что иметь права и обязанности представителя может только гражданин, обладающий дееспособностью в полном объеме. В соответствии со ст. 63 ТК РФ заключение трудового договора допускается с лицами, достигшими возраста шестнадцати лет. В случаях получения общего образования либо продолжения освоения основной общеобразовательной программы общего образования по иной, чем очная, форме обучения, либо оставления в соответствии с федеральным законом общеобразовательного учреждения трудовой договор могут заключить лица, достигшие возраста пятнадцати лет для выполнения легкого труда, не причиняющего вреда их здоровью. С согласия одного из родителей (попечителя) и органа опеки и попечительства трудовой договор может быть заключен с учащимся, достигшим возраста четырнадцати лет, для выполнения в свободное от учебы время легкого труда, не причиняющего вреда его здоровью и не нарушающего процесса обучения. Соответственно, в исключительных случаях представителем согласно ст. 63 ТК РФ может быть частично дееспособный гражданин, с 14, 15 или 16 лет выполняющий функции представителя по трудовому договору. Следовательно, способность быть представителем признается не за всеми гражданами.

Во всех этих случаях права и обязанности представителей могут иметь только лица, достигшие определенного возраста. До достижения такого возраста правом выступать в качестве представителей они не обладают.

Завещательная способность как элемент содержания правоспособности возникает одно-

временно с соответствующей дееспособностью гражданина и поэтому ею нельзя обладать с момента рождения¹⁵. Реализация этой правовой возможности связывается с истечением периода времени, необходимого для формирования социально зрелой личности, способной действовать самостоятельно.

Завещание является одним из способов распоряжения принадлежащим лицу имуществом. Собственник, распоряжающийся материальными благами путем завещания, должен быть полностью дееспособным¹⁶. В литературе высказывается мнение, что в определенных случаях допускаются и завещания частично дееспособных, достигших 14 лет¹⁷. Сторонники этой позиции совершенно справедливо считают, что из анализа п. 2 ст. 26 ГК РФ, предоставляющего несовершеннолетним право распоряжаться своим заработком, стипендией и иными доходами, следует сделать вывод о том, что понятие «право завещать» входит в понятие «распоряжаться», т.е. в отношении указанного имущества несовершеннолетние обладают завещательной правоспособностью.

В ч. 3 ГК РФ предлагается следующее решение: завещание может быть совершено гражданином, обладающим в момент его совершения дееспособностью в полном объеме (п. 2 ст. 1118 ГК РФ). В связи с этим возникает противоречивая ситуация, когда, с одной стороны, предусматривается возможность несовершеннолетнего от 14 до 18 лет распоряжаться своим заработком, стипендией и иными доходами (п. 2 ст. 26 ГК РФ), а с другой – возможность распоряжаться этими средствами путем завещания предоставляется только гражданам, обладающим дееспособностью в полном объеме (п. 2 ст. 1118 ГК РФ).

Завещательная способность как элемент содержания правоспособности, как способность иметь субъективное право *завещать* не имеет реального значения, если осуществить это субъективное право можно, лишь обладая полной дееспособностью. Следовательно, несовершеннолетний, достигший 14 лет, имеющий в собственности имущество, приобретенное в результате распоряжения своим заработком, стипендией и иными доходами, не может завещать его не обладая полной дееспособностью.

В Российской Федерации законодательно признано право граждан на занятие предпринимательской деятельностью, на организацию юридических лиц. Эти элементы правоспособности предоставляют гражданину возможность активно участвовать в гражданском обороте и являются гарантией стабильности этих возможностей. Каждый гражданин в соответствии с Конституцией РФ и ст. 18 ГК РФ

имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для осуществления любой не запрещенной законом экономической деятельности.

В ГК РФ (абз. 3 п.1 ст. 2) дается определение предпринимательской деятельности. По сути, в данном определении раскрывается экономическая сущность предпринимательской деятельности. Здесь можно говорить об объекте правового регулирования, а не о юридической категории. В названной норме предусмотрено, что предпринимательской признается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. В данном определении существенное значение для понимания гражданской правоспособности имеют два момента: во-первых, предпринимательской является самостоятельная деятельность; во-вторых, такая деятельность осуществляется на свой риск.

Следовательно, предпринимательская деятельность осуществляется гражданином лично. Она может осуществляться гражданином без образования юридического лица – индивидуально. Вряд ли необходимо доказывать, что способность к осуществлению предпринимательской деятельности не может возникнуть у человека в момент рождения, она формируется постепенно, с возрастом. Кроме сформировавшейся самостоятельной позиции необходимо некое экономическое обособление субъекта, которое позволило бы ему полнее реализовать свои замыслы в данной сфере.

В ст. 23 ГК РФ нет указаний на возраст, достижение которого необходимо для того, чтобы гражданин приобрел право заниматься индивидуальной предпринимательской деятельностью. Однако из определения данного вида деятельности можно сделать вывод, что гражданин может заниматься ею по достижении 18 лет, т.е. возраста, установленного ГК РФ (п. 1 ст. 21), либо при вступлении в брак до 18 лет (п. 2 ст. 21) – со времени вступления в брак, либо в случае эмансипации, предусмотренной ст. 27, – достижением 16 лет.

Объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация) возможно только при достижении гражданином 16-летнего возраста. Кроме того, необходимо наличие второго признака – работа по трудовому договору (контракту) или занятие с согласия законных представителей предпринимательской деятельностью. Следовательно, до достижения

как минимум 14 лет несовершеннолетний не может заниматься предпринимательской деятельностью, т.е. такой элемент правоспособности у него отсутствует.

Вопрос о способности создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами является также весьма существенным при анализе проблемы правоспособности. Создавая юридические лица или участвуя в них, граждане реализуют возможность заниматься определенной деятельностью (коммерческой, благотворительной, просветительской и др.). Эта деятельность может быть связана с объединением определенного круга лиц со схожими интересами, с объединением капиталом и т.п. Способность учреждать юридические лица и стать участником того или иного юридического лица, как правило, возникает у физического лица по достижении определенного возраста и при наличии нужного объема дееспособности.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 26 ГК РФ по достижении 16 лет несовершеннолетние вправе быть членами кооперативов. Способность обладать правом членства в некоторых организациях, в частности в производственных кооперативах, предполагает личное участие гражданина в совместной производственной или иной хозяйственной деятельности кооператива. Согласно п. 2 ст. 8 Федерального закона «О производственных кооперативах» от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ член кооператива обязан участвовать в деятельности кооператива личным трудом либо путем внесения дополнительного паевого взноса¹⁸. Ясно, что указанный элемент правоспособности до достижения 16 лет не возникает.

Законодатель не указывает возраст, с достижением которого гражданин может стать участником хозяйственных товариществ. Однако правовой статус полных товарищей (необходимость заниматься предпринимательской деятельностью от имени товарищества и нести дополнительную ответственность своим имуществом) дает основание признать, что эти лица должны достичь возраста 14 лет и в связи с этим приобрести данный элемент правоспособности, а также обладать соответствующим возрасту объемом дееспособности.

Закон «Об общественных объединениях»¹⁹ предъявляет различные возрастные требования к учреждениям, членам и участникам общественных объединений. Так, в соответствии со ст. 19 указанного Закона учредителями, членами и участниками общественных объединений могут быть граждане, достигшие 18 лет; членами и участниками молодежных

общественных объединений могут быть граждане, достигшие 14 лет, а членами и участниками детских общественных объединений – граждане, достигшие 8 лет. Следовательно, в качестве учредителей выступают только совершеннолетние граждане, а в качестве членов и участников – граждане, достигшие как минимум 8-летнего возраста.

Учреждение юридического лица гражданином (либо несколькими лицами) связано с передачей принадлежащего собственнику имущества вновь создаваемому субъекту гражданских правоотношений (за исключением учреждений, которые только финансируются собственником). Для совершения таких действий необходимо обладание и правоспособностью, и дееспособностью, причем эти качества субъекта права возникают в данном случае одновременно.

Учреждение юридического лица любой организационно-правовой формы представляет собой действие личного характера, и поэтому совершенно справедливо отстранение несовершеннолетних от возможности выступать в качестве учредителей юридических лиц²⁰.

В юридической литературе понимание способности к деликтной ответственности как элемента содержания гражданской правоспособности нередко игнорируется. Причем она трактуется только как вид дееспособности²¹. Так, К. Б. Ярошенко считает, что для того чтобы внести гражданскую ответственность необходимо обладать гражданской дееспособностью, которая предполагает способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их. Таким образом, дееспособность – это возможность совершать сделки (сделкоспособность) и способность нести ответственность за свои действия (деликтоспособность)²². При этом не учитывается, что способность нести ответственность за гражданско-правовой деликт предполагает одновременное наличие как правоспособности, так и дееспособности. Как писал Ю. С. Гамбаров, «отношение между право- и дееспособностью то же, что и отношение между правом и его отправлением, так как первое выражает пассивное, а второе – активное состояние субъекта права»²³. Этот вывод следует из ст. 26, 28, 29 ГК РФ.

Содержание правоспособности согласно п. 1 ст. 17 ГК РФ включает как способность иметь права, так и способность нести обязанности. Однако способность граждан нести самостоятельно имущественную ответственность по сделкам, совершенным ими, и за причиненный ими вред возникает только при достижении

14 лет (ст. 26). Имущественную ответственность по сделкам малолетнего, в том числе по сделкам, совершенным им самостоятельно, несут его родители, усыновители или опекуны, если не докажут, что обязательство было нарушено не по их вине. Эти лица в соответствии с законом отвечают также за вред, причиненный малолетним (ст. 28).

Следует согласиться с Я. Р. Веберсом, который указывает, что данный элемент содержания правоспособности (способность быть субъектом деликтной ответственности) возникает лишь по достижении определенного возраста²⁴.

Самостоятельная деликтная ответственность предполагается и в случае, когда несовершеннолетний занимается предпринимательской деятельностью. Поскольку эта деятельность осуществляется на свой риск, было бы нелогичным возложение субсидиарной ответственности на законных представителей. Кроме того, несовершеннолетний, участвующий в деятельности некоторых юридических лиц (например, в производственном кооперативе), сам становится субъектом субсидиарной ответственности по обязательствам данного юридического лица.

Предпринимательская деятельность гражданина и участие его в деятельности юридических лиц обусловлены достижением определенного возраста (14 или 16 лет). Следовательно, и его самостоятельная гражданско-правовая ответственность обусловлена этими факторами.

Рассмотренные выше положения гражданского законодательства дают основания для вывода о том, что отдельные элементы содержания гражданской правоспособности возникают не в момент рождения человека, а по достижении им определенного возраста и при наличии у него соответствующего объема дееспособности. Таким образом, следует признать, что существует не только частичная дееспособность, но и частичная правоспособность граждан.

Несмотря на отсутствие в ГК РФ прямого указания о существовании частичной правоспособности граждан, данная категория объективно существует, она вытекает из содержания ряда норм закона и ни в коей мере не противоречит ГК РФ.

Частичная правоспособность характерна главным образом для несовершеннолетних граждан и предполагает одновременное возникновение отдельных элементов содержания правоспособности и дееспособности. Частичную правоспособность как категорию гражданского права можно определить следующим образом: *частичная правоспособность означает*

способность несовершеннолетних граждан иметь некоторые гражданские права и нести обязанности не с момента рождения, а с достижением установленного законом возраста.

Представляется, что такое положение должно быть закреплено в ГК РФ, что содействовало бы более точному его пониманию и применению. Дополнение ГК РФ подобной нормой означало бы устранение явного и ничем не оправданного противоречия. С одной стороны, в ст. 17 провозглашается, что гражданская правоспособность признается в равной мере за всеми гражданами, а с другой – в ряде норм предусматривает, что некоторые гражданские права могут принадлежать несовершеннолетним только по достижении определенного возраста. Указанное противоречие отражает объективно существующую реальность, которая должна получить прямое закрепление в ГК РФ путем признания частичной правоспособности.

Признание частичной правоспособности не означает отрицания или умаления принципа равенства правоспособности.

Принцип равной гражданской правоспособности был провозглашен в эпоху буржуазной революции. В этот период капиталистический способ производства требовал устранения феодальных преград и предоставления свободы рабочему продавать свою рабочую силу, а предпринимателю ее покупать. Провозглашение указанного принципа во Франции было весьма прогрессивным явлением²⁵. В дальнейшем названный принцип занял достойное место и в законодательстве других стран, в том числе и в России. Так, он был предусмотрен в ст. 4 ГК 1922 г., в ст. 9 ГК 1964 г. и в настоящее время закреплен в ст. 17 ГК РФ.

Анализируя юридическое содержание правоспособности, О. С. Иоффе слишком уверенно, без достаточного анализа утверждает, что правоспособность принадлежит всем и каждому, оставаясь равной и неизменной как по объему, так и по содержанию²⁶, при этом он указывает, что неравенство существует лишь в сфере обладания конкретными субъективными правами. На наш взгляд, такое утверждение не соответствует действующему законодательству. Как было показано, неравенство существует и в объеме, и в содержании правоспособности.

Отсутствие отдельных элементов в содержании правоспособности несовершеннолетних граждан, зависимость объема правоспособности от возраста или дееспособности либо невозможность обладать отдельными правами и обязанностями нельзя квалифицировать как нарушение принципа равноправия и равной

правоспособности граждан. Как убедительно указал С. Н. Братусь, «равенство правоспособности и равенство субъективных гражданских прав, возникающих на ее основе у граждан, не одно и то же. С точки зрения их объема, конкретного содержания они не равны или не обязательно равны»²⁷.

Объем и содержание конкретных субъективных прав граждан обусловлены фактическими возможностями, которые определяются их заработком, разнообразием потребностей, вкусом и т.д. Но конкретные субъективные права не могут служить критерием для суждения о равноправии. Применительно к правоспособности речь идет о невозможности обладать некоторыми правами, которая в одинаковой мере распространяется на всех граждан, и следовательно, принцип равенства правоспособности не нарушается, не терпит исключений²⁸. Равенство правоспособности понимается как ее принадлежность в равной мере соответствующим категориям людей. Следовательно, все дети в возрасте от 14 до 18 лет имеют одинаковую правоспособность, равным образом и дети до 14 лет обладают равной правоспособностью. Одинаковой по содержанию является и правоспособность совершеннолетних граждан.

Как возникновение отдельных элементов содержания гражданской правоспособности зависит от достижения определенного возраста, так и прекращение отдельных элементов правоспособности зависит от этого. Отдельные элементы правоспособности могут прекращаться по достижении возраста, указанного в законе. Так, в соответствии с п. 2 ст. 1088 ГК РФ достижение несовершеннолетним 18 лет, а учащимся – 23 лет прекращает возможность иметь право требования возмещения вреда, причиненного потерей кормильца. В соответствии с п. 1 ст. 54 Семейного кодекса ребенком признается лицо, не достигшее 18 лет (совершеннолетия). Следовательно, с достижением 18-летнего возраста прекращается так называемый комплекс «прав ребенка», предусмотренный главой второй Семейного кодекса. Прекращаются отдельные элементы правоспособности и с наступлением в жизни лица иных обстоятельств. Согласно п. 1 ст. 71 Семейного кодекса родители, лишены родительских прав, теряют все права, основанные на факте родства с ребенком, в отношении которого они были лишены родительских прав, в том числе право на получение от него содержания, а также право на льготы и государственные пособия, установленные для граждан, имеющих детей. Наступление обстоятельств, указанных в абзацах 2–9 п. 1 ст. 127 Семейного кодекса

лишает этих лиц возможности выступать в роли усыновителей.

Правоспособность гражданина в целом прекращается смертью (п. 2 ст. 17 ГК РФ). Пока человек жив, он правоспособен, независимо от состояния здоровья. До момента смерти гражданин способен иметь предусмотренные в гражданском законодательстве права и обязанности.

Смерть гражданина является важным юридическим фактом, поскольку влечет за собой прекращение правоспособности. Факт смерти влечет безусловное прекращение правоспособности, т.е. прекращение существования гражданина как субъекта права²⁹.

Смерть прекращает участие гражданина во всех правоотношениях, в которых он состоял к этому моменту. Она влечет за собой прекращение тех правоотношений, которые связаны с личностью гражданина. Таким образом, факт смерти характеризует прекращение гражданского состояния человека и поэтому должен быть зафиксирован в книгах регистрации актов гражданского состояния. Однако правоспособность прекращается в момент смерти независимо от регистрации ее как акта гражданского состояния.

С определением момента смерти связано множество правовых и медицинских вопросов, в частности возможность изъятия органов для трансплантации, и ряд других³⁰.

Медицина различает два состояния смерти:

- 1) состояние клинической смерти, когда есть возможность реанимации;
- 2) состояние биологической смерти, когда начинаются необратимые процессы в организме человека. Лишь с моментом наступления биологической смерти, при которой возврат человека к жизни исключен, закон связывает прекращение правоспособности.

Как правильно отмечает М. В. Кротов³¹, в противном случае следовало бы признать, что, если после наступления клинической смерти гражданин был реанимирован, его правоспособность, прекратившись на какое-то время, возникает вновь. Прекращение правоспособности связано только с биологической смертью, т.е. с достоверным фактом, установленным в соответствии с медицинскими критериями. Поэтому, как неоднократно указывалось в литературе³², презумпция смерти физического лица (объявление умершим) не влияет на его правоспособность. Эта презумпция теряет свою силу, как только обнаруживается, что гражданин фактически жив. Правоспособность возникает только один раз и прекращается также только один раз, однако возникновение и прекращение отдельных ее элементов связа-

но с достижением определенного возраста или наступлением иных юридических фактов.

Прекращение существования гражданина как субъекта права влечет одновременно открытие наследства (ст. 1114 ГК РФ). Уточнение момента смерти необходимо в наследственных правоотношениях, когда в течение одного дня наступает смерть нескольких лиц, обладающих правом наследования друг после друга. Возникновение наследственного права связано не только с фактом наступления смерти наследодателя, т.е. прекращением его правоспособности, но и с фактом нахождения в живых возможного наследника к моменту смерти наследодателя. В данном случае два понятия *день* и *момент* как бы конкурируют между собой.

Причина такой конкуренции состоит в том, что ст. 528 ГК РСФСР, определявшая время открытия наследства, употребляла слово *день*, а ст. 530 ГК РСФСР, предусматривавшая, кто может быть наследником, говорила о лицах, находящихся в живых *на момент* смерти наследодателя.

В связи с этим достаточное распространение получила концепция, согласно которой лица, умершие в пределах одного и того же дня, хотя в разное время, считаются коммориентами, т.е. лицами, умершими единовременно, и наследственное правоотношение между ними не возникает³³. Аналогичная позиция была занята судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ, указавшей: «Если супруги умерли в один и тот же день (независимо от часа смерти), они не являются наследниками друг после друга»³⁴.

Некоторые ученые высказывают противоположную точку зрения³⁵.

В римском праве решение этого вопроса зависело, во-первых, от возможности доказать, что одно лицо пережило другого³⁶; во-вторых, от презумпции, изменяющей правило о коммориентах. «В случае множественности смертей, вызванных одним событием, юристы исходили из некоторых условно принимаемых положений: родители рассматривались как умершие раньше совершеннолетних детей, но как умершие после несовершеннолетних детей»³⁷.

М. Ю. Барщевский отмечает, что при буквальном прочтении ст. 530 ГК РСФСР следует сделать вывод о ее соответствии положениям ст. 17 ГК РФ, т.е. гражданская правоспособность лица дает ему возможность стать наследником, если оно находится в живых к моменту (мгновению, часу и минуте) смерти наследодателя. Установление любого иного порядка определения круга наследников означало бы ограничение правоспособности

граждан³⁸. Разъяснение же судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда СССР частично ограничивает правоспособность широкого круга лиц, ставя ее в зависимость от «дожития» до конца календарных суток. Ограничение правоспособности в соответствии с п. 1 ст. 22 ГК РФ возможно только в порядке и в случаях, установленных законом.

Только в том случае, если нет возможности достоверно установить последовательность смерти лиц, скончавшихся в один день, их следует признавать умершими одновременно³⁹. Следовательно, если можно точно установить, что два или несколько лиц скончались в разное время в течение одного дня, то их нельзя считать умершими одновременно.

ГК РФ (часть третья) воспринял противоположную точку зрения, установив в п. 1 ст. 1114, что днем открытия наследства является день смерти гражданина. В связи с этим возникает вопрос о соотношении п. 2 ст. 17 и п. 1 ст. 1114 ГК РФ. По смыслу п. 2 ст. 17 правоспособность гражданина прекращается в *момент его смерти*, а п. 1 ст. 1114 устанавливает, что временем открытия наследства является не момент, а *день смерти* гражданина. Представляется необходимым устранить указанное несоответствие путем внесения в закон необходимых изменений, причем предпочтительнее использовать понятие *момент смерти*. Однако поскольку момент смерти не всегда возможно установить достоверно, то в данном случае следует руководствоваться понятием *день смерти*.

¹ См.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права : учебник / под ред. Д. В. Дождева. М., 2000. С. 38.

² См.: Дернбург Г. Пандекты. Общая часть. М., 1906. Т. 1. С. 132.

³ См.: Ефимов В. В. Догмы римского права. Пг., 1918. С. 46–49.

⁴ См.: Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. Изд. 6-е. Киев, 1919. С. 16–17; Азаревич Д. Система римского права. СПб., 1887. Т. 1. С. 59–62.

⁵ Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. СПб., 1902. С. 308.

⁶ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1949. Т. 1, полутом 1. С. 285–286.

⁷ См.: Зенин И. А. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., 1992. С. 40.

⁸ См.: Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. М., 1958. С. 222.

⁹ См.: Величкин А. Пятьсот граммов – тоже человек // Вечерняя Москва. 1993. 26 янв.

¹⁰ См.: Гражданское право : учебник / под ред. Е. А. Суханова. М., 1993. Т. 1. С. 59.

¹¹ Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 98.

- ¹² См.: *Чернова Г. Ш.* Некоторые вопросы гражданско-правового положения несовершеннолетних по новому гражданскому законодательству : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 14.
- ¹³ См.: *Веберс Я. Р.* Указ. соч. С. 99.
- ¹⁴ См.: *Ямпольская Ц. А.* О субъективных правах советских граждан и их гарантиях. Вопросы советского государственного права. М., 1959. С. 155–156.
- ¹⁵ См.: *Веберс Я. Р.* Указ. соч. С. 103.
- ¹⁶ См.: *Серебровский В. И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 98–99 ; *Кулагина Е. В.* Наследование по завещанию // *Гражданское право* : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 541.
- ¹⁷ См.: *Антимонов Б. С., Граве К. А.* Советское наследственное право. М., 1995. С. 148–149 ; *Барщевский М. Ю.* Наследственное право. М., 1996. С. 66 ; *Корнеев С. М.* Граждане как участники гражданских правоотношений // *Гражданское право* : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 136 ; *Булаевский Б. А.* Правовое положение несовершеннолетних по российскому гражданскому законодательству : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 20.
- ¹⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 20. Ст. 2321.
- ¹⁹ Об общественных объединениях : федер. закон от 19 мая 1995 г. (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 21. Ст. 1930 ; 1997. № 20. Ст. 2231.
- ²⁰ См.: *Булаевский Б. А.* Указ. соч. С. 25.
- ²¹ См.: *Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н.* Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. М., 1968. С. 18.
- ²² См.: *Ярошенко К. Б.* Обязательство вследствие причинения вреда // *Гражданское право России*. М., 1997. Ч. 2 : Обязательственное право. С. 661.
- ²³ *Гамбаров Ю. С.* Курс гражданского права. СПб., 1911. С. 457.
- ²⁴ См.: *Веберс Я. Р.* Указ. соч. С. 104.
- ²⁵ См.: *Гражданское и торговое право капиталистических государств* : учебник / под ред. Е. А. Васильева. М., 1993. С. 63–64.
- ²⁶ См.: *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 288.
- ²⁷ Советское гражданское право. Субъекты гражданского права / под ред. С. Н. Братуся. М., 1984. С. 23.
- ²⁸ См.: *Корнеев С. М.* Граждане как участники гражданских правоотношений. *Гражданское право* : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 119.
- ²⁹ См.: *Гражданское право* : учебник / под ред. Е. А. Суханова. Т. 1. С. 60.
- ³⁰ См.: *Гражданское право* : учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1996. Т. 1. С. 91.
- ³¹ См.: Там же. С. 92.
- ³² См.: *Дернбург Г.* Пандекты. М., 1906. Т. 1. С. 138 ; *Вагацума С., Аридзуми Т.* Гражданское право Японии. М., 1983. Кн. 1. С. 45 ; *Гражданское право* : учебник / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. М., 1997. С. 58 ; *Гражданское право* : учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Т. 1. С. 92 ; и др.
- ³³ См.: *Бондарев Н., Эйдинова Э.* Вопросы наследственного права в нотариальной практике // Советская юстиция. 1971. № 7. С. 9. См. также: *Серебровский В. И.* Избранные труды. М., 1997. С. 51–53 ; *Гражданское право* : учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Т. 3. С. 509.
- ³⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 5. С. 5–6.
- ³⁵ См.: *Веберс Я. Р.* Указ. соч. С. 183–185 ; *Барщевский М. Ю.* Указ. соч. С. 12 ; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право : в 2 ч. М., 1997. Ч. 1. С. 50 ; *Хвостов М. В.* Система римского права : учебник. М., 1996. С. 96 ; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 65.
- ³⁶ См.: *Хвостов М. В.* Указ. соч. С. 96.
- ³⁷ *Санфилиппо Ч.* Указ. соч. С. 38.
- ³⁸ См.: *Барщевский М. Ю.* Указ. соч. С. 12.
- ³⁹ См.: *Антимонов Б., Герзон С., Шлиффер Б.* Наследование и нотариат. М., 1946. С. 45 ; *Гильман Ю. М.* Совершенствование законодательства о наследовании // *Правоведение*. 1976. № 4. С. 107.

Дагестанский государственный университет

Сулейманова С. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права

E-mail: s_saltanat@mail.ru

Тел.: 8-906-480-61-85

Dagestan State University

Suleymanova S. A., Candidate of Law Science, Associate Professor of the Civil Law Department

E-mail: s_saltanat@mail.ru

Tel.: 8-906-480-61-85

А. А. Лукашевич

Центральный филиал ГОУ ВПО Российская академия правосудия
(г. Воронеж)

ЭМАНСИПАЦИЯ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Рассматривается история появления процедуры эмансипации, раскрываются современные тенденции развития процедуры признания граждан полностью дееспособными до достижения ими совершеннолетнего возраста, проводится соотношение порядка проведения процедуры эмансипации согласно законодательству Российской Федерации и законодательству европейских государств. Выявлены возникающие в процессе проведения процедуры эмансипации трудности, сформулированы предложения по совершенствованию законодательства в этой сфере.

К л ю ч е в ы е с л о в а : римское право, институт эмансипации, процедура эмансипации, несовершеннолетний гражданин, правоспособность, дееспособность, органы опеки и попечительства, законные представители, родители, усыновители и попечители.

EMANCIPATION: HISTORY AND THE PRESENT

This article considers the history of origin of the procedure of emancipation. Modern tendencies in the development of the procedure to admit citizens legally capable ever if they are under the age of maturity. The order of the procedure of emancipation under the law system of the of the Russian Federation as well as the law system of European countries is discussed. The difficulties arising wither the process of the emancipation are revealed. Some propositions to improve this legal sphere are formulated.

K e y w o r d s : roman law, the institute of emancipation procedure, legal capability, immature, person, legal capability custody and tutorial bodies, legal representatives, parents, adopted and tutors.

Поступила в редакцию 21 июля 2011 г.

Исторической родиной правового института эмансипации является Римское государство. Впервые эмансипация нашла отражение в Законах XII таблиц, названных римским историком Титом Ливием источником всего публичного и частного права, в котором упоминается о трехкратной эмансипации по отношению к сыну: «Если отец трижды продаст сына, то пусть сын будет свободен (от власти) отца»¹.

Правовое положение римских граждан отличалось весьма специфическими особенностями, одной из которых являлось нахождение детей под абсолютной властью отца. Только отец признавался самостоятельным лицом, а сыновья и дочери были лицами чужого права. Родительская власть представляется формой собственности. Согласно римским законам отец имел в отношении своих детей право жизни и смерти, мог бросить сына в темницу, избить, отправить на сельскохозяйственные работы, продать в рабство, а все приобретенное подвластным сыном в результате совершения имущественной сделки автоматически поступало

в собственность отца, но обязанным по сделке признавался он сам. В случае совершения подвластным деликта отец имел право выдать сына потерпевшему для отработки суммы причиненного ущерба.

Со временем неуклонно растущее признание человеческой личности приводит к тому, что первоначальная единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь прежней по отношению к вещам, она уже сильно меняется по отношению к детям². В частности, стало возможным выделять подвластному сыну имущество в самостоятельное управление и пользование, что позволило ему стать действительным участником гражданского оборота. В дальнейшем за подвластным было признано право собственности на имущество, полученное по наследству от матери. Не требовалось согласия отца в случае эмансипации подвластных в силу закона, а также при заключении брака. Это и многое другое привело к необходимости создания института, правила которого позволяли бы юридически оформить «новое» положение отдельных категорий римских граждан.

Формой эмансипации была тройная фиктивная продажа мужчины и одна фиктивная продажа женщины. Закон XII таблиц только по отношению к сыну упоминает о троекратной эмансипации следующими словами: если отец продает сына в кабалу три раза, то да будет сын свободен. После этого сын возвращается под власть отца. Отец повторно маниципирует его тому же или другому лицу, а этот мнимый покупатель опять его отпускает на свободу в виндикационной форме, вследствие чего сын снова возвращается под власть отца. Наконец, в третий раз отец маниципирует сына тому или другому лицу (господствовал такой обычай, что маниципируют тому же), после этой маниципации сын перестает быть под властью отца, даже если он еще не был отпущен на волю, но оставался в кабальной зависимости³.

Эмансипация могла быть проведена и в ином порядке. Освобожденным из-под отеческой власти считались дети мужского пола, если они посвящались в фламины Юпитера, дети же женского пола – если назначались Весталками (такая эмансипация называлась законной). Эмансипация совершалась: а) получением императорского рескрипта, заносившегося в протокол суда; б) заявлением домовладыки, заносившемся в протокол суда; в) фактическим предоставлением в течение продолжительного времени самостоятельного положения подвластному⁴. По Юстиниану, эмансипация наступала и тогда, когда лица чужого права достигали высокого государственного статуса патрициев, консулов, префектов преторианцев, городских префектов и т.д.⁵

Римскому праву была известна и досрочная эмансипация, которая совершалась особым разрешением императора только в виде исключения и заключалась в возможности лицам мужского пола достигать дееспособности в 12 лет, а жениться в 18-летнем возрасте.

Необходимо отметить, что римское право не знало таких правовых категорий, как правоспособность и дееспособность в современном их понимании. Однако римляне под этими понятиями подразумевали способность субъекта права самостоятельно пользоваться признанными правами и самостоятельно исполнять собственные обязанности. Объем дееспособности зависел, главным образом, от возраста, способности суждения и пола отдельных субъектов. Достижение полной дееспособности не ставилось в зависимость от наступления совершеннолетия. Совершеннолетними считались мальчики, достигшие 14 лет, а девочки – 12 лет. Однако в Риме, лица мужского пола от 7 до 14 лет, женского – от 7 до 12 лет признавались способными совершать сделки,

направленные лишь на получение выгоды, без установления обязанностей при возникновении каких-либо потерь для последних.

Лица в возрастной категории от 1 (для женщин от 12) до 25 лет вынуждены были иметь попечителя, который обязан был давать согласие на совершение сделки, связанной с уменьшением имущества. Необходимость назначения попечителя была обусловлена отсутствием жизненного опыта, знаний совершеннолетних, а также правом на возвращение к исходному состоянию из-за возраста, установленного римскими преторами, когда эти лица терпели ущерб.

Хотелось бы, чтобы отечественный законодатель также основательно и критически подходил к введению различных новых институтов, правовых категорий в современные законы и иные нормативно-правовые акты, в частности к институту эмансипации, впервые закрепленному в Гражданском кодексе РФ.

Институт эмансипации – это относительно новое явление для российского гражданского законодательства. Так, ГК РСФСР 1964 г. знал только одно основание для признания несовершеннолетнего полностью дееспособным – вступление его в брак. ГК РФ, введенным в действие с 1 января 1995 г., были добавлены следующие основания, по которым несовершеннолетний может быть объявлен полностью дееспособным: работа несовершеннолетнего лица по трудовому контракту (договору) или занятие им предпринимательской деятельностью с согласия его родителей, усыновителей или попечителей – ст. 27 ГК РФ. Суть института эмансипации заключается в том, чтобы сделать несовершеннолетних независимыми от своих родителей, усыновителей или попечителей при распоряжении денежными средствами, полученными от их работы по трудовому контракту (договору) или занятия предпринимательской деятельностью. Однако с момента объявления несовершеннолетнего эмансипированным, он самостоятельно несет ответственность по всем своим обязательствам и возмещает все причиненные убытки.

Институт эмансипации детально исследуется современными учеными, но не однозначно оценивается: «В условиях рыночной экономики институт эмансипации содействует обретению несовершеннолетними гражданами экономической самостоятельности, развитию их способностей и навыков участия в трудовой и предпринимательской деятельности»⁶. Имеется и другая точка зрения, в соответствии с которой «прибегать к эмансипации надлежит лишь в исключительных случаях, при сложившемся крайне неблагоприятном

материальном положении несовершеннолетнего и его семьи»⁷.

Множество сложных, дискуссионных вопросов возникает и при практическом применении данного института. Наибольшие вопросы вызывает процесс объявления несовершеннолетнего эмансипированным. Так, в соответствии со ст. 27 ГК РФ требуется обязательное согласие обоих законных представителей несовершеннолетнего, при этом остается открытым вопрос о действиях самого несовершеннолетнего, а действующий ГК РФ на сегодняшний день не содержит никаких нормативных указаний, касающихся проведения процедуры эмансипации органом опеки и попечительства. Считаю необходимым дополнить положения ГК РФ нормой, в соответствии с которой несовершеннолетний должен сам выразить желание на проведение эмансипации путем подачи заявления в органы опеки и попечительства, однако согласие его законных представителей обязательно в силу закона. В данном случае имеется сложный юридический состав природы согласия на эмансипацию. Это связано с тем, что участвовать в гражданском обороте несовершеннолетний будет от своего имени, в своих интересах, на свой риск и под свою ответственность. Именно поэтому он должен осторожно подходить к изменению своего статуса, осознавая высокую ответственность за все свои совершенные действия в будущем. Эмансипированный подросток признается полностью деликтоспособным. Так, в соответствии с п. 2 ст. 27 ГК РФ: «Родители, усыновители и попечитель несовершеннолетнего не несут ответственности по обязательствам несовершеннолетнего, в частности по обязательствам, возникшим вследствие причинения им вреда».

При проведении процедуры эмансипации несовершеннолетнего возникает вопрос, а с какого возраста можно признать подростка полностью дееспособным. Из содержания ст. 27 ГК РФ вытекает, что объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным возможно при наличии двух условий: первое – достижение несовершеннолетним 16-летнего возраста; второе – если он занимается предпринимательской деятельностью или работает по трудовому договору (контракту). Однако анализ действующего гражданского законодательства позволяет сделать вывод о том, что занятие предпринимательской деятельностью возможно лишь полностью дееспособным лицом. ГК РФ на сегодняшний день вообще не содержит никаких требований к возрастному цензу лица, в отношении которого проводится процедура эмансипации.

На наш взгляд, необходима коррекция действующего законодательства, которая может быть произведена путем закрепления в ГК РФ нормы, касающейся возможности проведения процедуры эмансипации при достижении несовершеннолетнего определенного возраста. Например, процедуру эмансипации можно проводить в отношении несовершеннолетних граждан, достигших 16-летнего возраста и занимающихся предпринимательской деятельностью.

В современном законодательстве России не решен вопрос об отмене эмансипации. В частности, нормы ни гражданского, ни гражданско-процессуального права не устанавливают материально-правовых оснований и процедуру для «обратной» эмансипации. Значит, несовершеннолетний до достижения им 18 лет остается полностью дееспособным, даже если он фактически не занимается предпринимательской деятельностью или не работает по трудовому договору (контракту).

В свою очередь, проект ГК РФ (ст. 272)⁸ допускает отмену решения об объявлении несовершеннолетнего, достигшего шестнадцати лет, полностью дееспособным при наличии достаточных оснований. По нашему мнению, это новаторское предложение не было закреплено в действующем ГК РФ. В пользу данной точки зрения можно привести следующий аргумент: когда лицо осуществляет предпринимательскую деятельность, то в рамках этой деятельности совершается ряд гражданско-правовых сделок, направленных на получение прибыли, и данное лицо в свою очередь становится «заложником» множества гражданско-правовых обязательств, а в случае отмены решения об эмансипации имеет место признание всех совершенных сделок правомерными и возложение обязательств за их исполнение как на самого несовершеннолетнего, так и на его законных представителей.

Институт эмансипации, будучи новым для российского законодательства, известен законодательству иных государств континентальной правовой системы. Французский Гражданский кодекс 1804 г.⁹ закрепляет право несовершеннолетнего (несовершеннолетним является лицо того или иного пола, которое еще не достигло 18 лет) на освобождение из-под родительской власти. Кодекс содержит ряд статей, предусматривающих основания, порядок, последствия эмансипации. Освобождение из-под родительской власти несовершеннолетнего (законодательство Франции не употребляет термина *эмансипация*) возможно: а) в силу закона, т.е. без какого-либо акта со стороны суда, посредством брака; б) при до-

стижении 16-летнего возраста, по совместному заявлению отца и матери к мировому судье в присутствии секретаря.

Существенные отличия наблюдаются при сравнительном анализе положений института эмансипации гражданского законодательства Российской Федерации и законодательства Французской республики.

Во-первых, освобождение из-под родительской власти во Франции производится только судьей по опеке по заявлению отца и матери, т.е. имеет место особое производство в отношении проведения процедуры эмансипации. Тогда как ГК РФ разрешает объявить подростка полностью дееспособным и административному органу при согласии обоих родителей, усыновителей или попечителей.

Во-вторых, на основании п. 3 ст. 477 Французского кодекса в случае представления заявления одним из родителей судья принимает решение после того, как заслушает другого родителя, кроме случаев, когда последний не в состоянии выразить свою волю. В отечественном законодательстве подобная ситуация не предусмотрена.

В-третьих, согласно абз. 2 п. 1 ст. 27 ГК РФ, при отсутствии согласия обоих родителей, усыновителей или попечителя решение об эмансипации принимается судом общей юрисдикции. Французский кодекс не предусматривает самостоятельные нормы, регулирующие порядок освобождения детей из-под власти родителей, в случае отсутствия согласия обоих родителей.

В-четвертых, французский закон однозначно устанавливает, что освобождение из-под власти производится по заявлению отца и матери. Полагаем, что необходимо установить письменную форму согласия на проведение процедуры эмансипации как со стороны органов опеки и попечительства, так и стороны родителей, усыновителей или попечителя.

В-пятых, Гражданский кодекс Франции в отдельной статье устанавливает право детей, оставшихся без родителей, на освобождение из-под власти. Гражданский кодекс Российской Федерации не разграничивает процедуру эмансипации в зависимости от субъектного состава законных представителей.

В-шестых, если по гражданскому законодательству Франции эмансипированный не может заниматься предпринимательской деятельностью, то по российскому праву данная деятельность несовершеннолетнего является одним из условий объявления его эмансипированным.

В результате проведенной судебной процедуры эмансипации несовершеннолетний

гражданин Франции перестает находиться под властью отца и матери и становится способным ко всем действиям гражданской жизни как совершеннолетний. Однако такое правовое положение эмансипированного не полностью совпадает с правовым положением совершеннолетнего, так как в законе имеется ряд ограничений в отношении возможности эмансипированного несовершеннолетнего к самостоятельному совершению юридических действий. Например, при вступлении в брак и оформлении усыновления он обязан соблюдать правила, предписанные для лиц, не освобожденных из-под родительской власти.

Эмансипированный российский несовершеннолетний уравнивается с совершеннолетними гражданами в способности своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их, нести самостоятельно гражданско-правовую ответственность. Он имеет право совершать сделки любого содержания без согласия своих законных представителей.

Факт вступления несовершеннолетних граждан в брак до достижения совершеннолетия ставит их в положение эмансипированных и в России, и во Франции.

Праву Англии и США институт эмансипации не известен. В США правовое положение несовершеннолетнего урегулировано аналогично английскому праву. Особенностью американской судебной системы является тенденция к расширению дееспособности несовершеннолетних путем признания действительности более широкого круга сделок, которые связывают несовершеннолетнего до их опротестования¹⁰.

Российское право принадлежит к европейской континентальной правовой системе, чем и обусловлено введение в Гражданский кодекс РФ института эмансипации. При разработке норм отечественного законодательства полезно использовать опыт высокоразвитых стран, но с обязательным учетом национальных условий и традиций.

¹ Законы XII таблиц : пер. Л. Л. Кофанова. М., 1996. С. 23–24.

² См.: Покровский А. И. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 162.

³ См.: Памятник римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 35.

⁴ См.: Новицкий И. Б. Римское право. М., 1995. С. 72.

⁵ См.: Там же. С. 77.

⁶ См.: Гражданский процесс / под ред. С. Н. Абрамова. М., 1948. С. 288–289.

⁷ Лозовская С. О. Правосубъектность в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 143–144.

⁸ См.: Концептуальный проект структуры модельного Кодекса гражданского судопроизводства для стран Содружества Независимых Государств // СНГ : реформа гражданского процессуального права : материалы Междунар. конф. М., 2002. С. 168–169.

Центральный филиал ГОУ ВПО Российская академия правосудия (г. Воронеж)

Лукашевич А. А., преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин

E-mail: alla_poimenova@mail.ru

Тел.: 8-908-134-87-52

⁹ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран : сборник нормативных актов : гражданские и торговые кодексы / отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1986. С. 75–78.

¹⁰ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 173–176.

Central Branch of Russian Academy of Law (Voronezh)

Lucashevich A. A., Lecture of Civil Disciplines Department

E-mail: alla_poimenova@mail.ru

Tel.: 8-908-134-87-52

Н. В. Бадаева

Российский университет дружбы народов
(г. Москва)

ИНСТИТУТ ВЛАДЕЛЬЧЕСКОЙ ЗАЩИТЫ В РИМСКОМ ПРАВЕ И ЕГО РЕЦЕПЦИЯ В СТРАНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ЕВРОПЫ

Рассматриваются вопросы формирования и развития института владения и владельческой защиты в римском правопорядке и в странах континентальной Европы в процессе его рецепции. Особое внимание уделяется исследованию различных владельческих исков и порядка их применения в римском праве, а также изучению особенностей посессорного порядка защиты владения во Франции, Германии и Нидерландах.

К л ю ч е в ы е с л о в а: владение, владельческая защита, римское право, зарубежное право, рецепция.

POSSESSORY PROTECTION IN THE ROMAN LAW AND ITS RECEPTION IN THE CONTINENTAL EUROPE COUNTRIES

The article deals with formation and development of the institute of possession and possessory protection in the Roman law and the continental Europe countries during its reception. Particular attention is paid to the research of different possessory claims and some rules to apply them according to the Roman law. It is also concerned with the regulation of possessory protection in France, Germany and Netherlands.

К e y w o r d s: possession, possessory protection, roman law, foreign law, reception.

Поступила в редакцию 20 мая 2011 г.

Вопросы вещных прав и владения на протяжении веков привлекали внимание исследователей в науке гражданского права как в России, так и за рубежом. Интерес цивилистов к глубокому изучению проблемы владения и его защиты не ослабевает и в настоящее время. В начале прошлого века видный русский ученый И. А. Покровский верно отметил, что владение является «одной из труднейших проблем гражданского права»¹. Исследования института владения и владельческой защиты продолжают активно осуществляться, особенно в России², тем не менее справедливое замечание известного цивилиста до сих пор остается актуальным.

Изучение исторических тенденций развития институтов владения и владельческой защиты представляется действительно важным для верного понимания сущности проблемы владения и его защиты, а также для выявления процессов рецепции этих институтов в законодательствах разных государств. Исследование порядка регулирования владельческих отношений в различные исторические периоды в разных правопорядках, в первую очередь в системе римского права, позволяет

определить, каким образом этот правовой институт развивался и в каком направлении должно осуществляться его совершенствование в действующих гражданских законодательствах стран континентальной правовой семьи.

Институт владения в праве имеет длительную историю своего развития. Его истоки следует искать в учениях, созданных римскими юристами. Именно в римском праве классического и постклассического периодов с присущими ему формализмом и внутренним совершенством впервые отношения владения и владельческой защиты получили детальную научную разработку.

Римское *possessio* в классический период определяется как факт обладания объектами материального мира, «реальное господство лица над вещью, вытекающее из фактического, физического отношения лица к предмету владения»³, соединенное с намерением владеть. Современный ученый-романист В. А. Савельев пишет: «Собранные воедино... фрагменты источников убедительно демонстрируют тезис о не правовой, фактической основе римской *possessio*»⁴.

Владение (*possessio*) представлялось как неразрывное единство двух составляющих,

двух элементов – *corpus possessionis* («тело» владения) и *animus possidendi* («душа» или «дух» владения), первый из которых служил для обозначения объективной стороны владения, второй – субъективной. Под «телом владения» обычно понималось фактическое, реальное господство лица над вещью, пребывание последней в его хозяйственной власти, «душа» владения, в свою очередь, представляла собой волю лица владеть вещью от своего имени, не признавая чьего-либо сильнее права.

Римские юристы отличали юридическое владение (*possessio civilis*) от *detentio* (держания) или естественного владения (*possessio naturalis*), т.е. простого фактического господства над вещью, не соединенного с намерением господствовать подобно собственнику, когда отсутствует *animus rem sibi habendi*. Так, наниматель обладает нанятой вещью, но не владеет, потому что он господствует над вещью не от своего имени, а опираясь на дозволение лица, отдавшего внаймы⁵.

В римских источниках, в частности Дигестах Юстиниана, вопросам приобретения и утраты владения уделено существенное внимание. Так, второй титул 41-й книги полностью посвящен условиям, необходимым для приобретения и утраты владения⁶.

Юридическое владение (*possessio*) в противоположность *detentio* делилось римскими юристами на *iusta* и *iniusta possessio*. *Iusta possessio* признавалось при наличии какого-либо юридического основания (*ex iusta causa*), например вследствие оккупации, традиции, и противопоставлялось владению неправомерному (*iniusta possessio*), лишенному всякого основания, как у вора и грабителя. *Possessio* считалось *iniusta* лишь в тех случаях, когда оно осуществлялось кем-либо неправомерно, злоумышленно или порочно, вопреки воле предшествующего владельца, если владение удерживалось насильственно (*vi*), тайно (*clam*) или несмотря на требование о возврате вещи прекаристом (*precario*).

В литературе по римскому праву различают также *possessio ad interdicta* и *possessio ad usucapionem*. Римскому праву были известны *possessio bonae fidei* и *malae fidei* (добросовестное и недобросовестное).

Значительное внимание римские юристы уделили вопросам защиты владения, которая осуществлялась посредством интердиктов претора, поэтому защиту владения относят к институтам преторского права (*ius praetorium*). Традиционно в литературе по римскому праву интердикт определялся как «приказ судебного магистрата, принятый в общих интересах по просьбе одной из сторон для скорейшего разре-

шения частнопроводного спора»⁷. Интердикты, направленные на защиту обладания вещью, назывались по этой причине владельческими (*interdicta possessoria*).

Такие интердикты делятся в науке римского права на две группы. Если владелец не терял обладания вещью, а только встречал с чьей-либо стороны помехи или беспокойство, то интердикты, используемые для защиты, носили название *interdicta retinendae possessionis*, т.е. направленные на удержание владения. Те из них, которые служили для возвращения утраченного владения, назывались *interdicta recuperandae possessionis*.

Некоторые исследователи, однако, анализируя источники, обоснованным считают выделение третьей группы владельческих интердиктов об установлении владения впервые (*interdicta adipiscendae possessionis*). Впрочем, они указывают, что эти интердикты применялись в особых случаях, например в сфере наследственного права, и носили, соответственно, скорее квазивладельческий, нежели собственно владельческий характер⁸.

Так, С. А. Муромцев писал: «В области отношений по наследству *interdictum quorum bonorum* защищал видимость права на наследство и, подобно владельческим интердиктам, был средством вспомогательным для истинных наследников и временным и условным – для неистинных; от владельческих интердиктов он отличался тем, что защищал обладание вещью, которая до того времени вовсе не принадлежала истцу, почему и назывался *interdictum adipiscendae possessionis*»⁹. К этой категории интердиктов он относил также *interdictum quod legatorum*, который возвращал наследнику те вещи, которые кто-либо захватил произвольно, ссылаясь на оставленный ему отказ, и *interdictum Salvianum*, служивший вспомогательным и провизорным средством при защите прав залогодержателя. С такой позицией соглашался также В. М. Хвостов, называя эти интердикты посессорным средством защиты.

К категории *interdicta retinendae possessionis* относились два вида интердиктов – *interdictum uti possidetis* и *interdictum utrubique*. *Interdictum uti possidetis* употреблялся для защиты владения недвижимым имуществом (землей, домом и пр.). Название его произошло от начальных слов эдикта, в котором претор указывал, при каких условиях он будет давать этот интердикт. «*Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*» (D. 43.17.1.pr) – «Претор говорит: «Я запрещаю действовать

силой для того, чтобы владеть тем зданием, о котором идет речь, дабы вы не владели один по отношению к другому ни силой, ни тайно, ни прекарно»¹⁰. Таким образом, защите подлежало владение недвижимым имуществом, а интердикт давался тому из спорящих, кто владел вещью в момент возбуждения тяжбы. Следует также отметить, что лицо, обратившееся за интердиктом, пользуется этой защитой лишь под условием, что его владение было бесспорно (*non vitiosa possessio*) по отношению к его противнику, т.е. чтобы он не приобрел владение от своего противника насильственно или тайно, или под условием возврата по первому требованию. Об этом прямо свидетельствует оговорка «*nes vi, nes clam, nes precario alter ab altero...*» в тексте интердикта.

На предоставление защиты владения посредством интердиктов, в частности *interdictum uti possidetis*, не влиял характер такого владения, т.е. было оно законным или, напротив, незаконным. «*Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*» (D.43.17.2.) – «Ведь в этом интердикте не имеет никакого значения, будет ли владение против третьих лиц правомерным или неправомерным; ибо всякий владелец тем самым, что он является владельцем, имеет больше прав, чем тот, кто не владеет», – писал юрист Павел. В качестве принципа было установлено положение, в соответствии с которым сам факт владения сообщает владельцу больше прав, чем лицу не владеющему. «*Beati sunt possidentes*» («блаженны или счастливы владеющие») – гласило знаменитое выражение.

Таким образом, следуя положениям приведенного фрагмента, законность или незаконность владения в отношении третьих лиц не имела значения для предоставления защиты, а в отношениях спорящих сторон важно лишь владеть против ответчика *nes vi, nes clam, nes precario*. Поэтому добросовестный владелец чужой вещи также владел ею с точки зрения формулы данного интердикта непорочно (добросовестность в том числе предполагает, что *vi, clam* и *precario* в отношении сторон отсутствуют), следовательно, его владение получало защиту. Недобросовестный же владелец мог воспользоваться *interdictum uti possidetis*, если он приобрел владение, хотя бы и *clam*, но не от лица, оспаривающего его владение. В этом случае противная сторона должна была доказывать наличие на своей стороне права на владение вещью уже в петиторном порядке.

Этот интердикт применялся издревле для облегчения охраны владения патрициев и пле-

беев на общественных землях (*ager publicus*). Владельцы этих земель до конца республики не имели исков о праве собственности, а когда, после 111 г. н.э., получили его, продолжали пользоваться интердиктом ввиду его быстроты и удобства¹¹. Известно, что собственник всегда имел право применять для защиты своего права не только соответствующие вещно-правовые иски, но и интердиктные средства защиты владения.

Практическое значение этого интердикта заключалось также в том, что в классический период и во второй половине республики при иске о защите права собственности (*виндикации*) ответчиком считался тот, кто владел спорной вещью. Его положение было выгоднее, чем статус истца, потому что он не должен был доказывать свое право собственности, так как эта обязанность лежала на истце. Если последнему не удавалось доказать своего права, то ответчик оставался во владении. При интердикте *uti possidetis* обе стороны должны были доказывать свое владение, а не только тот, кто первый возбудил тяжбу.

Второй интердикт *retinendae possessionis* назывался *interdictum utrubi*. Он служил для защиты владения движимыми вещами¹². Название его также произошло от слов, которыми он начинался в преторском эдикте. «*Praetor ait: utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*» (D.43.31.1.pr) – «Претор говорит: "У кого из двух этот раб, о котором ведется спор, находился большую часть этого года, в отношении того я запрещаю применять силу, препятствуя ему увести этого (раба)".» Условия применения этого интердикта те же, что и предыдущего, кроме одного: он защищал не того, кто владел в момент возбуждения тяжбы, а того, кто владел спорной вещью большую часть предшествующего года, считая год назад с момента возбуждения спора.

В тексте приведенного интердикта указывается, что защита предоставлялась при владении рабами, но это не означает, как отмечается ведущими романистами, что посредством *interdictum utrubi* невозможно было удержать владение любыми движимыми вещами. Просто рабы являлись в Риме настолько типичным предметом сделок, что с точки зрения источников римского права раб рассматривался как синоним движимой вещи, что и нашло свое отражение в указанном интердикте.

В науке римского права безусловное отнесение этого интердикта к числу *interdicta retinendae possessionis* вызывает вполне обоснованные сомнения. Так, все-таки относятся *interdictum utrubi* к *interdicta retinendae*

possessionis, некоторые романисты в дальнейшем указывают, что «он охранял не наличное владение во время издания интердикта, а то владение из двух претендующих на него сторон, которое продолжалось большую часть последнего года, считая от издания интердикта. Побеждает владелец, в доме которого типичный предмет спора (раб) пробыл во владении больше времени, чем у другой стороны»¹³. Поэтому далее они делают вывод о том, что *interdictum utrubi* мог осуществлять и функцию возвращения утраченного владения, т.е. рекуператорную¹⁴.

Следовательно, *interdictum utrubi* можно относить к *interdicta retinendae possessionis* с некоторой оговоркой, так как при определенных условиях этот интердикт позволял не только удержать владение, но и вернуть его утратившей стороне. Так, если вещь владело лицо, в сфере хозяйственного господства которого она и пробыла большую часть соответствующего года, то интердикт, несомненно, был направлен на удержание существующего владения и, значит, относился к числу *interdicta retinendae possessionis*, а если фактическим владельцем вещи был соперник этого лица в споре о вещи, то сам интердикт носил ярко выраженную «возвратительную» направленность.

Таким образом, этот интердикт в классический период можно отнести к смешанному типу, т.е. направленному и на удержание, и на восстановление владения, в зависимости от того, в каком положении находилась вещь лица, обратившегося за защитой своего владения. Если вещь на момент истребования данного интердикта находилась у этого лица и имелись лишь попытки отнять ее или создавались помехи в ее использовании, то очевидно, что интердикт был направлен на удержание, а если владение вещь лицом уже утрачено, то функция интердикта была рекуператорной, нацеленной на возврат владения вещь. Но в любом случае спор выигрывал тот, кто провладел большую часть года, а точнее лицо, которое по отношению к другому владело больший отрезок времени в течение года. В эпоху Юстиниана *interdictum utrubi* практически не применялся, а для защиты владения движимыми вещами стали использовать *interdictum uti possidetis*.

Правило «*Vim fieri veto*» в текстах обоих интердиктов, содержащее запрет применения силы против лица, для защиты интересов которого и применялся соответствующий интердикт, позволяет отнести оба исследованных интердикта к числу *prohibitoria* – запретительных интердиктов. Их классифицируют

так же, как двусторонние, в том смысле, что владение подлежало защите как на стороне того, кто требовал его защиты, так и на стороне его соперника, в случае подтверждения *vi, clam aut precario*, присущих владению лица, обратившегося за защитой.

Необходимо отметить, что хотя эти интердикты были в общем направлены на запрет самоуправного поведения, тем не менее происходило допущение определенного самоуправления, поскольку претор допускал сохранение владения за лицом, допустившим применение силы, на том основании, что его соперник завладел спорной вещь насильственно, тайно или прекарно. Обоснование этого решения, видимо, в известной мере опиралось на принцип римского права «*vim vi repellere licet*» («силу дозволено отражать силой»), тогда как сам порочный владелец так действовать не мог.

Среди интердиктов *recuperandae possessionis* выделяли интердикты *unde vi (de vi)* и *de precario*. Однако С. А. Муромцев полагал, что владение защищали три интердикта, относя к их числу, кроме уже рассмотренных интердиктов *uti possidetis* и *utrubi*, только интердикт *unde vi (de vi)*. Он также убедительно доказывал, что в источниках достоверных данных и о существовании *interdictum de clamdestina* (о возвращении вещи, оккупированной тайно) не было, а восстановительная цель могла достигаться в рамках иных правовых средств, например *condictio furtiva*¹⁵.

Римский юрист Гай, классифицируя интердикты, отнес *de vi* и *de precario* к числу простых (*simplicia*), поскольку они содержали условный приказ, обращенный только к ответчику, т.е. лишь к одной стороне владельческого спора.

Текст интердикта *de vi* известен в изложении юриста Гая. Он писал: «*Recuperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi deiectus sit, nam ei proponitur interdictum, cuius principium est «unde tu illum vi deiecisti», per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario ab eo possideret, namque eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio*» (Gaius. Inst. 4. 154) – «Для восстановления нарушенного владения обыкновенно дается интердикт в том случае, когда кто-то насильственно потерял владение; такому предоставляется интердикт, начальные слова которого: «откуда ты его насильственно изгнал». Этим интердиктом изгнавший принуждается вернуть владение вытесненному из своего участка, если только последний не владел недвижимым имуществом изгнавшего ни насильственно, ни тайно, ни прекарным образом; однако того, кто вла-

дел своим имуществом от меня насильственно, тайно или прекарным образом, я безнаказанно могу лишиться владения»¹⁶.

Требовать защиты своего утраченного владения посредством интердикта *de vi* лицо, насильственно изгнанное из владения, при соблюдении всех указанных в этом интердикте условий могло в течение года с момента такого изгнания. Восстановление владения происходило в случае, когда лицо, обратившееся за защитой, само не опорочило свое владение обычновенным насилием (*vis cottidiana*). Однако если для захвата использовалось оружие (*vis armata*) или помощь приведенных рабов, т.е. квалифицированное насилие, то претор предоставлял защиту менее опасному для общественного спокойствия владельцу, не обращая внимание на его обычновенное насилие. Во времена императора Юстиниана применение силы для завладения имуществом вообще стало считаться недопустимым без каких-либо исключений, и возражение о порочности владения не принималось. Таким образом, есть все основания для того, чтобы считать, что *interdictum unde vi* служил для возврата отнятого силой владения недвижимыми вещами, т.е. земельными участками и зданиями¹⁷.

Однако и владелец движимой вещи, утративший свое владение вследствие применения силы, не оставался беззащитным в рамках посессорного процесса. Воспользоваться интердиктом *de vi* он не мог, но в его распоряжении была возможность обратиться к претору для издания интердикта *utrubi*, которому, как уже было отмечено выше, была свойственна также и рекуператорная функция.

Для возврата движимых и недвижимых вещей служил также *interdictum de precario* (о прекарном владении). В классический период *precarium* назывался тот случай, когда кто-нибудь предоставлял другому, по просьбе последнего (*preces*, отсюда и название *precarium*), владение вещью для пользования ею безвозмездно, но под условием вернуть ее по первому требованию; например, залогоприниматель при *fiducia cum creditore* предоставлял залогодателю владение заложенной вещью, продавец предоставлял покупателю проданную вещь, прежде чем последний выплатил деньги. Если прекарный владелец (прекарист) не возвращает вещи по первому требованию, то хозяин может предъявить к нему интердикт, называвшийся *de precario*, с целью вернуть вещь и получить возмещение убытков. «*Ait praetor: quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur id illi restituas*» (D.43.26.2.pr) – «Претор говорит:

"То, чем ты обладаешь прекарно от такого-то (лица), или (если) со злым умыслом ты сделал так, что перестал обладать тем, о чем идет речь, это ты такому-то (лицу) возврати"».

Лицо, давшее в прекарий вещи, имело то преимущество, что приказ о возврате не содержал оговорок о порочном владении, а потому был действительным и при недостатках владения самого просящего защиты. Ответчик по этому интердикту отвечал и в том случае, если он умышленно перестал владеть объектом прекария, т.е. намеренно, во избежание исполнения обязанности по возвращению вещи истцу.

Некоторые романисты¹⁸ тем не менее не причисляют к рекуператорным интердиктам *interdictum de precario*. Они указывают на то, что этому интердикту в споре могло быть противопоставлено *exceptio domini* (возражение о собственности), а это не допускалось при строго владельческих интердиктах.

Таким образом, в римском праве существовал специальный порядок защиты владения посредством интердиктов претора. Указанная владельческая защита имела свои особенности. Она предоставлялась как законным, так и незаконным владельцам, носила провизорный характер: после подтверждения (восстановления) положения владельца к победителю в интердиктном споре мог быть предъявлен виндикационный иск¹⁹. Претор не мог основывать свои выводы на доводах, касающихся права, только установленные факты могли быть положены в основу решения; на некоторые требования, содержащиеся в отдельных интердиктах, распространялся давностный срок.

Исследование возникновения и развития представлений о владении и его защите в деятельности римских преторов и юристов классического периода позволяет заключить, что категории владения и владельческой защиты были тщательно разработаны в римском праве. Определение владения и отличие его от держания, способы приобретения и прекращения владения, его различные виды, а также специальные средства защиты владения (владельческие интердикты) впервые появляются и глубоко исследуются римскими юристами. Дальнейшее развитие данных категорий в праве других народов происходило на основе обширного материала, созданного римской юриспруденцией.

Так, основные положения римского права были восприняты в процессе его рецепции средневековыми народами Европы. Деятельность глоссаторов и комментаторов в XI–XV вв. приводит к новому расцвету римского права. Однако в области вещных прав, а также вла-

дения и его защиты наблюдается некоторое упрощение правового регулирования. Институты владения и посессорной защиты не получают в праве средневековых государств отдельного развития.

До конца XII в. в европейском праве все вещные права защищались иском *Gewere*, в рамках которого не проводилось разграничения между посессорной и петиторной защитой²⁰. В Средние века защита владения осуществлялась при помощи ординарного владельческого иска (*possessorium ordinarium*), который наряду с разрешением вопроса о владении запрещал нарушение на будущее время и предусматривал возмещение убытков, причиненных нарушением владения²¹.

Широкое применение в этот период получает *actio spoli*, который применялся следующим образом: а) истцом может быть не только юридический владелец, но и детентор, держащий вещь в собственном интересе, как-то: арендатор, наниматель и другие; б) иск касается не только недвижимых, но и движимых вещей; в) не требуется, чтобы истец был насильственно лишен владения, достаточно, если он лишен его вопреки своей воле (*clam*, *bona fide* и т.д.); г) ответчиком является не только сам сполант, но и третьи лица, которые приобрели владение вещью *mala fide*, т.е. зная, что прежний владелец утратил владение ею против своей воли; д) иск подлежит действию 30-летней исковой давности²².

В эпоху Нового времени проблема владения трудами европейских юристов стала одной из главных тем цивилистических исследований в науке гражданского права. В этот период создается теоретическая база института владения, возникают и развиваются юридические теории владения, происходит обнаружение общих принципов построения данного правового института.

Доминирующее положение в литературе заняли субъективная теория Ф. К. Савиньи и объективная теория или «новая теория» владения Р. Иеринга, которые оказали значительное влияние на последующее развитие представлений в этой области. Наибольший интерес вызвала проблема обоснования возникновения и необходимости сохранения самостоятельной защиты владения. «Деликтная» теория Ф. К. Савиньи и теория видимости собственности при защите владения Р. Иеринга получили поддержку в научной среде. Они стали основой для дальнейших исследований института владения и владельческой защиты и для разработки гражданского законодательства большинства европейских стран²³.

Восприятие римско-правовых институтов правопорядками других государств более всего прослеживается в странах романо-германской правовой семьи. Вопросы владения и его защиты в континентальной системе наиболее серьезную и глубокую научную разработку получили во Французском гражданском кодексе 1804 г. и Германском гражданском уложении 1896 г. Действующие гражданские кодексы многих зарубежных государств имеют специальные разделы и главы, посвященные институту владения²⁴, где достаточно подробно регулируется приобретение и утрата владения, а также предусматриваются специальные владельческие иски наряду с исками для защиты права собственности и других вещных прав²⁵.

Однако зарубежное гражданское законодательство стран континентальной правовой семьи не обнаруживает единого подхода к пониманию категории владения. В Гражданских кодексах Франции, Италии и некоторых других стран при определении владения преобладает субъективная теория, которая понимает владение в качестве фактического отношения. ГГУ определяет владение как право, опираясь тем самым на объективную теорию Р. Иеринга.

При разработке правил о владении в процессе кодификации гражданского права Франции исходили из понимания владения, сформировавшегося в ходе рецепции римского права. Поэтому владение во французском гражданском праве – это фактическое осуществление в отношении вещи действий при условии, что у лица есть намерение вести себя как действительный носитель соответствующего права²⁶.

Особенностью регламентации посессорной защиты в гражданском праве Франции является то, что нормы о ней содержатся не в материальном, а в процессуальном законодательстве (ст. 2283 ФГК отсылает к Гражданско-процессуальному кодексу Франции).

В литературе выделяются три основных владельческих иска. Во-первых, иск о прекращении юридических или фактических действий, не связанных с лишением владения правомочного лица, но представляющих собой претензию, противоречащую владению (*la complainte*). Например, иск против проведения работ на участке лицом, приписывающим себе право на владение. Такой иск не допускается относительно движимости, а для его предъявления необходимо, чтобы владение до нарушения продолжалось не менее одного года. Если лицу отказано в иске *la complainte*, то оно уже не может возобновить его, а должно для своей защиты предъявить иск о праве собственности.

Исторически этот иск появился в XIII в., а впоследствии был закреплен в нормах ФГК.

Во-вторых, выделяют иск о восстановлении насильственно отобранного владения (*la reintegrande*), направленный на возвращение утраченного владения или исключение действий, создающих невозможность осуществления владения²⁷. Иск *reintegrande* впервые появился в ордонансе Людовика IX Святого в 1270 г. и объединил в себе черты интердиктов *uti possidetis* и *unde vi*. Этот иск, применяемый в случаях насильственного нарушения владения, не требовал годичной давности владения, а также не разрешал вопроса о правовом титуле владельца. Ю. С. Гамбаров отмечал, что данный иск являлся не столько владельческим иском, сколько вспомогательным средством к нему, поскольку, пресекая насильственное самоуправство, решал спор не о владении, а о держании имущества, а после рассмотрения такого иска не удовлетворенная исходом дела сторона могла обратиться даже не к петиторному процессу, а к иску *complainte* за признанием владения²⁸.

В качестве частного случая иска *complainte* рассматривают иск *la denonciation de nouvelle oeuvre*, имеющий целью приостановление деятельности ответчика, которая в будущем может причинить вред истцу, как превентивная санкция против действий лица, создающих угрозу владению. Примером таких действий может служить осуществление работ на соседнем участке, создающих опасность нарушения владения.

Французская доктрина и судебная практика признали возможность владельческих исков только по поводу недвижимости. В тексте закона нет прямого запрета на распространение норм о владельческой защите на случаи завладения движимыми вещами, но, основываясь на норме ст. 2279 ФГК, в которой содержится положение о презумпции права собственности владельца движимой вещью, которая неизбежно превращает любой владельческий иск по поводу движимой вещи в иск о праве собственности, французские юристы полагают, что в этом случае посессорная защита невозможна.

Согласно ст. 2283 ФГК право на применение всех форм владельческой защиты предоставляется как юридическим владельцам, так и держателям. Признание с 1975 г. за держателями такого права усиливает режим защиты владения, поскольку преследовать нарушителя вправе уже два лица – собственник и лицо, получившее от него вещь во владение²⁹. Однако определенные различия в защите тем не менее имеют место. Держатель по общему

правилу не имеет защиты против того, от кого он получил свои права на вещь (ст. 2289 ФГК), но судебная практика, используя конструкцию «владения правами», часто рассматривает держателей как владельцев правами и допускает иск зависимых владельцев против устранивших их от владения собственников имущества³⁰. Очевидно, что такой процесс не вполне отвечает признакам посессорной защиты, поскольку допустимы возражения ответчика о своем праве на вещь и о том, что права истца (держателя) производны от прав ответчика.

Наибольшее внимание разработке института владения и посессорной защиты по сравнению с другими континентальными кодификациями уделили составители Германского гражданского уложения 1896 г., которое является действующим актом в этом государстве и в настоящее время. Значительное влияние на нормы ГГУ о владении оказала концепция Р. Иеринга, считавшаяся в конце XIX в. более прогрессивной, чем идеи К. Ф. Савиньи, вследствие чего в немецком гражданском законодательстве обнаруживается иной подход к построению института владения³¹.

Защита владения в немецком гражданском праве, как и в других правовых системах, использующих модель посессорной защиты, направлена против запрещенного самоуправства третьих лиц, т.е. против противоречащего закону прекращения или нарушения владения вопреки воле владельца, если таковое не разрешено в исключительных случаях, как, например, при аресте имущества судебным исполнителем. Владение охраняется в качестве фактической власти над вещами независимо от титула владения, т.е. наличия какого-либо правового основания. Из необходимости охранять всякое фактическое отношение лиц к вещам от произвола и насилия действительно вытекает потребность отбросить различие между владением защищаемым и незащищаемым, между *possessio* и *detentio*.

§ 858 ГГУ определяет запрещенное самоуправство как лишение владельца права на владение без его воли на это или создание ему препятствий в осуществлении права владения, когда такое лишение права или создание препятствий противоречит закону. Приобретенное путем применения запрещенного самоуправства владение является незаконным, в частности владение недобросовестного приобретателя и наследника лица, допустившего самоуправство, поэтому вина самого субъекта не всегда является необходимым условием для наличия незаконности владения³².

В отличие от французского гражданского кодекса, способы защиты владения в Германии регламентируются не отдельным процессуальным актом, а самим Гражданским уложением. Защита владения в первую очередь обеспечивается возможностью самозащиты. В соответствии с § 859 ГГУ владелец, защищаясь от запрещенного самоуправства, имеет право применить силу. Если через применение запрещенного самоуправства у владельца отнимается право на владение движимым имуществом, то владелец может непосредственно на месте совершения самоуправства применить силу по отношению к виновному и вернуть себе владение имуществом.

Необходимо указать, что первоначально немецкое законодательство относительно пределов самозащиты толковалось довольно широко. Позднее в доктрине был разработан принцип, действующий и сегодня, согласно которому границы осуществления права самозащиты определяются соотношением средств, примененных владельцем, и условий объективно существовавшей ситуации³³.

Владельческие иски в Германском гражданском уложении предусматриваются § 861 и 862 ГГУ. Иск о восстановлении владения к лицу, чье владение является порочным по отношению к истцу, т.е. приобретенным путем запрещенного самоуправства, позволяет владельцу требовать возврата имущества (§ 861). Если владение нарушается путем создания помех владению, вызванных самоуправством, но не связанных с лишением владения, владелец вправе требовать устранения таких нарушений владения (§ 862).

В соответствии с указанными нормами лицо не вправе предъявлять требование, если отнятое (нарушенное) владение было незаконным по отношению к настоящему владельцу либо его правовому предшественнику и было приобретено в течение последнего года до момента лишения (нарушения) владения. Таким образом, тот, кто лишает владения лицо, получившее это владение посредством запрещенного самоуправства по отношению к нему, является правомерным владельцем. Право на посессорный иск при запрещенном самоуправстве указанные нормы предоставляют лицу, чье владение как недвижимым, так и движимым имуществом было нарушено.

При защите владения недвижимым имуществом справедливо возникает вопрос о возможности такой защиты в посессорном порядке. Действующее законодательство Германии предусматривает регистрацию прав на недвижимое имущество, в частности в поземельных книгах, что позволяет достаточно

быстро определить обладателя правового титула владения. Однако Ю. А. Бочкарев верно полагает, что «наличие записи в поземельной книге не отменяет... «запрещенности самоуправства», а следовательно, и права заинтересованного лица на подачу владельческого иска; такой пресекающей силой обладает лишь решение суда»³⁴.

Указанные средства защиты владения многими чертами напоминают римские владельческие интердикты (рекуператорные и ретинендные), но полное сходство, безусловно, отсутствует, так как преторский интердикт об удержании владения был также направлен и на запрет дальнейшего насилия в будущем.

В соответствии с § 864 ГГУ право на предъявление владельческого иска погашается годичным сроком давности, исчисляемым с момента применения запрещенного самоуправства. Это право также утрачивается, если после нарушения владения судом установлено наличие у нарушителя титула, который позволяет ему претендовать на статус законного владельца. Возражения ответчика в посессорном процессе в силу § 863 ГГУ могут касаться лишь характера нарушения владения, т.е. ответчик может доказывать, что лишение или нарушение владения не являлось, по сути, запрещенным самоуправством. Не допускаются возражения, основанные на требующем исследования правовом титуле. Так, арендодатель не вправе предъявить владельческий иск к арендатору об истребовании вещи, являющейся предметом договора аренды, даже по истечении срока договора.

По-настоящему революционным в континентальном гражданском праве стало правило § 869 ГГУ, предоставившее владельческую защиту непосредственным владельцам (узуфруктуариям, арендаторам, залогодержателям). Правом на предъявление владельческого иска по германскому гражданскому праву обладают, таким образом, как посредственный, так и непосредственный владельцы, однако посредственный владелец пользуется предусмотренными § 861 и 862 исками к третьим лицам в случае применения ими запрещенного самоуправства по отношению к непосредственному владельцу, хотя сам фактически вещь и не владеет.

Если непосредственный владелец не хочет или не может вновь вступить во владение, в такой ситуации посредственный владелец вправе потребовать предоставления владения ему самому. Составители уложения так пояснили предоставление защиты посредственному владельцу: «...практические потребности вызывают необходимость, чтобы в известном

объеме посессорная защита была предоставлена и тому лицу, которое ... не совсем порвало свои фактические отношения к вещи и которое проект называет поэтому посредственным владельцем»³⁵.

Большинство гражданских кодификаций в Европе, а также Германское гражданское уложение в отличие от римского права не содержат строгих правил о недопустимости ссылок на правовые основания владения в посессорном процессе. Нарушитель владения может сослаться на то, что его действия не были порочными, т.е. запрещенным самоуправством, и тем самым подтвердить свое право на владение спорной вещью. Ответчик в подобном споре также имеет право утверждать о праве на владение вещью, мотивируя свою позицию вступившим после совершения им самоуправления в законную силу судебным решением, подтверждающим это право (§ 864 ГГУ).

Обладая некоторыми различиями в области регулирования владельческих отношений, французское и германское право тем не менее обнаруживают единство в предоставлении защиты и владельцу, и держателю, что во многом нивелирует противопоставление этих субъектов. Таким образом, современные гражданские законодательства еще раз демонстрируют, что теоретически нет препятствий к защите посессорными средствами держателей, а непредоставление защиты римским держателям обусловлено историческими особенностями римской национальной правовой системы. Различие статусов владельцев и держателей в настоящее время проявляется только на уровне тех институтов, которые направлены на превращение факта владения в право собственности, поскольку простое держание не предусматривает такого изменения.

Самой современной кодификацией гражданского законодательства в Европе является в настоящее время Гражданский кодекс Королевства Нидерланды, принятый в 1994 г. В связи с этим интересно проследить, как голландский законодатель в конце XX в. построил нормы о владении и его защите, потому что ФГК и Гражданское уложение Германии, хотя и сохранили свое действие благодаря высочайшей юридической технике и глубокой проработке правовых норм, представляют собой примеры кодификаций, созданных в XIX столетии.

В области защиты владения ГК Нидерландов демонстрирует явное сближение и даже некоторое смешение классического посессорного и петиторного порядка защиты. В ст. 125 Кодекса владельческими исками пред-

полагается защищать титульное владение, восстанавливая его или устраняя помехи в его осуществлении. С требованием о защите лицо может обращаться в течение одного года после отображения имущества или «приостановления» владения. В ходе рассмотрения спора предполагается исследование правовых титулов спорящих сторон как в петиторном процессе, и при наличии у ответчика «лучшего права» на спорное имущество в удовлетворении иска истцу откажут. ГК Нидерландов использует также традиционную для посессорных споров формулу при защите владения. Если будет обнаружена порочность владения ответчика, когда он завладел вещью посредством насилия или тайно, то истец выигрывает в таком процессе.

Таким образом, в вопросе предоставления владельцам специальной посессорной защиты континентальные правовые порядки обнаруживают значительную схожесть в регулировании. Возможность прибегнуть к защите путем предъявления различных владельческих исков, а также в определенных условиях и посредством самозащиты предусматривается в гражданских законодательствах указанной группы стран. Основной чертой владельческого процесса является ускоренный порядок его осуществления и отсутствие необходимости доказывать наличие правового титула владения, т.е. беститульный владелец также уполномочен на истребование владельческого иска.

Тем не менее последовательное изучение норм о владельческой защите в кодифицированных актах и в судебной практике этих стран позволяет предположить, что в определенных ситуациях допускается рассмотрение вопросов права и правового титула владения в посессорном процессе. Так, при решении вопросов о восстановлении владения или пресечении действий, нарушающих владение, суд так или иначе вдается в исследование титула, но лишь при наличии бесспорных доказательств и в объеме, не препятствующем ускоренному рассмотрению спора, с тем чтобы владельческий процесс не превратился в обыкновенный петиторный³⁶.

Итак, в континентальном праве наблюдается проникновение элементов петиторного процесса в классический посессорный порядок рассмотрения споров, возникший в римской правовой системе. В условиях интенсивного гражданского оборота возникает именно такая модель владельческой защиты, когда при рассмотрении владельческого иска в ускоренном порядке суд не только устанавливает факт нарушения владения, но и исследует бесспорные доказательства правовых титулов, которые

могут быть незамедлительно представлены сторонами. Принятое в посессорном порядке решение не исключает возможности для не удовлетворенной исходом такого процесса стороны предъявления вещного или договорного иска для защиты своего права в ходе петиторного производства, где судом подробно исследуются все представленные сторонами доказательства.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. М., 2001. С. 223.

² См., например: Дождев Д. В. Основания защиты владения в римском праве. М., 1996; Коновалов А. В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. Изд. 3-е, доп. СПб., 2004; Савинов Д. П., Велиев Э. Э., Ткаченко С. Н. Понятие владения и особенности его правовой защиты / под ред. Е. А. Коноваловой. М., 2004; Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд. М., 2010.

³ Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1999. С. 158.

⁴ Савельев В. А. Владение solo animo в римском классическом праве // Древнее право. 1999. № 2. С. 9.

⁵ См.: Боголепов Н. П. Учебник истории римского права / под ред. ; предисл. В. А. Томсинова. М., 2004. С. 358.

⁶ О приобретении владения см. также: Юшкевич В. А. О приобретении владения по римскому праву. М., 1908.

⁷ Бартошек М. Римское право : понятия, термины, определения. М., 1989. С. 155.

⁸ См.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1996. С. 172.

⁹ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 521–522.

¹⁰ Здесь и далее фрагменты из Дигест Юстиниана приводятся по изданию: Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. Т. 4, полумом 2.

¹¹ См.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1996. С. 173.

¹² См.: Боголепов Н. П. Указ. соч. С. 361.

¹³ Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 173–174.

¹⁴ Такого мнения придерживается также К. И. Скловский (см.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учеб.-практ. пособие. 3-е изд. М., 2002. С. 300).

¹⁵ См.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. С. 245.

Российский университет дружбы народов (г. Москва)

Бадаева Н. В., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права

E-mail: natalya_b7@mail.ru

Тел.: 8-916-122-22-93

¹⁶ Фрагмент из Институций Гая приводится по изданию: Гай. Институции / пер. с лат. Ф. Дадынского; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. М., 1997. Перевод Институций Гая см. также: Памятники римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997.

¹⁷ См.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1996. С. 175.

¹⁸ Такой позиции придерживались немецкие романисты Р. Иеринг, Г. Э. Брунс и Г. Дернбург.

¹⁹ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. С. 224–229.

²⁰ См.: Коновалов А. В. Указ. соч. С. 127.

²¹ См.: Дернбург Г. Панденты. СПб., 1905. Т. 1, ч. 2 : Вещное право. С. 45–49.

²² См.: Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права / под ред. ; предисл. В. А. Томсинова. М., 2003. С. 234.

²³ Подробнее о развитии представлений о владении и его защите в средневековом праве и в теориях европейских цивилистов в XVIII–XIX вв. см.: Бадаева Н. В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 37–46.

²⁴ См.: Медведев С. Н. Владение (к постановке вопроса) // Северо-Кавказский юридический вестник. Ростов н/Д, 2000. № 1. С. 78.

²⁵ См., например: Раздел XX ФГК (ст. 2228–2235, 2282–2283) ; Книга 3 ГГУ (§ 854–872) ; Глава 2 Закона «О вещном праве» Эстонии (ст. 32–50).

²⁶ См.: Жюллио де Ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. М., 1960. Т. 2. С. 125.

²⁷ О различии исков *complainte* и *reintegrande* см. подробнее: Победоносцев К. П. Курс гражданского права : в 3 т. М., 2002. Т. 3 : Примечания.

²⁸ См.: Коновалов А. В. Указ. соч. С. 94–95.

²⁹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004. Т. 1. С. 414.

³⁰ См.: Коновалов А. В. Указ. соч. С. 130.

³¹ Подробнее о работах, посвященных институту владения и его защите, в немецкой юридической литературе см.: Бочкарев Ю. А. Защита владения и права владения в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. С. 69.

³² См.: Creifelds C. Rechtswörterbuch. München. 1992. S. 185–186. Цит. по: Коновалов А. В. Указ. соч. С. 132.

³³ См.: Синицын С. А. Институт владельческой защиты в гражданском праве Германии // Юрист. 2002. № 12. С. 36.

³⁴ Бочкарев Ю. А. Указ. соч. С. 65.

³⁵ Покровский И. А. Основные вопросы владения в новом германском уложении // Вестник права. 1899. № 1. С. 102.

³⁶ См.: Коновалов А. В. Указ. соч. С. 141.

Peoples Friendship University of Russia (Moscow)

Badayeva N. V., Candidate of Law Science, Lecture of the Civil and Labour Law Department

E-mail: natalya_b7@mail.ru

Тел.: 8-916-122-22-93

А. Е. Самсонова

ООО «Газпром межрегионгаз Воронеж»

РИМСКОЕ ПРАВО И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ПОНИМАНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВА

Исследуется вопрос о влиянии римского права на современное регулирование права государственной (публичной) собственности, о преемственности в вопросах такого регулирования, о тенденциях и современном состоянии правового понимания и законодательного закрепления института права публичной собственности.

Ключевые слова: государственная собственность в римском праве, понятие публичной собственности, полномочия собственника.

ROMAN LAW AND CURRENT UNDERSTANDING OF THE STATE PROPERTY

In this article the author researches the influence of Roman law to modern regulation of state(public) property, continuity in some aspects of such regulation, tendencies, current legal understanding and legislative consolidation of the public property institute.

Key words: state property in Roman law, public property, powers of the proprietor.

Поступила в редакцию 13 июня 2011 г.

Нельзя переоценить значение римского права в современном правовом понимании собственности. Именно оно заложило фундамент, на котором в течение многих веков развивается центральная категория частного права. И сколько бы ученые ни обращались к исследованию и анализу права собственности, актуальность таких работ будет всегда.

Как указывал И. Б. Новицкий, римское право – это система права, построенного на началах частной собственности¹. Право государственной собственности не занимало особого, существенного значения в римском праве. Причин тому несколько. Во-первых, исторически формированию правового регулирования государственной собственности предшествует развитие частной собственности. Как известно, появлению частной собственности предшествовало зарождение и развитие коллективной собственности, т.е. собственности семьи, племени. Затем в процессе появления прибавочного продукта выделилась и появилась частная собственность отдельных лиц. Это обстоятельство, по мнению некоторых ученых, стало одной из причин формирования западных государств. Однако следует оговориться, что возникновение восточного типа государств связывают с общественной собственностью на землю. Необходимость регламентации, а в дальнейшем и защиты права частной собст-

венности – причина формирования власти. Более того, само формирование права, норм права, законодательства является следствием появления собственности.

Во-вторых, развитие частной собственности шло по пути формирования обычаев, которые затем станут правовым правилом. Тогда как право собственности государства развивается по иным принципам – принципам публичного права. Это означает, что правовая норма – не следствие обычая, не сложившееся в течение определенного времени правило поведения, а воля законодателя.

Таким образом, исследование вопроса о развитии публичной собственности в римском праве невозможно без исследования вопроса о развитии частной собственности.

Институт частной собственности связан с развитием Римской республики. Анализ существовавшей в тот период терминологии позволяет утверждать, что в основе ее появления лежала коллективная собственность. Первоначально частная собственность обозначалась термином *dominion*, но уже к концу периода республики для обозначения частной собственности применяется другой термин – *proprietas* (собственность)².

В римском праве был разработан набор полномочий частных собственников. Эти разработки явились фундаментом всех последующих исследований в области собственности. Одновременно, как справедливо отмечает

© Самсонова А. Е., 2011

В. В. Гребенников, «Римская республика не вступила ни в промышленный, ни в торговый этап своего развития, поэтому институт частной собственности в Риме не получил дальнейшего развития»³, как не сформировался и институт государственной собственности в период существования Римской республики.

В Европе вследствие антидемократических режимов, недостаточного уровня экономического развития и многих иных причин институт собственности в Средние века не получил должного развития. По этому поводу академик А. В. Венедиктов писал, что в течение ряда столетий европейские средневековые государства вообще обходились без специального термина, обозначающего собственность⁴.

Институт собственности, указывает Т. Н. Сафронова, развивался в римском праве по линии гражданского права⁵, т.е. частного права. В Риме, как известно, были заложены две отрасли права – публичное (*ius publicum*) и частное (*ius privatum*). Тит Ливий указывал, что Законы XII таблиц являются источником всего публичного и частного права.

В основе понимания частной и публичной собственности лежит классическое разграничение публичного и частного права. *Publicum Ius est quod ad stum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (D.1.1.1.2.). Публичное право есть то, которое относится к положению Римского государства; частное – к пользе отдельных лиц. Нормы публичного права не могут быть изменены волей или желанием отдельных лиц. Так, Законом XII таблиц приписывается выражение: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – публичное право не может быть изменено соглашениями частных лиц (D. 2.14.38).

В римском праве существовало понятие публичных вещей. *Res publicae* не находились в собственности частных лиц. Как же проявляла себя государственная собственность в римском праве? Как указывал И. Б. Новицкий, «не всякая вещь могла быть предметом права частной собственности; наряду с этим не всякая вещь могла быть предметом распоряжения, ...предметом оборота, *res publicae* – государственные вещи, предназначенные служить государственным целям (например, крепости, тюрьмы и т.д.), в том числе и такие, на которые установлено общественное пользование, *usus publicus*: публичные дороги, публичные реки, театры и т.п. (D. 18.1.6pr).

Как справедливо отмечает Т. Н. Сафронова, для выделения собственности как особого права необходимы два ключевых момента: во-первых, осознание лицом своей непосред-

ственной связи с вещью; во-вторых, признание индивидуальной воли лица, способной распоряжаться вещью⁶. Именно этих ключевых моментов не хватало в ту пору для четкого выделения и определения права государственной собственности в Римской республике. Более того, римские юристы, будучи практиками, работали над разрешением конкретных казусов, и вопрос государственной собственности в римском праве не стоял перед ними так остро, как вопрос теоретический.

Как указывал Ф. Энгельс, «различные ступени в развитии разделения труда являются вместе с тем различными формами собственности, то есть каждая ступень разделения труда определяет также и отношение индивидов друг к другу, соответственно их отношениям к материалу, орудиям и продуктам труда»⁷. Сюда следует добавить и отношение индивидов к государственной собственности, и вопросы развития публичной собственности в результате различных ступеней развития разделения труда.

В настоящее время в российском законодательстве и правоприменении наблюдается ситуация, которую можно охарактеризовать как период дальнейшего развития научных представлений о сущности государственной собственности, ее правовой природе на современном этапе экономики, а также о переосмыслении отдельных представлений о публичной собственности. В юридической литературе вновь развернулась дискуссия о месте государственной собственности в системе права⁸.

Сегодня право государственной собственности за исключением отдельных базовых норм, закрепленных в гражданском законодательстве, регламентируется в том числе административным, финансовым, налоговым правом. В большей мере это касается денежных фондов государства, бюджета. Однако схожие тенденции проявляют себя и в вопросе регулирования права государственной собственности на иное имущество, не являющееся денежными средствами.

Возникает вопрос: объективно ли изменение места публичной собственности в системе права в связи с изменением экономических и политических основ общества? Обратимся к истории развития права собственности в нашей стране.

В целях анализа развития права собственности историю России условно можно разделить на три периода: 1) образование государства и права – X–XII вв.; 2) превращение Российского государства в централизованное

– XIV–XVII вв.; 3) период Российской империи – XVIII–XX вв.⁹

Первый из названных периодов отличается теснейшим слиянием прав публичных с частными. В этот период еще не было термина, обозначающего собственность. В Русской Правде владение государственное и власть частная неразделимы. Земля есть территория государства, земля же и является объектом частного права групп лиц, составляющих государство¹⁰. На данном этапе государственная собственность не выделялась, о чем свидетельствует, например, текст Краткой Русской Правды (по Академическому списку половины XV в. и Пространной Русской Правды (по Троицкому списку второй половины XIV в.)). Частная же собственность определялась через понятие *мое, чужое*. Так, в Пространной Русской Правде указывается, что «аже кто всядеть на чужь конь, не прашавь, то 3 гривнь», или пишется так: «аже кто познает *свое*...». Анализируя Русскую Правду, невозможно выделить публичную собственность. Более того, понимание частной собственности на этом этапе еще не сформировалось как категория юридическая.

Второй период. Если на первом этапе государственная собственность никак не выделялась, то на втором – это фактически собственность государя. В целом названный исторический период отличает процесс формирования и становления Российского государства, его превращение в централизованное. Одновременно идет процесс формирования права на основе римских традиций. За государством признавалось право собственности на всю территорию. Характерно, что права государства принадлежали лично правящему государю. Таким образом, государственная, по существу, собственность одновременно оставалась частной собственностью определенного лица. Примечательно, что переход государственной собственности в частную осуществлялся путем «пожалования», а не на договорных началах, одновременно пополнения казны за счет пожалованного имущества не происходило.

Таким образом, если в первом периоде государственная собственность никак не выделялась, то во втором – это собственность государя. Однако права государства значительно были оттеснены правами частного лица¹¹.

Третий период. Период Российской империи. Из законодательства исчезают все ограничения права собственности, имевшие место в более раннее время, одновременно вводится значительное количество новых ограничений, «вытекающих уже не из вотчинных прав государства, а из фискальных и полицейских целей»¹².

Можно сказать, что формирование права государственной собственности шло по пути ограничения частной собственности.

В XIX в. право частной собственности было закреплено окончательно. Первое определение права собственности в российском законодательстве представлено в Своде законов Российской империи: «Кто был первым приобретателем имущества по законному укреплению его в частную принадлежность, получил власть, в порядке, гражданским законом установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжаться оным вечно и потомственно, доколе не передаст сей власти другому ... тот имеет на сие имущество право собственности»¹³. Для характеристики объектов права собственности закон употреблял термин *имущество*, что свидетельствует об унификации собственности в различных экономических сферах. В Своде законов Российской империи нашло закрепление и право государственной собственности. Так, государственная собственность здесь определялась как «не принадлежащая никому в особенности». Государственная собственность включала в себя казенные земли, озера, реки, леса, здания и др.

Основными способами приобретения права частной собственности стало не пожалование, а договоры.

Таким образом, государственная собственность не предшествовала появлению частной собственности, она явилась следствием формирования частной собственности, появления государства и была сформирована как фактически, так и на законодательном уровне несколько позднее, чем право частной собственности.

В формировании института государственной собственности XX в. стал переломным. Причин тому несколько: 1) это период четкого, экономически и политически обоснованного разграничения частной и государственной собственности; 2) институт государственной собственности стал инструментом политических преобразований.

В период развития теории собственности было выработано два основных подхода: политический (основоположники К. Маркс и Ф. Энгельс) и социальный (основоположники Вольф, Гедеманг, Дюги). Но именно XX в. позволил умозрительные конструкции, представления и теории реализовать на практике. В основе такой реализации лежало изменение сущности и правовой регламентации государственной собственности. В этот период вопрос о месте и роли государственной собственности в экономике страны становится ключевым в построении государств, их политико-эконо-

мических предпочтениях. Анализ истории доказывает, что «публичная собственность является неперенным спутником любой государственности, а ее масштаб в целом отражает объем и характер возложенных на государство функций и задач»¹⁴.

Современное состояние регламентации и научного анализа государственной собственности явно не соответствует потребности времени. Мы наблюдаем ситуацию, при которой практика опережает как законотворчество, так и правопонимание в вопросах, связанных с формированием отношений в области государственной собственности. И парадокс здесь лишь видимый. Начав перестраивать экономику России в 90-х гг. ушедшего века, законодатель мог опереться только на то, что уже знала и описала наука, на опыт других стран и что при этом могло быть использовано в нашей стране. С другой же стороны, потребности экономики толкали законодателя к принятию норм, не апробированных, не проверенных практически или осмысленных научно. Все эти причины привели к интересному факту. Регламентация отношений государственной собственности строится по модели сочетания старых подходов и фактически формирующихся отношений. История свидетельствует о том, что в большинстве случаев регламентация публичных отношений являлась причиной формирования соответствующих отношений на практике. То есть сначала принималась норма, а затем складывались соответствующие правовые связи. В последние годы в отдельных случаях наблюдается иная, противоположная ситуация. Сначала практика формируется, складывается под влиянием определенных экономических, политических и иных факторов, а затем законодатель закрепляет эти отношения в сфере публичного права. Например, формирование института государственной гарантии шло путем использования конструкции договора поручительства или банковской гарантии, а норм публичного права было явно недостаточно для его регламентации. Учтя сложившийся опыт, законодатель принял соответствующие изменения и поправки в БК РФ.

Происходящие в практике и законодательстве перемены привели исследователя к выводу о том, что доктринальное понимание государственной собственности, предложенное в советский период развития правовой мысли и отраженное в действующем Гражданском кодексе РФ требует переосмысления. Как справедливо указывает В. Д. Ким, соединение права собственности с управлением в рамках права государственной собственности ведет к

косвенному признанию того, что этот институт либо не относится к числу гражданско-правовых, либо рассматривается в качестве комплексного, где в меньшей степени присутствуют гражданско-правовые характеристики¹⁵.

Анализ публичной собственности, ее особенностей натолкнул исследователей на мысль, что для «описания» и изучения этого феномена недостаточно общеизвестной триады полномочий собственника: владение, пользование и распоряжение. В научной литературе уже неоднократно высказывалась мысль о том, что применительно к государственной собственности необходимо вести речь об управлении такой собственностью¹⁶. Однако не все ученые разделяют позицию, согласно которой управление – это дополнительное полномочие, присущее собственнику-государству. Так, Е. А. Суханов указывает, что «управление имуществом не следует рассматривать как особое правомочие публичного собственника. В гражданско-правовом смысле собственник здесь лишь реализует свои правомочия владения, пользования и распоряжения. Иначе говоря, управление является только одной из форм осуществления права собственности»¹⁷. Такую позицию поддерживают многие цивилисты, по мнению которых сложившейся триады полномочий собственника достаточно для того, чтобы охарактеризовать право государственной собственности.

Одновременно те ученые, которые исследуют комплексный институт права государственной собственности с позиций не частного, а публичного права, не могут обойтись без категории *управление*. Нельзя не отметить, что действующее законодательство использует также этот термин применительно к публичной собственности¹⁸.

А. А. Суханов указывал на «недостаточность» триады для характеристики содержания права собственности¹⁹. «Более того, – пишет ученый, – было бы неправильным представлять ее как единственно возможный вариант описания правомочий собственника»²⁰.

Таким образом, публичная собственность вообще и государственная собственность в частности требуют своего дальнейшего развития как в практической плоскости, так и в теории права, в том числе с позиций триады полномочий собственника.

¹ См.: Новицкий И.Б. Римское частное право. М., 1948. С. 14.

² См.: Там же. С. 78.

³ Гребенников В.В. Институт собственности в условиях рыночной экономики и социального государства. М., 1996. С. 6.

- ⁴ См.: *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. М., 1948. С. 102.
- ⁵ См.: *Сафронова Т. Н.* Проблемы владения в гражданском праве. Воронеж, 2008. С. 15.
- ⁶ См.: Там же.
- ⁷ *Маркс К., Энгельс Ф.* Собр. соч. 2-е изд. Т. 3. С. 20.
- ⁸ См. например: *Винницкий А. В.* Административно-правовые основы управления государственной собственностью : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 43–65 ; *Ким В. Д.* Государство как субъект права собственности : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 13–41.
- ⁹ См.: *Калиберова О. Н.* Собственность и современное российское общество (общеправовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород. 1999.
- ¹⁰ См.: *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 498.
- ¹¹ См.: *Калиберова О. Н.* Указ. соч. С. 25.
- ¹² *Владимирский-Буданов М. Ф.* Указ. соч. С. 550.
- ¹³ Свод законов Российской империи СПб., 1914. Т. 10. Ст. 420.
- ¹⁴ *Винницкий А. В.* Указ. соч. С. 3.
- ¹⁵ См.: *Ким В. Д.* Указ. соч. С. 6.
- ¹⁶ См.: Государственное управление социалистической собственностью : административно-правовой аспект проблемы / под ред. Ю. М. Козлова. М., 1983. С. 42 ; *Талапина Э. В.* Управление государственной собственностью. М., 2002 ; *Винницкий А. В.* Указ. соч. ; *Аксененок Г. А.* Право государственной собственности на землю в СССР. М., 1950. С. 196, 216 ; *Турубинер А. М.* Право государственной собственности на землю в Советском Союзе. М., 1958. С. 139–140 ; *Андреев В. К.* Право государственной собственности в России. М., 2004. С. 153.
- ¹⁷ *Суханов Е. А.* Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности // Гражданский кодекс России : проблемы теории и практики : сборник памяти С. А. Хохлова. М., 1998. С. 216. Указанную позицию разделяют также и другие ученые (см.: *Толстой Ю. К.* Понятие права собственности // Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962. С. 180–183 ; *Корнеев С. М.* Право государственной социалистической собственности в СССР. М., 1964. С. 119–123).
- ¹⁸ Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта : федер. закон от 27 февраля 2003 г. № 29-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 9. Ст. 805 ; Земельный кодекс Рос. Федерации (ст. 9–11, 34) // Там же. 2001. № 44. Ст. 4147.
- ¹⁹ См.: *Суханов А. А.* Гражданское право. М., 1994. Т. 1. С. 203.
- ²⁰ Там же.

ООО «Газпром межрегионгаз Воронеж»

Самсонова А. Е., кандидат юридических наук, начальник юридического отдела
E-mail: sae_anna@mail.ru
Тел.: 8-906-580-21-49

LLC «Gazprom mezhregiongaz Voronezh»

Samsonova A. E., Candidate of Law Science, the Chief of Legal Department
E-mail: sae_anna@mail.ru
Tel.: 8-906-580-21-49

Е. Р. Сухарева

Воронежский институт МВД РФ

ИСТОРИЧЕСКИЕ КОРНИ ПОЯВЛЕНИЯ ЖИЛИЩНОГО УЗУФРУКТА В РОССИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Статья посвящена проблеме определения сущности жилищного узупрукта; анализируется современный аспект данной проблемы с точки зрения Концепции развития гражданского законодательства; рассматриваются основные признаки данного права; определены отдельные направления совершенствования законодательства в исследуемой области.

К л ю ч е в ы е с л о в а : сервитут, узупрукт, хабитацио, право собственности и другие вещные права, концепция развития гражданского законодательства, общий и социальный узупрукт, жилищный узупрукт.

HISTORICAL BACKGROUND OF HOUSING USUFRUCT IN RUSSIA AND PERSPECTIVES OF IMPROVING ITS LEGISLATIVE REGULATION

This article is dedicated to essence definition of the housing usufruct. In this article the modern aspect of this problem is analyzed according to the Concept of development of the civil legislation. General indications of this institute are considered and some ways of its improvement are also defined there.

Key words: servitude, usufruct, habitation, right of ownership and other rights in rem, Concept of development of the civil legislation, common and social usufruct, housing usufruct.

Поступила в редакцию 20 июня 2011 г.

Современное понимание концепции вещных прав представляет собой историческое развитие тех основополагающих положений, которые получили свое законодательное оформление в римском праве. Вместе с тем история появления современного жилищного узупрукта сопряжена с длительным процессом развития цивилистической мысли и множеством научных взглядов. Сегодня правовая природа жилищного узупрукта отнесена к числу, по сути, самостоятельных вещных прав, правда лишь в рамках узупрукта. Обращаясь к истории появления данного правового явления, следует помнить, что само «рождение» термина *вещное право* представляет достаточно сложный процесс, происходящий на протяжении многих столетий, который по-разному оценивался в истории цивилистической мысли.

Оценка вещных прав в научном мире, бесспорно, представляет собой субъективное восприятие тех источников, которые стали доступными для исследования ученых. Поэтому наше видение данной правовой категории во многом опирается на уже ставшие традиционными в литературе взгляды на разграничение

вещных прав. В частности, принято считать, что понятие вещных прав пришло из римского частного права, в котором ограниченные по своему содержанию вещные права на чужие вещи (*jura in re aliena*) якобы противопоставлялись наиболее широкому по содержанию праву собственности. Вместе с тем, как отмечал С. А. Муромцев, в этом взгляде отразилась давно ставшая в цивилистике традиционной «наклонность освещать идеи и явления современного происхождения покровом векового авторитета римского права»¹. По мнению ученого, в действительности дошедшие до нас источники римского частного права не содержали и не могли содержать такого обобщенного, абстрактного понятия, как *вещное право* или *ограниченные вещные права*, ибо, по его мнению, римской юриспруденции было «почти совершенно чуждо распределение материала на основании общих понятий и принципов, составляющее характеристическое свойство догматической классификации»².

В продолжение данного подхода Д. Д. Grimm подчеркивал, что древнее римское право вообще «не знало противоположения между правом собственности и ограниченными вещными и личными правами на чужие вещи. Всякое отношение к вещи, — отмечал автор, — мысли-

лось как разновидность единого права – права собственности»³.

Обращаясь к позиции С. А. Муромцева, можно отметить, что сервитутное право изначально не было «правом в чужой вещи» (которым оно стало лишь в императорский период), а считалось «как бы правом на свою вещь, которой пользовались только совместно с собственником служащего имения»; в силу этого юридическое положение (природа) сервитутного права «первоначально во всем сходно с юридическим положением собственности»⁴. Точно так же суперфиций (*superficiis*) и эмфитевзис (*emphyteusis*), обычно рассматриваемые в качестве классических разновидностей известных римскому праву вещных прав, появились в этом качестве лишь в конце императорского периода на базе долгосрочной аренды земли, т.е. чисто обязательственных отношений.

По мнению ученых, хозяйственные потребности привели к выработке сначала сервитутов, а затем и узуфрукта с его известными разновидностями – *usus* и *habitation*. К этой же группе имущественных прав исследователи обычно относят и появившиеся значительно позднее суперфиций и эмфитевзис, а также залоговое право (в формах *pignus* и *hypotheca*). Но даже в Дигестах Юстиниана, по сути, завершивших развитие римского частного права, все эти конкретные институты не рассматривались в качестве разновидностей некой единой категории *прав на чужие вещи* или *ограниченных вещных прав*⁵.

Содержание римского частного права составляли достаточно казуистичные правила, созданные на основе анализа различных конкретных ситуаций, причем часто в разное время разными лицами, и потому нередко противоречившие друг другу. Их обобщение, как известно, начали лишь глоссаторы и, главным образом, постглоссаторы. Его завершили германские ученые-цивилисты в конце XVIII – начале XIX в., создав на основе обобщения и систематизации римских источников пандектное учение, которое с тех пор рассматривается как римское частное право.

Категория вещных прав в их современном понимании появилась в континентальном европейском праве в начале XIX в. в рамках созданного германскими юристами пандектного учения, составившего основу римского частного права. Результатом решения названной проблемы пандектным правом и стало появление категории ограниченных вещных прав. Пандектисты отнесли к нему различные права на земельную недвижимость, осуществляемые управомоченными лицами непосредственно, без каких-либо действий со стороны обязанных

лиц: сервитуты, узуфрукт, эмфитевзис и суперфиций (составившие группу вещных «прав пользования» чужими вещами, а также залог как право при определенных условиях продать чужую, в том числе недвижимую, вещь (отнесенный поэтому к группе «прав реализации» чужой вещи). Затем к ним добавились «права приобретения» чужой вещи (*Erwerbsrechte*), например «право присвоения» результатов охоты при осуществлении «охотничьего сервитута» и преимущественное право покупки недвижимости (земельного участка), в том числе при установлении долевой собственности на соответствующий объект.

Итак, основным достижением пандектистов явилось признание категории вещных «прав пользования» чужими вещами и определения его основных разновидностей. Однако относительно определения соотношения сервитута, узуфрукта и *habitation* (права на личное пользование жилищем) в литературе встречаются различные взгляды.

Отчасти право пользования (*usus*) и права на личное пользование жилищем (*habitation*) рассматривались в качестве разновидностей узуфрукта. По мнению ученых, *habitation*, узуфрукт и *usus* являлись разновидностью личных сервитутов⁶, которые появились значительно позднее. И. Б. Новицкий и И. С. Перетерский отмечают, что древнее римское право знало лишь земельные сервитуты. Лишь позднее, с развитием городов Рима, возникли городские сервитуты, применявшиеся в отношении застроенных участков – *servitutes urbanorum*. И те и другие сервитуты принимали в городах довольно разнообразные формы. Значительно позднее возникла новая группа личных сервитутов (*servitutes personarum*). Вначале к ним применялись старые названия владения и собственности – *usufructus*, *usus*, которые затем стали уже техническими терминами. Выражение *сервитуты* было перенесено на личные сервитуты лишь в позднеклассическое время⁷.

Официально существование личных сервитутов было признано в рамках юстиниановской компиляции⁸, что касается также и их разграничения на узуфрукт (*usufructus*), *узус* (*usus*), *хабитацио* (*habitatio*) и право пользования чужими рабами и животными (*operae servorum vel animalium*)⁹.

В отличие от собственности, специальное вещное право имело своим предметом не вещь как таковую, а ее отдельную хозяйственную функцию¹⁰, что и предопределило ограниченное содержание вещных «прав пользования» чужими вещами. Не случайно в рамках римско-правовой концепции вещных прав

сервитут рассматривался только как право пользования чужой вещью, которое устанавливалось или для создания определенных выгод при эксплуатации чужого земельного участка, или в пользу определенных лиц¹¹. Последнее целевое предназначение личных сервитутов имело место в случае проживания в чужом доме в силу различных правовых оснований (*habitatio*).

Современная Концепция развития гражданского законодательства¹² несколько иначе подходит к разграничению иных вещных прав, во-первых, проводя четкую границу, между сервитутами и usufrukтом; во-вторых, не выделяя такой разновидности иных вещных прав, как *habitatio* (*habitatio*), что вполне объяснимо с философской точки зрения.

В частности, оценивая данную правовую ситуацию, следует обратиться к основам философского понимания развития того или иного явления. Так, с течением времени многие научные взгляды претерпевают изменения с учетом потребностей времени и особенностей экономического развития общества. Однако всё в обществе, включая и правовые явления, рано или поздно повторяется, но на качественно ином уровне.

Направленность развития определяется диалектическим единством двух противоположных тенденций – поступательности и повторяемости. Взаимосвязь этих тенденций в восходящем развитии выражает действие закона отрицания отрицания. Развитие в целом поступательно, ибо старое, хотя и может затормозить развитие, не в состоянии остановить его. При этом развитие идет не по прямой линии, так как оказывается относительная, неполная повторяемость, которая состоит в том, что на определенном этапе развития воспроизводятся некоторые черты и свойства старого, исходного этапа. При этом повторение не есть полный возврат к старому, потому что оно воспроизводит лишь некоторые черты старого и происходит на более высоком уровне развития, на новой основе.

Вследствие того, что такие повторения есть в развитии, оно представляет собой сочетание двух противоположных тенденций – поступательного движения вперед и неполной повторяемости старого на определенных этапах. При этом ведущим является поступательное движение вперед. Развитие, сочетающее такие тенденции, происходит как бы по спирали¹³.

Для того чтобы проанализировать специфику правового регулирования жилищного usufrukта в современном понимании его законодателем и сформированной научной концепцией, следует сравнить такие правовые

явления, как право на личное пользование жилищем (*habitatio*) и современное представление об usufrukте и его разновидности – социальном usufrukте.

Представляет интерес определение перспектив правового регулирования содержания правомочий обладателя данного права с учетом его исторически сложившихся признаков, претерпевших существенную рецепцию в рамках современной концепции развития вещных прав.

Итак, право на личное пользование жилищем (*habitatio*) носило строго персональный характер и являлось разновидностью права пользования. Следствием тому явилась невозможность передачи жилья другим лицам, включая невозможность подселения. Исключение было сделано лишь в отношении ближайших родственников, в частности супругов. Право на проживание было срочным или пожизненным, без права безвозмездной уступки другому лицу. Оно не прекращалось ни в результате умаления правоспособности, ни из-за длительного неиспользования. И только при Юстиниане, в отдельных случаях, в частности с легатарием, получившем право на жилище, в содержании данного права появилась такая распорядительная возможность, как сдача в аренду за плату жилого помещения¹⁴. Это позволило современным ученым трактовать данное право (*habitatio*) в качестве самостоятельного вещного¹⁵. Таким образом, можно утверждать, что usufrukт и права на личное пользование жилищем (*habitatio*) рассматривались в качестве самостоятельных прав.

Русское сервитутное право пожизненного жительство в доме (имении), предоставляемое определенному лицу в рамках личного сервитута имело много схожих черт с римской *habitatio*. Пожизненное жительство устанавливалось, например, в случае продажи дома с сохранением за продавцом права проживания во флигеле до конца своей жизни или указания в завещании права пожизненного проживания в имении, которое завещано одному лицу¹⁶. В целом в дореволюционном праве *habitatio* не получило своего законодательного оформления. Гражданское право до революции среди разделов Свода законов гражданских не содержало даже названия «Вещное право», а главным, центральным понятием было право собственности, которое подразделялось на полное и неполное¹⁷.

Действующее законодательство не содержит такого понятия, как usufrukт, и соответственно не содержит его определения. Отдельные права, близкие по своему содержанию к usufrukту, например права членов семьи собст-

венника, права отказополучателя и некоторые другие, в законодательстве по содержанию не раскрыты, вид вещного права не определен, что порождает возникновение правовых суррогатов – понятий, которые сегодня не могут быть отнесены ни в категории вещных, ни в категории обязательственных. Это приводит к формированию противоречивой правоприменительной практики, что существенно сужает уровень защиты участников гражданских правоотношений. По мнению авторов Концепции развития гражданского законодательства (далее – Концепция), возникла потребность введения в законодательство вещного права, по своему содержанию близкого к узуфрукту, носящему строго выраженный личный характер¹⁸.

Современный узуфрукт рассматривается как личное пользование, отличное от сервитута, где правомочие владения отсутствует. Его разновидностью должен являться жилищный узуфрукт.

Современная Концепция позволяет выявить некоторую преемственность в правовом регулировании современного жилищного узуфрукта, прообразом которого служило такое право, как хабитацио (права на личное пользование жилищем). Так, сохранен его строго личный характер, неотчуждаемость и непередаваемость, его срочность либо пожизненность. Вместе с тем современное содержание данного права видится авторам Концепции как более объемное. В отличие от римского права, обладатель современного жилищного узуфрукта может получить право на извлечение выгод из вещи, возможность его изменения с согласия собственника. Сохраняется узуфрукт и при смене собственника, свобода распоряжения которого не имеет ограничений. В отношении узуфруктуария может действовать погасительная давность от года до трех лет, когда неиспользование вещи может влечь прекращение узуфрукта. Таким образом проявляется развитие по спирали.

Анализ Концепции позволяет констатировать гражданско-правовую природу узуфрукта, так как согласно Концепции основным основанием его возникновения является гражданско-правовая сделка, совершаемая как на возмездной, так и безвозмездной основе исключительно в письменной форме. К числу таких сделок в качестве наиболее типичных отнесены следующие: завещательный отказ, пожизненное содержание с иждивением при сохранении проживания, брачный договор и договор на приватизацию жилого помещения при отказе нанимателя от приобретения права собственности. Основанием возникновения узуфрукта может стать и решение суда.

С учетом признаков узуфрукта, изложенных в Концепции, можно дать его определение: узуфрукт – это неотчуждаемое и непередаваемое право лица по владению и пользованию вещью, установленное договором или решением суда, согласно которому узуфруктуарий возмездно или безвозмездно осуществляет свои правомочия, извлекает выгоды от использования вещи и несет издержки по ее содержанию в течение определенного срока или пожизненно, сохраняя данное право при смене собственника.

Говоря о совершенствовании правового регулирования жилищного узуфрукта, в первую очередь, можно отметить то, что согласно современной Концепции узуфрукт в отношении недвижимых вещей возникает и прекращается в момент государственной регистрации, что с неизбежностью приведет к внесению изменений в п. 1 ст. 131 Гражданского кодекса РФ¹⁹, а также ст. 4 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним²⁰ в части обязательности регистрации жилищного узуфрукта.

Вместе с тем правовая природа современного жилищного узуфрукта нуждается в более глубоком анализе. Так, в Концепции выделяется общий и социальный (семейный) узуфрукт, а к числу наиболее типичных случаев установления узуфрукта отнесены завещательный отказ, пожизненное содержание с иждивением при сохранении права проживания, брачный договор, договор приватизации жилого помещения при отказе нанимателя от приобретения права собственности. Полагаем, что именно эти основания должны влечь за собой возникновение общего жилищного узуфрукта. Однако согласно Концепции основанием возникновения жилищного узуфрукта может стать иной договор, закон и судебное решение.

Выделяют авторы Концепции и совокупность обязательных признаков социального (семейного) узуфрукта (в том числе и жилищного): семейные отношения, наличие обязанностей собственника по содержанию этих лиц, совместное проживание с собственником жилого помещения, отсутствие в собственности этих лиц или на ином праве жилых помещений. При этом выделяются основания возникновения социального (семейного) узуфрукта (в том числе и жилищного): волеизъявление собственника или судебное решение, которое возможно только в отношении лиц, круг которых определен законом. К их числу авторы Концепции относят супругов, несовершеннолетних детей, престарелых родителей, нетрудоспособных иждивенцев и др.

С этих позиций постараемся взглянуть на действующее законодательство.

На наш взгляд, общие правила о жилищном узлуфрукте следует включить в раздел ГК РФ «Вещные права», а положения о социальном (семейном) узлуфрукте раскрыть в ст. 31 Жилищного кодекса РФ, включив в ГК РФ отсылочную норму.

Основаниями возникновения общего жилищного узлуфрукта должен стать исключительно договор или иная гражданско-правовая сделка (завещательный отказ, договор аренды с условием пожизненного содержания с иждивением при сохранении права проживания, брачный договор, договор приватизации жилого помещения при отказе нанимателя от приобретения права собственности и т.п.). Статья 31 Жилищного кодекса РФ нуждается в серьезной редакции. Прежде всего в п. 1 данной статьи все названные признаки социального (семейного) жилищного узлуфрукта должны, бесспорно, касаться лишь нетрудоспособных супругов (супруги в период беременности и трех лет со дня рождения ребенка), несовершеннолетних детей, нетрудоспособных родителей. Это и будет социальный (семейный) жилищный узлуфрукт в силу закона. Все иные лица при соблюдении обязательных признаков должны приобретать статус социального узлуфруктуария лишь в исключительных случаях по решению суда, что также следует отразить в ст. 31 Жилищного кодекса РФ.

Трудно согласиться с авторами Концепции по следующим моментам. На наш взгляд, волеизъявление собственника не должно быть основанием возникновения социального (семейного) жилищного узлуфрукта, так как, по сути, исчерпан круг лиц, которых собственник жилого помещения обязан содержать. Допустить договорные начала в данной ситуации было бы возможным при условии отказа авторов Концепции от совокупности обязательных признаков социального (семейного) узлуфрукта, исключив, в частности, такой признак, как наличие обязанностей собственника по содержанию этих лиц. Кстати, это соответствует идеи авторов Концепции относительно прекращения социального узлуфрукта у несовершеннолетних в случае возникновения у них гражданской дееспособности.

Воронежский институт МВД России

Сухарева Е. Р., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского, трудового и финансового права

E-mail: elenasuh65@mail.ru

Тел.: 8-919-189-31-19

¹ *Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 240.*

² Там же. С. 222.

³ *Гримм Д. Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 189.*

⁴ *Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 149.*

⁵ См.: *Вещные права на землю в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2006. С. 65, 118, 280.*

⁶ См.: *Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для юридических вузов и факультетов / под ред. В. С. Нерсесянца. 2-е изд., изм. и доп. М., 2000. С. 444; Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1999. С. 197.*

⁷ См.: *Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 197.*

⁸ *Дождев Д. В. Указ. соч. С. 444.*

⁹ См.: *Актуальные проблемы гражданского права: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. Н. М. Коршунова, Ю. Н. Андреева, Н. Д. Эриашвили. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 109.*

¹⁰ См.: *Дождев Д. В. Указ. соч. С. 444.*

¹¹ См.: *Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 195.*

¹² *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4.*

¹³ См.: *Марксистско-ленинская философия: учеб. пособие для слушателей высших партийных школ. М., 1965. С. 91.*

¹⁴ См.: *Дождев Д. В. Указ. соч. С. 465.*

¹⁵ См.: *Там же; Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 200.*

¹⁶ См.: *Актуальные проблемы гражданского права: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. Н. М. Коршунова, Ю. Н. Андреева, Н. Д. Эриашвили. С. 111.*

¹⁷ См.: *Щенникова Л. В. Вещное право: учеб. пособие. М., 2006. С. 9.*

¹⁸ См.: *Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 159.*

¹⁹ *Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая: федер. закон от 21 октября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.*

²⁰ *О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: федер. закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 30. Ст. 3594.*

Voronezh Institute of the Ministry of the Internal Affairs of Russia

Sukhareva E. R., Candidate of Law Science, Associate Professor of the Civil, Labour and Financial Law Department

E-mail: elenasuh65@mail.ru

Tel.: 8-919-189-31-19

Т. Н. Сафронова

Воронежский государственный университет

СИСТЕМА ДОГОВОРОВ В РИМСКОМ ПРАВЕ И ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Анализируются основные тенденции развития системы контрактов в Древнем Риме, исследуется соотношение категорий «соглашение» и «договор» с точки зрения римского и современного гражданского права, обосновывается вывод о возможности различных соглашений необязательственного характера в вещном праве, уделяется внимание вопросам соотношения реальных и консенсуальных договоров в римском и современном праве.

К л ю ч е в ы е с л о в а: соглашение, контракт, пакт, гражданско-правовой договор, натуральное обязательство, консенсуальный и реальный договоры, сервитут.

THE CONTRACT SYSTEM IN THE ROMAN LAW AND IN THE MODERN CIVIL LAW OF RUSSIA

In the article the basic tendencies of the development of the system of contracts in Ancient Rome are analyzed. The parity of categories of "agreement" and "contract" from the point of view of the Roman and modern civil law is investigated. The conclusion about the possibility of various agreements of non obligatory character in the rights in rem is proved. The attention to the questions of parity real and consensual contracts in the Roman and modern law is paid.

К e y w o r d s: agreement, contract, pact, civil contract, natural obligation, consensual and real contracts, servitude.

Поступила в редакцию 15 июня 2011 г.

Прикладной характер римской юриспруденции обусловил отсутствие в ней системных теоретических разработок в области договорного права. Однако именно в нормах римского частного права берут начало истоки правовых конструкций, аналогичных современному гражданско-правовому договору.

Рассмотрим основные особенности римской договорной системы через призму ее влияния на моделирование современной конструкции «гражданско-правовой договор» в российском праве.

1. Значительный интерес вызывает вопрос о соотношении категорий *соглашение* и *договор* применительно к частноправовому регулированию общественных отношений. Анализ римских источников приводит к выводу об отсутствии тождества обозначенных категорий. Так, известные македонские романисты на основе трактовки текстов Дигест заключают, что далеко не всякие соглашения (*conventiones*) относятся к контрактам; для признания соглашения в качестве контракта недостаточно согласованного волеизъявления двух или более субъектов. Обязательственными договорами, или *contractus*, являлись

лишь соглашения, основанные на согласованном волеизъявлении право- и дееспособных субъектов, при условии, что эта согласованность будет достигнута в форме, предписанной законом, и что предмет ее деятельности может находиться в рамках обязательственного права¹. Если же соглашения имели своим предметом не обязательственную prestation, а какие-либо другие исполнения, то, как отмечают цитируемые авторы, речь не шла об обязательственных договорах. Скорее следует говорить о соглашениях из других правовых областей (личные отношения, брачные отношения)².

Подобные виды соглашений, не порождающие чисто обязательственную связь, действительно, встречаем применительно к другим институтам римского права. Говоря об установлении сервитутов на провинциальные земельные участки на основании письменных соглашений, М. Х. Гарсия Гарридо приводит дискуссию романистов по поводу эффекта таких пактов и стипуляций (вещный или обязательственный эффект). Одни ученые обосновывают вещный эффект подобных соглашений, другие отмечают, что только пакт мог иметь негативный вещный эффект (в виде эксцепции на негаторный иск)³.

© Сафронова Т. Н., 2011

Современное гражданское законодательство России в нормах раздела «Общая часть обязательственного права» дает определение гражданско-правового договора как соглашения двух или более лиц, направленного на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Вместе с тем термин *соглашение* применительно к основаниям установления гражданских правоотношений используется и в вещном праве.

Поиск критериев различия гражданско-правовых договоров и соглашений в области вещного права в значительной мере связан со сложнейшей теоретической проблемой разграничения прав на вещные и обязательственные. Особую сложность представляет проведение грани между правами на чужие вещи и правами обязательственными. Традиционно выделяемые признаки вещного права применимы и к правам обязательственным, ряд из которых предполагает наличие правомочия владения у их носителя, а следовательно, и абсолютную защиту. Так, по логике законодателя и исторически сложившимся воззрениям российской доктрины, сервитут занимает место среди вещных прав, в то время как аренда, ссуда, доверительное управление и другие конструкции, предполагающие правомочия владения и пользования, регулируются нормами обязательственного права. Вместе с тем и сервитут, и аренда включают два типа правоотношений, тесно примыкающих друг к другу. С одной стороны, есть относительная связь собственника и субъекта, пользующегося чужой вещью, по выражению известного цивилиста В. К. Райхера, некое «внутреннее действие права»⁴. В то же время несобственник, носитель вещных правомочий, состоит в абсолютном правоотношении со всеми третьими лицами.

Представляется, что характер «внешнего» правоотношения не может служить критерием для проведения различия между ограниченными вещными и обязательственными правами, поскольку такие признаки, как абсолютность, право следования, непосредственность отношения лица к телесной вещи присущи и праву обязательственному в его внешнем аспекте. Согласно логике ст. 305 ГК РФ право на вещные иски имеют помимо собственника и иные законные владельцы. Таким образом, путем виндикационного и негаторного исков могут защищаться арендатор, ссудополучатель, залоговый кредитор, доверительный управляющий.

Следовательно, различие прав, относимых законодателем к ограниченным вещным, и обязательственным прав с элементами владе-

ния кроется в характере «внутренней» связи между собственником, с одной стороны, и лицом, владеющим и пользующимся вещью собственника, с другой. Применительно к обязательственным правам такая связь опосредуется гражданско-правовым договором, порождающим у сторон взаимные обязательства по совершению активных действий в виде «дать, сделать, предоставить» в пользу друг друга. В то же время основаниями установления ограниченных вещных прав, наряду с односторонними действиями собственника, судебными решениями и иными юридическими фактами, могут служить соглашения собственника и субъекта ограниченного вещного права. Наиболее наглядна подобная модель применительно к возникновению земельного сервитута, поскольку п. 3 ст. 274 ГК РФ предполагает соглашение между лицом, требующим установления сервитута и собственником соседнего участка. По каким признакам возможно отличить такое соглашение от обязательственного договора? Думается, что соглашение об установлении сервитута характеризуется отсутствием явной обязательственной связи между его сторонами, поскольку собственник обязуется терпеть пассивным образом воздействие со стороны сервитуария, не совершая, в свою очередь, никаких встречных действий в пользу последнего. По этой причине трудно согласиться с высказанной в литературе точкой зрения о квалификации сервитутного соглашения как договора об установлении сервитута и об отнесении его к числу непоименованных гражданско-правовых договоров⁵. Представляется, что основной эффект соглашения носит вещно-правовой характер, направленный на наделение сервитуария ограниченным вещным правом на объект недвижимости. Его собственник не осуществляет предоставления вещи в обязательственно-правовом значении этого понятия.

Справедливости ради следует сказать, что наблюдается некоторое проникновение обязательственных элементов в отношения собственника служащей вещи и сервитуария. По общему правилу земельный сервитут рассматривается как возмездное использование чужого недвижимого имущества, в силу чего собственник господствующей вещи наделяется правом требования от сервитуария соразмерной платы за пользование земельным участком. Это, безусловно, свидетельствует о тонкости и условности грани между правами вещными и обязательственными.

Признанием возможности различных соглашений, не относимых к обязательственным договорам, характеризуется и правовое

регулирование отношений общей собственности. Так, владение и пользование общим имуществом осуществляется по соглашению собственников (ст. 247 ГК РФ), подобные соглашения могут определять порядок распределения плодов и доходов от вещи (ст. 247 ГК РФ), устанавливать и изменять размер идеальных долей (ст. 245 ГК РФ). Эти соглашения направлены на регулирование внутренней связи собственников, в принципе не затрагивая их отношения с третьими лицами, в которых каждый собственник, будучи носителем субъективного вещного права, в равной мере наделен правомочием на обращение к абсолютным средствам защиты. Названные соглашения определяют вещный режим обладания вещью, разграничивая «сферы влияния» собственников и обязывая их к воздержанию от посягательств на установленный порядок пользования вещью.

Однако отсутствие четких доктринальных и законодательных представлений о правовой природе соглашений собственников по поводу определения порядка пользования общей вещью вызывает определенные сложности в правоприменительной практике. В частности, остается без прямого ответа со стороны законодателя вопрос о возможности изменения установленного соглашением порядка пользования по требованию одного из собственников или на основании их взаимного соглашения. Особенно остро вопрос об изменении сложившегося порядка может встать при смене собственников, когда, скажем, правопреемников не устраивает установленный порядок по причине отсутствия родственных отношений между ними. Для сравнения: ранее действовавший ГК РСФСР содержал правило об обязательности сложившегося порядка пользования и для лиц, приобретших долю в праве впоследствии, при условии наличия нотариального соглашения и регистрации его в соответствии с действовавшим в то время порядком (ст. 124). Нынешний ГК РФ подобного правила не содержит. Возвращение к аналогичному положению при наличии зарегистрированного ЕГРП соглашения собственников предлагает Концепция развития гражданского законодательства РФ, разработанная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства⁶.

Представляется, что однажды установленный соглашением собственников порядок пользования вещью не может превратиться в неизменяемое вечное положение. Особой сложности не возникает, если собственники пришли к новому соглашению о порядке поль-

зования вещью, изменяя или прекращая тем самым ранее достигнутое договоренность.

Сложнее приходится в ситуации, когда требование изменить соглашение исходит от одного из них. Поскольку односторонний порядок в данной ситуации законом не предусмотрен, да и вряд ли возможен с точки зрения существа отношений, собственнику, требующему пересмотра установленного механизма пользования, придется обращаться в суд. По каким основаниям суд вправе вынести решение об изменении установленного порядка? Возникает соблазн применения по аналогии норм об изменении гражданско-правового договора, которые достаточно подробно изложены в гл. 29 ГК РФ. Однако, как уже отмечалось, гражданско-правовой договор, имеющий обязательственно-правовую направленность, нетождествен по своей природе соглашениям вещно-правового характера, поэтому обращение к аналогии закона выглядит далеко не безупречным. Не остается ничего иного, как заполнение правового вакуума в данном вопросе решениями правоприменителя.

Все изложенное выше свидетельствует о необходимости понимания гражданско-правового договора лишь как частного случая соглашений в гражданском праве и о неспособности обязательственного права как блока законодательства регулировать все возможные виды гражданско-правовых соглашений.

2. Интересно обращение к эволюции принципов и идей, на которых основывается система договорных обязательств. Известно, что система договоров в Риме носила замкнутый характер и строилась на проведении различий между категориями *контракт* и *пакт*. Только соглашения, признанные гражданским правом, получали исковую защиту и относились к категории контрактов (*contractus*), выступая антиподом неформальных соглашений (*pacta*), не пользующихся исковой защитой⁷. Определенный прогресс в развитии системы договоров в рамках римской юриспруденции происходит по следующим направлениям.

Во-первых, показательное создание конструкции безымянных контрактов, послуживших, по выражению В. В. Ровного, связующим звеном между пактами и контрактами⁸, поскольку безымянные договоры моделировались не путем перечисления договорных видов, как в остальных группах контрактов, а при помощи обозначения их типов с учетом характера взаимного предоставления.

Во-вторых, следует отметить тенденцию постепенного признания ряда пактов и облачения их в форму «одетых» соглашений (согласно терминологии, сложившейся в Средние века).

Как отмечает Д. В. Дождев, «от голых пактов следует отличать те соглашения в свободной форме, которые со временем получили исковую защиту: либо в плане *ius honorarium*, либо на основе постклассического императорского законодательства (*pacta legitima*)»⁹. Различие контрактов и названной категории пактов по критерию отсутствия исковой защиты утрачивается, но сохранение строгой типизации контрактов обуславливает разницу контракта и пакта, поскольку последний даже при наличии исковой защиты в эту систему не вписывается.

Таким образом, в римском праве только прямое признание со стороны закона позволяло обязательству получить исковую защиту.

Отсутствие у современной цивилистической доктрины формализма в сугубо римском понимании обусловило установление принципиально иных начал в построении системы договоров. Новейшее гражданское законодательство европейских государств придерживается совершенно иного принципа моделирования системы гражданско-правовых договоров – предоставление защиты всякому договору, отвечающему признакам действительности сделки. Анализируя общую тенденцию развития европейского договорного права, современные исследователи отмечают, что «в результате участники оборота получили возможность самостоятельно устранять негативные последствия отставания закона от жизни путем создания не известных формализованному праву договоров»¹⁰. Из подобных идей исходит и англо-американское право, в котором всякая юридическая сделка (кроме односторонней), направленная на возникновение, изменение и прекращение обязательств, признается договором¹¹.

Одно из проявлений принципа свободы договора, закрепленного в ст. 1 и 421 ГК РФ, заключается в гарантированной будущим сторонам возможности заключения наряду с поименованными договорными конструкциями смешанных и непоименованных договоров. Главный критерий правомерности последних – непротиворечие основным принципам гражданского права. В юридической литературе справедливо отмечается, что названный аспект свободы договора, безусловно, имеет известные ограничения. К отдельным отношениям закон допускает применение лишь строго определенной договорной модели, некоторые договорные конструкции могут использоваться лишь ограниченным кругом субъектов¹². Но наличие определенного количества исключений не опровергает общего правила.

Таким образом, отпадает потребность в заимствовании римской классификации договоров на контракты и пакты по критерию признанности законом, поскольку и непоименованный договор порождает обязательство, по своей полноценности не уступающее тем, которые возникают из предусмотренных в законе договорных конструкций. Наличие исковой защиты прав кредитора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства перестало по общему правилу служить базовым критерием для классификации договоров, поскольку наделение субъективным правом с точки зрения современных представлений о правонаделении уже предполагает признание возможности его принудительной защиты. Традиционно в теории права среди правомочий носителя субъективного права в качестве составной части выделяется правопритязание, т.е. возможность обратиться за защитой своего нарушенного права, привести в действие охранительный механизм государства¹³.

Однако в качестве отступления от ключевой идеи предоставления защиты любому субъективному праву современное гражданское право знает случаи отказа в исковой защите носителям субъективного права. Достаточно вспомнить судьбу правоотношения, в том числе обязательственного, после пропуска срока исковой давности управомоченным лицом. Нормы ст. 206 ГК РФ о возможности добровольного исполнения по истечении исковой давности свидетельствуют о сохранении субъективного права у лица, не воспользовавшегося судебной защитой в рамках установленного срока давности. Согласно ст. 1062 ГК РФ обязательства из игр и пари, за исключением перечисленных в законе требований, не подлежат судебной защите.

В связи с этим уместно обратиться к римской конструкции натурального обязательства. По мнению дореволюционного цивилиста И. А. Покровского, «система обязательств в римском праве, снабженных иском, должна быть дополнена так называемыми натуральными обязательствами»¹⁴, суть которых заключается в невозможности принуждения должника к исполнению при помощи механизма судебной защиты. Однако целый ряд признаков позволял обнаружить в отношениях сторон элементы не фактической, а правовой связи. Основное правовое последствие натурального обязательства заключалось в том, что исполненное по нему добровольно не рассматривалось в качестве недолжного и не могло быть истребовано должником обратно. Помимо этого натуральные обязательства подлежали

зачету даже с обязательствами гражданскими, могли быть преобразованы в гражданские обязательства посредством новации¹⁵.

Производными от идеи натуральных обязательств представляются приведенные выше положения современного гражданского права России об играх и пари. Нуждается в уяснении формулировка о том, что обозначенные требования «не подлежат судебной защите». Представляется, что, отказывая в защите лицам, участвовавшим в игре и пари, законодатель не имеет в виду процессуальный аспект права на иск, который заключается в возможности обращения с иском в суд. Такое понимание противоречило бы как конституционным положениям о праве каждого на защиту, так и смыслу, заложенному в нормы ГК РФ об играх и пари. Так, требования лица, принявшего участие в игре и пари под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя с организатором этого мероприятия, подлежат судебной защите. Однако такие пороки воли участника игры или пари могут быть выявлены только в рамках судебного разбирательства с представлением и исследованием доказательств на основе гражданско-процессуальных норм. Следовательно, отказывая в принятии искового заявления, суд лишал бы потерпевшего участника права доказывать названные пороки.

Думается, что под отказом в защите права следует понимать защиту в материально-правовом аспекте. Выявление того, что требование основано на игре и пари и не относится к числу тех, которым законом все-таки предоставлена защита, повлечет для истца отказ в иске по существу заявленного требования.

Построение системы договоров в ГК РФ представляется безупречным и потому, что законодатель относит действия из игр и пари к односторонним обязательствам, исключая их из сферы договорного регулирования. В юридической литературе вместе с тем убедительно доказывается, что в основе возникновения такого обязательства лежит соглашение организатора и участников, положительный ответ которых необходимо рассматривать как акцепт¹⁶. Следовательно, «игры и пари представляют собой договоры о возникновении прав и обязанностей, заключенные с целью обогащения... под отлагательным условием»¹⁷. Такая точка зрения представляется вполне обоснованной. В пользу этой позиции могут быть приведены и нормы ст. 1063 ГК РФ, исходящие из необходимости регламентации договором отношений между организаторами лотерей, тотализаторов и других основанных на риске игр и их участниками.

Таким образом, идея натуральных обязательств на сегодняшний день не получила достаточной разработки в цивилистической доктрине и не находит детального отражения в действующем законодательстве. Однако следует отметить, что Концепция развития гражданского законодательства отмечает целесообразность дополнения общих положений об обязательствах нормами о натуральных обязательствах, для того чтобы на основе базовых положений основания возникновения и специфика их отдельных видов определялись специальными нормами ГК РФ и других федеральных законов¹⁸.

3. Общеизвестно предложенное римским юристом Гаем деление контрактов на четыре основные группы: реальные, вербальные, литеральные и консенсуальные (Gai. Inst. 3.89)¹⁹. Современному юристу данная типология договоров представляется безупречной с точки зрения ее оснований. На первый взгляд, видится смешение различных критериев: формы и способа возникновения обязательств. Однако классификация становится логичной, если абстрагироваться от подхода к вербальным и литеральным контрактам как проявлению формы сделки. Только представление об этих контрактах как *сугубо формальных* позволяет внести стройность в данную систему. Произнесение слов либо составление документа выступает не столько как атрибут формы, а как момент возникновения обязательств, в то время как в реальных и консенсуальных договорах фраза или запись служит лишь доказательством договорной воли.

Может ли римская классификация использоваться как системообразующая в современном гражданском праве? Очевидно, что нет, именно по причине сведения устного или письменного момента к форме, а не виду сделки. Отсюда и реальные, и консенсуальные договоры могут заключаться как в устной, так и в письменной форме. Гражданскому законодательству России совершенно незнакомы какие-либо строго формальные моменты, связанные с устной формой, напротив, возможно ее ослабление за счет конклюдентных действий (п. 2 ст. 158 ГК РФ). Определенные требования могут предъявляться законом к письменной форме в виде дополнительных условий оформления документов (ст. 160 ГК РФ). Кроме того, в ряде случаев по прямому указанию закона ее несоблюдение ведет к недействительности договора.

Обращает на себя внимание противоречивость изложения в действующем гражданском законодательстве юридических последствий отсутствия письменной формы с точки зрения

влияния на возникновение обязательства. Если ст. 162 ГК РФ говорит о недействительности сделки при несоблюдении простой письменной формы в случаях, предусмотренных законом, имея в виду, что договорная относительная связь все же имеет место, хотя и со значительным пороком, то ст. 432, 434 ГК РФ привязывают соблюдение формы к моменту заключения договора. С точки зрения этих норм при несоблюдении формы он считается незаключенным, следовательно, относительная связь договорного типа вообще не возникает. В случае незаключенности договора полученное лицами как несостоявшимися сторонами друг от друга следует квалифицировать в качестве неосновательного обогащения. Данные правовые положения, очевидно, исходят из римского понимания роли literalности в обязательстве как необходимого условия его возникновения.

Думается, что эта коллизия различных последствий несоблюдения простой письменной формы договора на сегодняшний день должна решаться следующим образом. Наличие в специальной норме ГК РФ или иного закона указания на недействительность договора при несоблюдении требуемой законом простой письменной формы заставляет правоприменителя обращаться к нормам о последствиях недействительности сделок. В остальных случаях, т.е. при отсутствии в законе указания на недействительность договора, следует применять правила ст. 434 ГК РФ и считать договор незаключенным. Еще более противоречивой выглядит ситуация применительно к нотариальной форме договора. Здесь правило п. 1 ст. 434 ГК РФ о незаключенности договора при несоблюдении такой формы вообще не может быть применено, поскольку исключается императивным указанием п. 1 ст. 165 ГК РФ, в силу которого несоблюдение нотариальной формы всегда влечет недействительность сделки.

Становится очевидным, что необходимо устранение различия законодательных подходов к правовым последствиям несоблюдения того или иного варианта письменной формы.

4. Какой же критерий моделирования системы договоров избирает современный законодатель, и в какой степени на этот выбор оказывает влияние римское наследие?

В российской юридической науке ведутся дискуссии по поводу поиска универсального критерия классификации договоров, который должен быть положен в основу построения их системы в базовом кодифицированном гражданско-правовом нормативном акте. Вполне обоснованной представляется позиция Ю. В. Романца о признании направленности

обязательства на достижение определенного результата в качестве основного системного фактора, моделирующего систему. При этом под направленностью понимается тот результат, к которому стремятся стороны²⁰. С этой точки зрения ГК РФ выделяет несколько договорных типов: о передаче имущества в собственность; о передаче во временное владение и пользование; о выполнении работ; об оказании услуг; об осуществлении совместной деятельности. При этом невозможно отрицать значение и иных, помимо направленности воли, критериев классификации договоров в гражданском праве. В связи с этим справедливой выглядит мысль о том, что «система гражданско-правовых договоров строится по нескольким связанным между собой основаниям, иерархичная значимость которых определяется степенью их влияния на элементы правового механизма»²¹. Таким образом, построение раздела ГК РФ, закрепляющего отдельные виды договоров, осуществляется по многоступенчатому критерию систематизации на базе основного признака – цель (кауза) договора. Внутри договорных типов выделяются виды и подвиды гражданско-правовых договоров с учетом одного или нескольких более дробных классификационных критериев: реальный или консенсуальный характер договорной модели, ее возмездность или отсутствие таковой и т.д.

Избрание каузы в качестве базового основания деления договоров восходит к римской классификации контрактов на абстрактные и каузальные. Древнейшие римские контракты носили абстрактный характер и порождали обязательства независимо от каузы сделки. Яркими примерами служат ритуальные формы стипуляции и акцептиляции. Динамика экономических отношений заставила юристов обратить особое внимание на каузу сделки и выработать различные конструкции каузальных договоров.

Следует согласиться с Л. Ю. Василевской, что понятие каузы стало необходимым в связи с потребностью в обеспечении взаимосвязанного предоставления по ранее самостоятельным абстрактным контрактам, т.е. достижения синаллагмы²². Отголосок независимости двух абстрактных предоставлений мы находим даже в нормах о консенсуальном контракте купли-продажи в виде правила «риск всегда несет покупатель», нарушающего принцип взаимности предоставления. По мнению Д. В. Дождева, прогресс в цивилистическом регулировании экономических отношений связан с типизацией социально-экономических интересов в устойчивые формы²³. Несмотря

на провозглашенную ГК РФ незамкнутость системы договоров смоделировать новые договорные конструкции достаточно сложно по причине учета законодателем наиболее значимых интересов и изложения их в виде известных целей, на достижение которых направляется воля сторон.

Однако абстрактные обязательства не являются исключительно достоянием прошлого. Моделируя систему договоров в разделе «Отдельные виды обязательств», разработчики ГК РФ увлеклись исключительно каузальным принципом, оставив в стороне абстрактные обязательства. Идея абстрактности применительно к институту ценных бумаг находит отражение в положениях п. 2 ст. 147 ГК РФ о независимости исполнения по ценной бумаге от основания возникновения обязательства. Однако принцип абстрактности сделок, связанных с выдачей и передачей ценных бумаг, вряд ли применим ко всем их видам. Сомнительно рассмотрение как абстрактной ценной бумаги акции, для передачи и осуществления прав по которой важно наличие действительных корпоративных отношений. Напротив, абстрактность обязательств наглядно иллюстрируется на примере обращения такой ценной бумаги, как вексель, что идеально соответствует его правовой природе.

Видимо, законодатель либо рассматривает сделки по передаче ценных бумаг как односторонние, либо считает целесообразным лишь специальное их регулирование на уровне законодательства о ценных бумагах, не включая базовые положения об абстрактных сделках в нормы обязательственного права в целом. Таким образом, доведенная до абсолюта идея «каузы» при построении системы договоров обедняет ее.

5. Определенную трансформацию претерпело разграничение договоров на реальные и консенсуальные. Современные юристы предпринимают попытки обоснования причин зарождения и существования в римском частном праве конструкции реальных контрактов, соединяющих воедино обязательственные и вещные моменты в виде одноактности согласования воли сторон и передачи вещи. Д. В. Дождев связывает их с древнейшими магическими представлениями, в соответствии с которыми сам факт контакта с чужой вещью вел к личному подчинению ее признанному хозяину²⁴. Кроме того, передача вещи в реальном контракте служила дополнительной гарантией для должника, поскольку до этого момента его обязанность не возникала.

Современное гражданское право России сохраняет основные виды римских реальных

контрактов с существенными отступлениями от идеи реальности в пользу допущения консенсуальной модели, в частности:

а) используя реальную конструкцию договора займа, законодатель создает близкий по экономической и правовой природе вид договора – кредитный договор, консенсуальный по своей сущности;

б) правовое регулирование договора ссуды допускает выбор по усмотрению сторон как реальной, так и консенсуальной конструкции;

в) наряду с традиционным реальным договором хранения появляется предпринимательская модель этого договора, предусматривающая обязанность принять в будущем вещь на хранение.

Появился также ряд новых видов договоров, построенных по реальному принципу – страхование, доверительное управление, перевозка грузов, банковский вклад. Однако общая логика развития гражданского законодательства – установление консенсуальности как общего правила для современных договоров, так как передача вещи в момент заключения договора необходима лишь в случаях, предусмотренных законом (п. 2 ст. 433 ГК РФ). Консенсуальный характер в большей мере соответствует природе товарно-денежных отношений, в которых стороны могут распоряжаться еще не принадлежащими им, а часто даже не существующими на момент заключения договора вещами. Вещный эффект передачи по усмотрению сторон может быть отсрочен на удобное для них время.

Более того, сущность некоторых договоров абсолютно исключает применение реальной модели отношений. Например, выполнение подрядных работ предполагает хотя бы незначительное отличие по времени моментов заключения и передачи результата работы. Большинство договоров о выполнении услуг носят длящийся характер и не предполагают первоначального вверения вещи другой стороне.

По каким же причинам в ГК РФ сохранены отдельные виды реальных контрактов? Следует отказаться от поиска универсального ответа на этот вопрос, поскольку разные конструкции реальных договоров нуждаются в различной аргументации.

Следует согласиться с В. В. Ровным, что во многих случаях реальность связана с целью договора и характером интереса²⁵. Имеется в виду, что договор следует интересам стороны, передающей вещь для получения услуги от другой стороны в отношении этой вещи (договоры банковского вклада, перевозки, доверительного управления, хранения). В подобной

ситуации абсурдом выглядело бы отображение вещи у собственника, что стало бы возможным при применении к этим отношениям консенсуальной конструкции. Наличие определенного интереса у второй стороны в виде получения оплаты за услуги принципиально не меняет ситуацию.

В других ситуациях критерии принадлежности сделок к реальным или консенсуальным следует искать в экономических соображениях, отражающихся в субъектном составе сделки, а также отнесении ее к категории возмездных или безвозмездных договоров. Подтверждением сказанного служит новая консенсуальная модель договора хранения, порождающая обязательство лица, действующего в качестве профессионального хранителя, принять вещь от поклажедателя в обусловленный договором срок. В п. 1 ст. 888 ГК РФ хранителю предоставляется право требовать возмещения убытков в связи с несостоявшимся хранением, но он лишен возможности понуждения к исполнению в натуре. Профессиональный хранитель действует исключительно на возмездной основе, заключая договоры со многими поклажедателями, поэтому несостоявшееся хранение влечет для хранителя убытки, включая и упущенную выгоду от утраченных возможностей вступления в договорные отношения с иными субъектами.

Договор займа чаще используется в непредпринимательских отношениях между гражданами, поэтому для него подходит конструкция реального соглашения. В то же время близкий по природе кредитный договор предполагает субъекта, занимающегося выдачей кредитов как профессиональной деятельностью, а потому допускает понуждение банка к передаче обусловленной суммы, что приводит к закреплению консенсуальной конструкции этого соглашения.

Из положений ст. 689 ГК РФ следует, договор ссуды предполагает два способа установления договорных отношений. Соглашение сторон может быть направлено на передачу вещи во временное владение в будущем (консенсуальная модель). Вместе с тем возможен вариант договора, по которому обязательство возникает с момента передачи вещи ссудодателем ссудополучателю. Не вполне целесообразным, на наш взгляд, выглядит распространение консенсуальной модели на названный вид гражданско-правового договора. Выступление в роли сторон данного договора субъектов предпринимательской деятельности нетипично. К тому же ссудодатель не имеет экономического интереса в передаче вещи другой стороне по причине исключительной безвозмездности

договора. Более того, вводя консенсуальную разновидность этого договора, закон не предоставляет ссудополучателю возможность истребовать обусловленную вещь, оставляя ему лишь право требования расторжения договора или возмещения реального ущерба на случай неисполнения ссудодателем обязанности по передаче вещи ст. 692 ГК РФ). Отсутствие гарантированной понуждением к исполнению обязанности передать вещь делает консенсуальную конструкцию применительно к договору ссуды неполноценной.

В данной статье нам удалось остановиться лишь на отдельных проблемах построения современной системы гражданско-правовых договоров. Влияние римского наследия определяет классические начала российского договорного права. При этом отмеченные противоречия в регулировании договорных отношений требуют совершенствования правовых норм в этой области, на которое и направлена получившая в последние годы старт реформа гражданского законодательства.

¹ См.: *Пухан И., Поленак-Акимовская М.* Римское право : базовый учебник. М., 1999. С. 219.

² См.: Там же. С. 403.

³ См.: *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право : казусы, иски, институты / пер. с исп. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. С. 398.

⁴ *Райхер В. К.* Абсолютные и относительные права // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. 1928. Вып. 1. С. 277.

⁵ См.: *Солодова Я. С.* Обязательства из договора об установлении сервитута : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2010. С. 10–11.

⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 87.

⁷ См.: *Новицкий И. Б.* Римское право : учебник для вузов. М., 2008. С. 121.

⁸ См.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М., 2004. С. 7.

⁹ *Дождев Д. В.* Римское частное право : учебник для вузов. М., 1997. С. 542.

¹⁰ *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право : общие положения. М., 1998. С. 325.

¹¹ См.: *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран : учеб. пособие. М., 2009. С. 86.

¹² См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 325.

¹³ См.: Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. М., 2006. С. 453–454.

¹⁴ *Покровский И. А.* История римского права. СПб., 1998. С. 384.

¹⁵ См.: *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права : учебник / под ред. Д. В. Дождева. М., 2000. С. 238.

¹⁶ См.: *Белов В. А.* Занимательная цивилистика. М., 2006. Вып. 3. С. 86.

¹⁷ Белов В. А. Занимательная цивилистика. С. 87.

¹⁸ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. С. 101–102.

¹⁹ *Гай*. Институции / пер. с лат. Ф. Дыдынского ; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. М., 1997. С. 205.

²⁰ См.: Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 49.

²¹ Там же. С. 47–48.

²² См.: Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004. С. 20.

²³ См.: Дождев Д. В. Указ. соч. С. 129.

²⁴ См.: Там же. С. 497.

²⁵ См.: Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Указ. соч. С. 42–43.

Воронежский государственный университет

Сафронова Т. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: stn71@mail.ru

Тел.: 8-910-348-81-76

Voronezh State University

Safronova T. N., Candidate of Legal Science, Associate Professor of Civil Law and Process Department

E-mail: stn71@mail.ru

Tel.: 8-910-348-81-76

Д. Ю. Полдников

Научно-исследовательский университет – Высшая школа экономики
(г. Москва)

РИМСКОЕ ПРАВО И «КАУЗАЛЬНАЯ МОДЕЛЬ» РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Анализируются доктринальные истоки современной модели регулирования договорных отношений, предполагающей использование основания договора (каузальная модель). Автор статьи характеризует основные параметры «каузальной модели»; на основе изучения фрагментов источников римского права, в которых упоминается слово «кауза», делает вывод о невозможности обнаружить в римском праве каузу в значении юридического термина «основание договора»; обнаруживает истоки «каузальной модели» и прослеживает процесс ее формулировки в трактатах ведущих французских цивилистов XVII–XVIII вв.
К л ю ч е в ы е с л о в а : основание договора, кауза, договорное право, римское право, естественное право, рецепция.

ROMAN LAW AND «CAUSAL MODEL» OF REGULATING CONTRACTUAL RELATIONSHIPS

This article reviews theoretical origins of the modern civil law rules regulating contractual relationships by means of the concept of *causa* (so-called causal model). The author lays out the basic parameters of this causal model; he analyses major texts of Roman Law where *causa* is mentioned and proves that *causa* did not mean contractual consideration therein; and finally he traces the origins of the causal model back to the works of the leading French civil lawyers of the 17th and 18th centuries.

Key words : contractual consideration, *causa*, law of contract, Roman law, natural law, reception.

Поступила в редакцию 27 мая 2011 г.

Causa (основание) является одним из традиционных терминов цивилистики стран романо-германской правовой семьи, включая Россию. В гражданском праве романских стран (Франция, Италия, Испания и др.) кауза закрепляется в качестве одного из реквизитов действительности договора или договорного обязательства («каузальная модель» регулирования). Ее содержание подчинено определенным ограничениям со стороны закона или норм морали. Выходящая за эти рамки кауза становится «незаконной» и приводит к недействительности договора.

У российских юристов может сложиться впечатление, будто данная модель основана на римском праве, ведь сам термин *кауза* знаком по учебникам римского частного права, где его нередко объясняют именно в смысле основания договора¹.

Causa в римском праве. Сохранившиеся источники римского права не содержат указанной «каузальной модели» в готовом виде. Более

того, анализ разнообразных значений *causa* в основных юридических источниках Древнего Рима не позволяет отнести данное слово к числу технических терминов. Юристы-классики нередко использовали данное слово в бытовом (неюридическом) значении. Так, в Дигестах и Кодексе Юстиниана данный термин (термин ли в строгом смысле слова?) используется в нескольких контекстах:

- как суть, основное содержание, а иногда синоним судебного разбирательства²;
- как синоним юридического правила³;
- как законное основание (*iusta causa*) в связи с *traditio*, *possessio*, *usucapio*⁴;
- как способ приобретения права собственности, но не вещных прав вообще⁵;
- как источник обязательства (*causa obligationis*)⁶;
- как мотив действий, или осознанное внутреннее побуждение субъектов к совершению юридически значимых действий, которое (в отличие от условий) не получает выражения в содержании юридического акта (*dare ob causam*)⁷;

- как особая *causa* стипуляции⁸;
- в связи с дарением⁹.

Общим для всего этого многообразия, по нашему мнению, следует признать указание на некий *эффект*, выраженный в юридическом обосновании тех или иных актов. Исключением, пожалуй, является юридически иррелевантная *causa*-мотив. В остальном же *causa* предстает как предшествующее обстоятельство, обосновывающее определенные последствия: передачу вещи, удержание владения, приобретение по давности, право собственности, возникновение обязательства, предоставление вещи по безымянному контракту или легату, стипуляцию.

Наконец, источники постклассического периода обнаруживают еще одно важное обстоятельство: в какой-то момент правовой результат в смысле цели юридических актов стал обозначаться не *res*, а *causa* (*dare ob causam*; *causa data causa secuta / non secuta*)¹⁰. Причины такой перемены не ясны.

Таким образом, в источниках римского права не удастся не только обнаружить *causa* в смысле общего основания договора, но даже признать *causa* юридическим термином в строгом смысле слова ввиду чередования бытовых и юридических значений *causa*¹¹.

По нашему мнению, появление каузальной модели регулирования договорных отношений и ее популярность в правовой науке и законодательстве романских стран связано не с источниками римского права, а с их интерпретацией западноевропейскими правоведами. Учитывая рамки данной работы ограничимся анализом позиций двух наиболее влиятельных французских цивилистов XVII–XVIII вв. – Жана Дома и Робера-Жозефа Потье.

Сausa в учении Жана Дома. Понятие каузы нашло мощную поддержку в лице влиятельных французских цивилистов Жана Дома и Робера Потье. В своих трудах ученые сформулировали законченную каузальную модель регулирования договорных отношений, основные положения которой были закреплены в ФГК. Благодаря этому они получили широкое распространение в европейских правовых порядках и подробное освещение в юридической литературе¹².

В «Трактате о гражданских законах в их естественном порядке» (1689) Домá исходит из тезиса о необходимости *causa* во всех договорах. Разумеется, автор пользуется общим понятием *договор* (*convention*), которое он определяет как обязательство, «возникающее по [взаимно данному и полученному] согласию двух или нескольких лиц, которые устанавливают для себя закон выполнить то, что они обещают»¹³.

Договор в указанном значении охватывает все виды контрактов, соглашений и пактов¹⁴.

Дома отказался от схоластических делений пактов и контрактов. Для упорядочения договоров он использует критерий возмездности¹⁵ и разделяет их на три группы возмездных (обмен вещами, обмен услугами, обмен вещи на услугу или наоборот)¹⁶ и одну группу безвозмездных договоров (одна сторона получает, но ничего не дает и не делает взамен, как в договоре поручения или дарения)¹⁷.

Значение *causa* в возмездных договорах Дома поясняет так: обязанность одного здесь служит *фундаментом* для обязанности другого, «так что обязательству, заключенному в договорах данного вида в пользу одного из контрагентов, каузой всегда служит обязательство другого; и обязательство будет ничтожно, если в действительности оно лишено каузы»¹⁸.

Изложенное понимание каузы покоится на двух основах. Первая из них – «безымянные» контракты римского права. Несмотря на приверженность естественному разуму, Дома обосновывает свои выводы ссылками на нормы «писаного разума», на Дигесты Юстиниана. В связи с возмездными договорами сноска отсылает читателя к словам Павла о четырех моделях контрактов без специального наименования (D. 19. 5. 5); Лабейона – о «взаимном обязательстве» как синониме контракта (D. 50. 16. 19); и Ульпиана – о понятии «вверенная вещь» и о заключении контракта в расчете на чужую честность (D. 12. 1. 1. 1¹⁹). Данные фрагменты якобы подтверждают основной тезис – «обязательство одной стороны служит основанием для обязательства другой», – но ни в одном из них *causa* не рассматривается и даже не упоминается.

Вторая составляющая учения о каузе – каноническая доктрина «пакта, лишённого торжественной формы, но не основания». С ее помощью Дома подкрепляет тезис канонистов о каузе как элементе всех договоров, но вкладывает в данное понятие новое содержание. *Causa* – не мотив, не цель и не частичное исполнение договора, но встречная обязанность контрагента. Следовательно, возмездные договоры (а таких в праве большинство) по определению *всегда* имеют *causa* или недействительны *de iure*²⁰. Порывая с традицией *ius commune* в главном, французский цивилист продолжает придерживаться ее в деталях, требуя, например, прямого выражения или, по крайней мере, фактического наличия *causa* в договоре²¹.

Обращает на себя внимание сосуществование в учении Дома принципов консенсуальности и каузальности. Как известно, многие

приверженцы естественного права посчитали нелогичным признавать согласие сторон достаточным основанием договорного обязательства и одновременно связывать его действительность с неким дополнительным реквизитом. Дома примирил оба принципа, превратив каузу из внешнего во *внутренний* элемент каждого договора: простое соглашение порождает обязательство, в котором встречные обязанности сторон служат *causa* друг для друга.

Логическая стройность описанной каузальной модели нарушается при попытке применить ее к *односторонним возмездным договорам*. Хрестоматийный пример – договор займа, где в действительности обязана только одна сторона, заемщик. Средневековая доктрина не порождает здесь никакой проблемы: заем – римский «поименованный» контракт, «одеваемый» передачей вещи и обязательный по гражданскому праву. Дома квалифицирует его иначе, как возмездный договор *do ut des*: заимодатель передает определенные родовыми признаками вещи, чтобы получить обратно вещи того же рода и в том же количестве²². Следовательно, здесь также должна быть *causa* в виде встречной обязанности. Но найти ее не просто. С явной натяжкой Дома поясняет, что обязанности заемщика предшествовала обязанность заимодавца, который «должен был дать нечто, чтобы заключить договор»²³. Сходство данной *causa* с каузой двусторонних договоров сомнительно, поскольку состоявшаяся передача валюты займа трудно признать внутренним элементом договора, который возникает только после ее совершения.

Несомненно, труднее обнаружить встречную обязанность в *безвозмездных договорах*, в которых одно лицо обещает дать или сделать что-либо в пользу другого, не требуя от него ничего взамен. Дома пытается разрешить затруднение следующим образом: в договоре дарения и подобных ему, где только одна сторона дает что-либо, акцепт формирует договор, и обязательство совершающего дар *основывается* на каком-либо *разумном и справедливом мотиве* (например, желание отблагодарить за оказанную прежде услугу) или на одном лишь удовлетворении от совершенного благодеяния. Этот мотив, заключает автор, и «*занимает место causa* со стороны того, кто получает (дар) и (ничего) не дает (взамен)»²⁴.

Предложенное объяснение позволяет автору «обнаружить» каузу в безвозмездных договорах. На наш взгляд, достигнутое единообразие учения о *causa* формально. Во-первых, встречное исполнение и мотив щедрости существенно различаются *de iure*. Во-вторых, мотив дарения может не иметь никакого отно-

шения к личности одаряемого и проистекать, как признает ученый, из одного желания совершить благодеяние. Вероятно, поэтому Дома использует осторожную формулировку: «мотив, занимающий *место causa*», т.е. выполняющий ее функцию.

В обоснование приведенных тезисов о каузальности безвозмездных договоров Дома ссылается на ряд фрагментов Дигест. Так, указание на *motus* дарения в смысле его юридического основания Дома усматривает в словах Ульпиана то, что, во-первых, дарения «совершаются не беспричинно, а следуют за какой-то заслугой (*ob meritum*)» (D. 17. 2. 9); во-вторых, дарения разрешено совершать «ради привязанности» (*affectionis gratia*) (D. 39. 5. 5)²⁵. Дома приводит также следующую позицию Юлиана (D. 39. 5. 1 pr.): дарение в собственном смысле совершается, «чтобы выразить щедрость и благодетельность»²⁶. Действительно, в приведенных фрагментах речь идет о мотиве дарения, названном *causa*, однако не сделано никаких выводов о его правовом значении. Напротив, в Дигестах имеются указания, подтверждающие юридическую иррелевантность мотива дарения. Тот же Ульпиан подчеркивал невозможность истребовать обратно переданное с намерением подарить (*causa donandi*), даже если это намерение сформировалось под влиянием заблуждения²⁷. Французский ученый явно манипулирует текстом источника в угоду своим тезисам.

Значение правовой теории в значительной мере проверяется решением конкретных казусов. Дома применяет свое учение о *causa* в области недействительности договоров, заключенных в результате фактической или юридической ошибки. Фактическую ошибку (*l'erreur de fait*), связанную с отсутствующей *causa*²⁸, иллюстрирует пример с наследником должника, который согласился заплатить долг наследнику кредитора, поскольку доказательства погашения долга самим должником-наследодателем отсутствуют; данное обязательство прекратится, как только будет обнаружен документ, подтверждающий уплату должником кредитору при жизни своего долга. В другом примере («ложная *causa*») при разделе наследства один наследник уступает другому часть наследства в соответствии с завещательным распоряжением наследодателя в простой письменной форме: если затем будет установлена поддельность данного документа, уступивший долю в наследственной массе вправе требовать нового раздела наследства. Ошибка в праве (*l'erreur de droit*) также приводит к недействительности договора ввиду ложной каузы. Например, лицо приобретает

феодалное имение, не зная, что местные обычаи запрещают его отчуждение, и заключает договор с сеньором по поводу обязанностей, связанных с владением данным имением.

При внимательном рассмотрении примеров ясно, что речь в них идет совсем не о каузе (встречной обязанности). В первом и втором примерах *causa* названо предполагаемое *собственное* обязательство должника (унаследованный долг и вассальные обязанности), во втором – это завещательное распоряжение наследодателя, третьего лица по отношению к сторонам договора о разделе наследства. Очевидно, во всех трех примерах используется традиционное для *ius commune* понятие *causa*: должник обещает кредитору нечто, поскольку считает себя обязанным в силу определенного обстоятельства, внешнего по отношению к заключаемому договору: полученный ранее заем, оставленное наследодателем распоряжение, установленные обычаем вассальные обязанности. Остается загадкой, почему после изложения новой теории Дома проиллюстрировал ее примерами из отвергнутой им схоластической доктрины.

Рассматривая *causa* дарения, как главного безвозмездного договора, Дома проводит различие между мотивами и условиями. Только ошибка относительно условия позволяет дарителю оспорить дарение, тогда как ошибочный мотив («я дарю тебе, поскольку ты мне оказал услугу») не влияет на действительность данного договора, поскольку «по-прежнему сохраняется абсолютная воля» дарителя совершить дар, и она может опираться на несколько мотивов²⁹. Разумеется, эти выводы не оригинальны. Дома как будто заимствует их из того же высказывания Ульпиана, на которое прежде ссылался для обоснования противоположного тезиса о юридической значимости мотива дарения (D. 39. 5. 3). Более того, в приведенном суждении о разнице мотива и условия обращают на себя внимание два несоответствия общей теории *causa* в безвозмездных договорах. Во-первых, Дома рассуждает о мотиве непосредственно как о *causa*, а не о чем-то, занимающем ее место. Во-вторых, каузой названо то, что в действительности не оказывает никакого влияния на действительность договора, тогда как в принципе без нее договор не существует³⁰.

Сопоставление теории *causa* и практических выводов в трактате «О гражданских законах» показывает, что новизна каузальной модели исчерпывается новой дефиницией *causa* как встречной обязанности (обязательства) контрагента, а также теоретическим распространением традиционного для *ius commune* понятия «конечной причины» (*causa finalis*) с

безымянных контрактов на все возмездные и безвозмездные гражданско-правовые договоры³¹. Смысл *causa* в иллюстрирующих теорию казусах сводится к установленным в средневековой юриспруденции правилам: *causa finalis* необходима для действительности возмездных договоров, а *causa impulsiva* (мотив) безвозмездных соглашений юридически безразлична.

Causa как элемент всех договоров в трактовке Робера-Жозефа Потье. Принято считать, что завершённую форму и строгое догматическое содержание каузальная модель получила в «Трактате об обязательствах» (1761) Робера-Жозефа Потье³². Автор рассматривает интересующее нас понятие исключительно в связи с практически значимой темой пороков договоров, одним из которых является отсутствие *causa* (*défaut de cause*)³³. С практической точки зрения значение имеет не сама кауза, а ее отсутствие.

Сравнение взглядов Дома и Потье на *causa* обнаруживает между ними немало общего. Оба правоведа считали каузой в возмездных договорах (*contrats intéressés*) встречную обязанность контрагента, а в безвозмездных (*contrats de bienfaisance*) – мотив щедрости. В то же время между ними имеются и существенные различия. Для Дома встречная обязанность исчерпывает понятие *causa* возмездного договора. Потье включает в нее все то, что другая сторона делает или обязуется сделать, а также тот риск, который она принимает на себя³⁴. В безвозмездных контрактах Потье сразу называет каузой щедрость (*libéralité*) одного лица в отношении другого, не прибегая к разделению мотивов (выступающих у Дома *вместо causa*) на обусловленные прежними заслугами одаряемого и порожденных простым удовлетворением от благодеяния³⁵. Кроме того, Потье объявляет каузу обязательным элементом (реквизитом) договорных обязательств (*engagements*), а не самих договоров³⁶. Недействительность договора является лишь следствием недействительности *engagement* с отсутствующей или ложной каузой³⁷. В отличие от Дома Потье не делает различий между недействительностью возмездных и безвозмездных договоров.

Содержание понятия *causa*, значительно расширенное Потье, позволяет сопоставить ее с доктриной встречного удовлетворения (*consideration*) английского *common law*. Это сопоставление выходит за рамки данной работы, но вполне оправдано, поскольку в литературе не раз отмечалось влияние континентальной доктрины договорного права в XVIII – XIX вв. (прежде всего в изложении Р. Потье и Ф. Савиньи) на представления о договорах юристов Английского королевства³⁸.

Обратимся к конкретному примеру, с помощью которого Потье поясняет действие каузальной модели. Речь в нем идет о том, что один наследник обязуется уступить другому имение в счет денежной суммы, якобы отказанной тому наследодателем по легату. В действительности легат позднее был отменен кодициллом, о котором оба наследника узнали после заключения названного договора. Потье признает такой договор «недействительным, поскольку *causa* моего обязательства – каковой являлось погашение этого долга – оказалась ложной»³⁹. Следовательно, притязания мнимого легатария на уступленное ему имение не обоснованы, и мнимый должник, если он уже передал это имение, вправе истребовать его обратно.

При внимательном рассмотрении в данном казусе не удастся обнаружить *causa*, соответствующую смыслу § 42–46 «Трактата об обязательствах». Предполагаемый легат никак нельзя назвать чем-то, что легатарий принимает на себя в качестве встречной обязанности или риска. Вопреки сказанному ранее им самим, Потье называет здесь каузой «погашение или исполнение долга», т.е. обязанность самого должника. Кроме того, ложным является не намерение погасить долг (оно вполне реально), а сам долг наследника, который и следует признать подлинным основанием договора. Таким образом, пример неудачен для пояснения понятия *causa* в целом и ложной *causa* в частности.

При анализе указанного казуса, а также в других частях трактата *causa* выступает атрибутом то обязательства, то непосредственно договора. Прежде такие же вариации допускал Дома⁴⁰. С одной стороны, Потье помещает *causa* в параграф «О дефектах *causa* в договоре», а с другой – пишет об отсутствии *causa* обязательства, приводящем к недействительности договора. Непоследовательность Дома была обусловлена его ориентацией на средневековую модель *causa* безымянных контрактов, в связи с которыми основное внимание сосредоточено не на соглашении, а на возникновении обязательства в результате начала исполнения договорных обязанностей. Для колебаний Потье такое объяснение, очевидно, не подходит. Он не пользуется терминологией средневековых цивилистов, не ссылается на фрагменты Дигест о безымянных контрактах и четко заявляет, что деление контрактов на поименованные и безымянные во французском праве не применяется⁴¹. Отвергнув средневековую традицию, правоведам в XVIII в. не оставалось ничего иного, как избрать постулаты естественно-правовой доктрины.

Действительно, в литературе обоснованно утверждается, что именно благодаря Потье основные положения договорной теории Гроция, Пуфендорфа, Вольфа получили распространение во Франции и были закреплены в ФГК⁴². Статья 1108 указанного кодекса в числе четырех условий действительности соглашения называет «согласие обязывающейся стороны» («Le consentement de la partie qui s'oblige»). Между тем, согласно ст. 1101, договор есть соглашение (*convention*) двух или нескольких лиц, а соглашение со времен классического римского права считается совместным действием⁴³. Почему же ст. 1108 ФГК требует согласие только одной, обязывающейся стороны? Ответ на данный вопрос, как и прояснение позиции Потье, содержится в договорной доктрине школы естественного права.

Гуго Гроций и его последователи включали в понятие соглашения (договора) обещание одной или обеих сторон, каждое из которых возникало и проявлялось в одностороннем порядке. Внутреннее намерение субъекта формировало его волю, которая затем объективировалась в решении передать контрагенту право на определенную вещь (*obligatio ad dandum*) или на часть своей свободы (*obligatio ad faciendum*). Добровольная основа обещания позволяла требовать от должника его исполнения. Такое обещание называлось завершенным, или совершенным (*promissio perfecta*). В то же время договор считался заключенным лишь после того, как контрагент выразит свое согласие принять обещание. Необходимость акцепта (*acceptatio*) признавал даже Гроций, чья договорная теория базировалась на обещании должника, а не на согласованном волеизъявлении сторон⁴⁴. Разумеется, Потье также считает договор «соглашением двух лиц, одно из которых обещает сделать что-либо другому, а другое акцептует данное ему обещание»⁴⁵ (модель «оферта – акцепт»). В то же время приверженцы естественного права придавали воле должника и кредитора неодинаковое значение. Поскольку договор в целом и обещание в частности мыслились как передача имущественного права или уступка части своей свободы, первостепенным ученые считали согласие обременяемого должника. Согласие кредитора представлялось вторичным, ибо к нему применялась аксиома «никто не приобретает прав против своей воли»⁴⁶. Такую позицию, в частности, энергично отстаивал Вольф⁴⁷.

С учетом изложенных представлений о процессе заключения договора понятным представляется требование ст. 1108 ФГК: для действительности соглашения требуется

только согласие должника, ведь без согласия кредитора договор, разумеется, не возникнет. Кроме того, в ст. 1108 акцент сделан не на существовании, а на действительности соглашения. Как известно, для решения этого вопроса важно установить, имело ли место заблуждение, насилие или обман, словом, все те пороки, которые в большинстве случаев поражают согласие должника, а не кредитора⁴⁸.

Примкнув к школе естественного права, Потье усвоил изложенное выше представление о заключении договора. Возможно, этим объясняется использование термина *engagement* для обозначения обязательства⁴⁹, а также превращение каузы в один из его атрибутов, лишь косвенно относящийся к договору.

В целом учение Робера Потье о *causa* представляет собой сочетание традиционных представлений о каузе как атрибуте действительности договора с естественно-правовой теорией консенсуального по своей природе договора. Очевидно, так следует понимать его пояснения, что «договор скрепляет согласованные воли двух лиц, из которых один обещает сделать что-либо для другого, а тот принимает сделанное ему обещание» (см. выше). Тесная связь обещания и *causa* обеспечило последней универсальное значение для договорных обязательств (*engagements*), построенных по модели оферты и акцепта. От автора следовало бы ожидать употребление термина *основание обещания*. И таковой действительно появляется в некоторых второстепенных для учения о *causa* фрагментах⁵⁰. В основных положениях, однако, Потье предпочитает использовать термин *основание обязательства* (*cause de l'engagement*), соответствующий римскому словосочетанию *causa obligationis*.

Из проведенного анализа ясно, что «каузальная модель» регулирования договорных отношений предполагает две концепции, чуждые римским юристам: во-первых, *causa* как условие действительности договора; во-вторых, саму идею консенсуального договора как универсальной модели всех соглашений, направленных на достижение правового результата. Обе концепции не совместимы с древнеримским договорным правом, не знавшим ни единого понятия договора⁵¹, ни *causa* в смысле специального юридического термина. Формулировка «каузальной модели» стала возможной не благодаря, а вопреки источникам римского права, которые получили новую интерпретацию в трактатах правоведов Нового времени, которые открыто манипулировали высказываниями своих античных предшественников в угоду насущным потребностям. Ситуативность «каузальной модели» под-

тверждается опытом тех стран, где договоры урегулированы без использования термина «кауза» (ГГУ⁵², ГК Нидерландов⁵³), а также недавними академическими обобщениями общепринятых правил договорного права (см. Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА (1994, 2004)⁵⁴ и Принципы европейского договорного права (часть 1, 1995)⁵⁵).

¹ Показательна в данном отношении позиция И. Б. Новицкого, автора соответствующей главы учебника по римскому частному праву, формирующего представления студентов-юристов в России более полувека. Рассматривая понятие контракта, профессор вводит понятие *causa obligandi* («основания установления обязательственной связи»), под которым понимаются передача вещи, произнесение слов, письмо и выражение согласия в реальных, вербальных, литтеральных и консенсуальных договорах соответственно (см.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 2000. С. 294).

² XII Tab. I.7: «Если [тяжущиеся стороны] не приходят к соглашению, пусть они до полудня сойдутся для тяжбы (*causa*) на комициуме или на форуме. Пусть обе присутствующие [стороны] защищают [свое дело]».

³ Paul. 16 ad Plaut. D. 50, 17, 1: «Следовательно, посредством правила передается краткое описание предметов и, как говорит Сабин, (оно) является как бы изложением (сути) дела (*causa*)...».

⁴ *Traditio venditionis causa, traditio donationis causa, traditio dotis causa, traditio solutionis causa, traditio credendi causa*. См.: Gai. 2. 19–20; 2. 50; Ulpiani Fragmenta. XIX. 7; D. 6. 2. 1 pr.; 6. 2. 3. 1; 41. 1. 31 pr.; 41. 1. 36; 41. 3. 13; 41. 6. 1 pr.; 41. 10. 1. 1; 41. 10. 3; C. 3. 32. 24; 4. 23. 2; Inst. 2. 1. 41. Подробнее о данных значениях *causa* см.: *Georgescu V. Le mot causa dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la causa en droit romain // Études de philologie juridique et de droit romain*. Bucarest ; Paris, 1940. Vol. 1. P. 157 sq.

⁵ См., например : Gai. 2. 87; 2. 88; 2. 90; 2. 91; 2. 93; 2. 95; Ulp. 75 ad ed. D. 44. 2. 11. 1: «cum is ex hereditaria causa meus esset» (когда [раб] принадлежит мне на основании наследства), Ulp. 75 ad ed. 44. 2. 11. 4: «causa prioris dominii» (*causa* прежнего права собственности); Inst. 2. 9. 1; 2. 9. 4; 2. 9. 5; а также *Georgescu V. Le mot causa dans le latin juridique*. P. 184 sq.

⁶ Таков смысл каузы в упомянутом выше разъяснении Павла о делении исков на личные и вещные. Paul. 70 ed. D. 44. 2. 14. 2: «Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur». (*Личные иски отличаются от вещных тем, что когда одна и та же вещь полагается мне от одного и того же [должника], то отдельные обязательства следуют отдельным основаниям, и ни одно из них не препятствует требованию другого*). Данный фрагмент прекрасно

иллюстрирует также многозначность *causa*, которая использована здесь сразу в двух различных значениях: способ приобретения права собственности (в связи с вещными исками) и источник обязательства (в связи с личными исками.) Продолжение высказывания Павла помещено компиляторами Дигест в D. 50. 17. 159 («...ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest...»). В аналогичном значении *causa* встречается в книге «Res cottidianae» Гаия, где юрист дополняет главное разделение оснований возникновения обязательств из своих институций (3.88) третьим членом – *ex variis causarum figuris* (из различных оснований/источников, D. 44. 7. 1 pr.).

⁷ Выражения *dare ob causam* означает «дать на основании определенного мотива», поскольку *causa* заключается в том, что один контрагент рассчитывает получить нечто от другого. Pomp. 27 ad Q. Muc. D. 12. 6. 52: «Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est». (Мы даем либо на основании мотива, либо ради определенной цели. На основании мотива, относящегося к прошлому, я даю, например, когда получил от тебя что-либо или поскольку ты для меня что-то сделал.) Или Paul. 17 ad Plaut. D. 12. 6. 65. 2: «Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi...» (То же, что дается на основании мотива, например, (когда) я подумал, что он помог моим делам...) Иная трактовка *causa* затрудняет разграничение смысла формул *dare ob causam* и противоположной ей по смыслу *dare ob rem*. В формуле *dare ob rem res* означает не вещь в буквальном смысле, а определенный результат, цель, поскольку *res*, как указывают источники, предполагает не только физический объект (*do ut des*, D. 2. 14. 7. 2), но и совершение определенного действия: эманципация сына, освобождение раба D. 12. 4. 1 pr.; сооружение памятника D. 12. 4. 11; или воздержание от чего-либо, например, от освобождения раба D. 12. 4. 3. 1, от обращения к суду D. 12. 4. 1 pr. и др. В постклассический период смысл указанного деления существенно изменился. Прояснение данного вопроса затрудняется интерполяциями в тексте Дигест, где (вопреки установленному выше смыслу) *res* зачастую заменялась на *causa* (*causa secuta/non secuta* вместо *res secuta*). Возможно, на словоупотребление юристов императорской канцелярии повлияла позиция Аристона, который придал *causa* значение источника обязательства и исполнения обязанности из контракта *do ut des/facias* (D. 2. 14. 7. 2). Смешение терминов иллюстрируют титулы «De conditione causa data causa non secuta» из Дигест (D. 12. 4) и «De conditione ob causam datorum» из Кодекса (C. 4. 6). Несмотря на различие формулировок, речь в обоих титулах идет о кондикционном иске, предназначенном для истребования переданного в расчете на определенный результат, который так и не наступил, а вовсе не о ложном или нереализованном мотиве.

⁸ В учебной литературе стипуляция считается абстрактным контрактом, действительность которого не зависит от его основания. На самом деле отсутствие или отпадение *causa* не имели значения в старом цивильном праве, которое принимало в

расчет только форму совершения стипуляции. Однако претор предоставил должнику возможность противопоставить иску кредитора по стипуляции без *causa exscriptio doli* (Gai. 4. 116a; 4. 119; D. 44. 4. 2. 3). Римские юристы-классики, по всей видимости, считали необходимым наличие *causa* в стипуляции и считали таковой договоренность сторон, которая предшествует заключению стипуляции и которой стипуляция придает обязательную форму. Данное предположение позволяет объяснить утверждение Помпония о том, что «конвенциональные стипуляции... проистекают из словесных обязательств и зависят от сделки» (D. 45. 1, 5 pr.). Там же Помпоний указывает на возможность оформить любой договор конвенциональной стипуляцией: «... их разновидности столь многочисленны, – пишет он, – что я был бы вынужден перечислить почти все виды договоров». Pomp. 26 ad Sab. D. 45. 1. 5 pr.: «...et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contractum». И далее: «quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum». Подробнее см.: Grosso G. Sulla causa stipulationis // Labeo. 1972. № 18. P. 89 ss.; Martini R. Causa stipulationis // Index. 1971. № 2. P. 348 ss.; Wolf J. G. Causa stipulationis. Köln; Wien, 1970; Wacke A. Zur Causa der Stipulation // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1972. № 40. P. 231 sg.

⁹ По существу, дарение в римском праве совершалось посредством многофункциональных актов, таких как манципация (для реального дарения), *in iure cessio* вещи или прав, *traditio* вещи, стипуляция определенной вещи (для дарения в будущем), или освобождение от обязанности с помощью *acceptilatio* (по цивильному и преторскому праву), а также отказ от предъявления требования на основании *actum de non petendo* (по преторскому праву). Дарение в собственном смысле есть не юридический акт, а его содержание, т.е. необязательное неформальное соглашение о безвозмездном обогащении одного лица за счет другого, которое не может ни перенести вещные права, ни породить цивильное обязательство, ни погасить его. Оттого юристы-классики пишут о совершении некоего формального акта *propter donationem* (D. 24. 1. 39), *donationis causa* (D. 39. 5. 2), *ex causa donationis* (D. 39. 5. 33) и т.д.

¹⁰ Смешение терминов иллюстрируют титулы «De conditione causa data causa non secuta» из Дигест (D. 12. 4) и «De conditione ob causam datorum» из Кодекса (C. 4. 6). Несмотря на различие формулировок, речь в обоих титулах идет о кондикционном иске, предназначенном для истребования переданного в расчете на определенный результат, который так и не наступил, а вовсе не о ложном или нереализованном мотиве.

¹¹ *Causa* порой обозначает разные понятия в одном и том же фрагменте. Например, в D. 17. 1. 8 pr. это существительное встречается трижды и каждый раз с новым смыслом: процесс, источник обязательства, мотив.

¹² См.: Chevrier G. Dans les obligations: droit savant du moyen-âge – ancien droit français. Paris, 1929. P. 246 sg.; Capitani H. De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs. Paris, 1923. P. 163 sg.; Gorla G. Il Contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico.

Milano, 1955. P. 77 sg. ; *Gazzaniga J.-L.* Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime // *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*. 1990. № 12. P. 37 sg.

¹³ *Domat J.* Les lois civiles dans leurs ordre naturel. Luxembourg, 1702. Titre I, 1, 1: «Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entr'eux une loi d'exécuter ce qu'ils promettent». (*Договоры являются обязательствами, возникающими по взаимному согласию двух или нескольких лиц, которые устанавливают для себя закон выполнять то, что они обещают.*)

¹⁴ *Domat J.* Les lois civiles / ed. Remy. Paris, 1835, 1 parte, lib. I, tit. 1, sec. 1. § 1.

¹⁵ См.: Ibid. § 4.

¹⁶ См.: Ibid. § 2–4.

¹⁷ См.: Ibid. § 5–7.

¹⁸ Ibid. § 8: «...l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre» (... *обязательство одного является основанием для обязательства другого*), § 10: «Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause». (*Итак, обязательство, которое возникает в результате таких соглашений в пользу одного из контрагентов, всегда располагает каузой со стороны контрагента; и обязательство было бы ничтожным, если бы оно в самом деле не имело causa.*) Последний тезис Дома поясняет в 1 part., lib. I, tit. 1, sec. 1, § 13: «Dans les conventions où quelqu'un se trouve obligé sans aucune cause, l'obligation est nulle; et il en est de même si la cause vient à cesser. Mais c'est par les circonstances qu'il faut juger si l'obligation a sa cause ou non». (*В соглашениях, где кто-либо оказывается обязанным без всякой causa, обязательство ничтожно; и то же самое [касается обязательств], если causa прекращает существовать. Но делать вывод о существовании causa следует только с учетом всех обстоятельств.*)

¹⁹ *Ulp.* 26 ad ed. D. 12, 1, 1, 1: «...cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur» (*если мы пришли к согласию относительно какой-либо вещи, полагаясь на чужую честность, что получим вскоре нечто взамен, то о нас на основании этого контракта говорится, что мы что-либо вверяем.*)

²⁰ *Domat J.* Op. cit. § 5: «Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractans, a toujours sa cause de la part de l'autre» (*Итак, обязательство, которое возникает в результате таких соглашений в пользу одного из контрагентов, всегда располагает каузой со стороны контрагента.*)

²¹ Ibid: «l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause» (*обязательство будет недействительным, если в действительности у него нет основания.*) Оговорка «если в действительности» указывает на реальное присутствие встречной обязанности в договоре, независимо от сказанного или написанного в нем. По всей вероятности, наличие causa в договоре для Дома – вопрос факта, ведь de iure она есть во всех соглашениях.

²² *Domat J.* Op. cit. 1 part., lib. I, tit. 6 и sec. 1.

²³ Ibid.: «...l'obligation de celui qui emprunte a été précède de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention» (... *обязательству заемщика предшествует [обязательство] того, кто должен был дать [деньги] для заключения договора.*)

²⁴ Ibid. § 6: «Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention, et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne et ne donne». (*В дарениях и других договорах, где только один делает или дает что-либо, а другой ничего не делает и не дает, акцент формирует договор, и обязательство того, кто дает, основывается на некоем разумном и справедливом мотиве, например на оказанной услуге или какой-либо другой заслуге одаряемого, или исключительно на удовлетворении от благотворительного поступка.*)

²⁵ *Ulp.* 30 ad Sab. D. 17. 2. 9: «Non sine causa obveniunt [donationes] sed ob meritum aliquod accedunt» (*[Дарения] совершаются не беспричинно, а следуют за какой-либо заслугой.*) *Ulp.* 32 ad Sab. D. 39. 5. 5: «Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitaе...» (*Из чувства привязанности не запрещены ни честные, ни бесчестные дарения...*)

²⁶ *Iul.* 17 dig. D. 39. 5. 1 pr.: «Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur». (*Существует много дарений. Кто-то дает, имея в виду, что он желает, чтобы (это) немедленно стало принадлежать тому, кто принимает (дар), и ни в коем случае не возвращалось к нему, и делает он это ни по какой другой причине, как только желая выразить щедрость и благотворительность.*)

²⁷ *Ulp.* 76 ad ed. D. 39. 5. 3: «...si causa [donandi] fuit, cessare repetitionem».

²⁸ *Domat J.* Op. cit. 1^a parte, lib. I, tit. 18, sec. 1^a, § 7: «...cette erreur suffira pour annuler la convention... car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause». (... *этой ошибки будет достаточно, чтобы отменить договор... поскольку не только договор оказывается без causa, но он оказывается основанным на ложной causa.*)

²⁹ См.: *Domat J.* Op. cit. 1^a parte, lib. I, tit. 10, sec. 1^a, § 13: «...s'il est dit, dans une donation, qu'elle est faite pour des services rendus... la donation ne sera pas annulée, quoiqu'il n'y ait pas de services rendus... Car il reste toujours la volonté absolue de celui qui a donné, et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés». (... *если в дарении указано, что оно совершено по причине ранее оказанных услуг... то дарение не будет отменено, хотя бы никаких услуг оказано не было... Поскольку по-прежнему сохраняется общая воля того, кто совершил дарение, и у него могли быть другие мотивы, о которых он не заявил.*)

³⁰ Аналогичные несоответствия обнаруживаются на примере *causa* другого безвозмездного акта – завещательного распоряжения (см.: *Domat J. Op. cit.* 2 part., lib. III, tit. 1, sec. 8^a, § 4).

³¹ В литературе высказана точка зрения, будто Дома взял за основу своей теории *causa* средневековую доктрину *causa stipulationis* (см.: *Meijers M. Les théories medievals cit.* (n. 227), p. 368).

³² Подробнее см.: *Chevrier G. Essai sur l'histoire de la cause.* P. 250 sg.; *Gorla G. Il contratto.* P. 80 sg.; *Gazzaniga J.-L. Domat et Pothier.* P. 37 sg.

³³ *Pothier R.-J. Traité des obligations.* § 42–46. Примечательно, что в Институциях Юстиниана речь о *causa* в договорном праве шла также только применительно к недействительности контракта стипуляции (см.: *Inst.* 3.19.24: «*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*» (Недействительно обещанное на основании постыдной каузы, например, если кто-либо пообещает совершить убийство или святотатство.) По существу, имеется в виду незаконный предмет договора, который в классическом римском праве скорее всего обозначили бы термином *res*.

³⁴ См.: *Ibid.* «Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge».

³⁵ См.: *Ibid.* «Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle». (В безвозмездных договорах щедрость, которую одна из сторон желает оказать другой, является достаточной *causa* для устанавливаемого в ее пользу обязательства.)

³⁶ См.: *Pothier R.-J. Traité des obligations,* § 42: «*Tout engagement doit avoir une cause honnête.*» (Все обязательства должны иметь законную каузу.)

³⁷ См.: *Ibid.* «*Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fautive, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul.*» (Но когда обязательство не имеет никакой *causa* или – что одно и то же, – когда *causa*, на основании которой заключен договор, является ложной, обязательство ничтожно и ничтожен заключающий его контракт.)

³⁸ Подробнее о влиянии романистической традиции на английских авторов XIX в. см.: *Simpson A. W. B. Innovation in Nineteenth Century Contract Law // Law quarterly review.* 1975. № 91. P. 254 sg.; *Perillo J. M. Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract // Fordham University School of Law. Research Paper.* 2004. № 63. P. 1–20. Согласно мнению Дж. Перилло, трактат Потье об обязательствах определил всю структуру договорного права *common law*.

³⁹ *Pothier R.-J. Traité des obligations.* § 42: «... ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement, que était l'acquittement de cette dette, est une cause qui s'est trouvée fautive». (... этот договор ничтожен, поскольку *causa* моего обязательства, каковой было погашение данного долга, оказалась ложной.)

⁴⁰ Ср. *causa* как атрибут обязательства (§ 8: «*l'obligation... a toujours sa cause de la part de l'autre... et l'obligation serait nulle, si..., elle était sans cause*»), *соглашения* (§ 7: «*car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n'a pour fondement qu'une fautive cause*»), *соглашения и обязательства* (§ 14: «*Si l'ignorance ou l'erreur de droit est telle, qu'elle soit la cause unique d'une convention, où l'on s'oblige à une chose qu'on ne devait pas, et qu'il n'y ait eu aucune autre cause qui pût fonder l'obligation, sa cause se trouvant fautive, elle sera nulle.*» (Если незнание или ошибка в праве таковы, что они являются единственной *causa* соглашения, по которому некто обязуется сделать то, чего [на самом деле] не должен, и более не окажется никакой другой *causa*, которая могла бы стать основой обязательства, то оно будет ничтожным ввиду ложности *causa*.)

⁴¹ См.: *Pothier R.-J. Traité des obligations.* § 9 ss.

⁴² Подробнее см.: *Schmidlin B. Les deux modèles de la formation du contrat en droit naturel et en droit pandectiste // Incontro con Giovanni Pugliese.* Milano, 1992. P. 33 sg.; *Idem.* La causa del contrato nel codice civile francese. Qualche osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell'obbligazione secondo l'art. 1.108 del codice civile // *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica.* Torino, 1995. P. 283 sg.

⁴³ Французское существительное «convention» этимологически восходит к латинскому глаголу «con-venire», «сходиться вместе», т.е. приходиться к одному решению, как поясняет Юстинианова глосса к известным словам Ульпиана 4 ad ed. D. 2. 14.1.2.

⁴⁴ См.: *Grotius H. De iure belli ac pacis.* Lib. II. Cap. 11, § 14: «*Ut autem promissio jus transferat, acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur...*» (А чтобы обещание переносило право, требуется акцепт, так же как и при передаче права собственности.)

⁴⁵ *Pothier R.-J. Traité des obligations,* § 4: «Le contrat renforce le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse que lui est faite».

⁴⁶ Потье подтверждает данное положение в связи с односторонним обещанием и непринятым обещанием стороны в договоре, ссылаясь на Гроция (см.: *Pothier R.-J. Traité des obligations,* § 4).

⁴⁷ См.: *Wolf Chr. Institutiones iuris naturae et gentium.* Halle, 1754. § 378, 379, 381, 437, 438.

⁴⁸ Данное замечание применимо и к односторонним и двусторонним (синаллагматическим) договорам, поскольку в последних каждая сторона выступает в роли должника и кредитора.

⁴⁹ В юридическом лексиконе термин «engagement» помимо «обязательства» и «долга» обозначает акт передачи «в залог», «en gage» (gage, возможно, происходит от франкского *waddi*, гарантия).

⁵⁰ *Pothier R.-J. Traité des obligations,* § 43: «*Observez à l'égard de cette action, qu'on doit bien distinguer si la cause pour laquelle on a promis quelque chose...*» (Относительно этого иска учитывайте, что необходимо различать была ли *causa*, на осно-

вании которой нечто **было обещано...**) ; или *Pothier R.-J. Traité des obligations, § 46: «Une promesse a-t-elle une cause licite, lorsqu'elle est faite à quelqu'un pour qu'il donne ou fasse une chose qu'il était déjà obligé de donner ou de faire?»*. (*Есть ли у обещания законное основание, когда оно дано тому, кому [обещанное] и так уже полагается дать или сделать?*)

⁵¹ Подробнее см.: *Полдников Д. Ю. Договорные теории глоссаторов. М., 2008. С. 81.*

⁵² В гражданском праве ФРГ функции *causa* выполняют другие инструменты. ГГУ закрепляет принцип договорной свободы (*Vertragsfreiheit*): содержание договора определяют сами стороны (проявление их автономии, *Privatautonomie*) путем взаимного согласия и правильной процедуры его достижения. Никакого основания здесь не требуется. Законность же договоров в германском праве контролируется посредством институтов формы и содержания (*Inhaltskontrolle, § 307 ГГУ*). Особая форма (нотариальная (§ 313, 518) или письменная (§ 766, 780) предписывается редко. Основную нагрузку несет содержание, которое и характеризуется (подобно *causa* во французском гражданском праве) как законное или незаконное (§ 134 (противозаконность), 138 (несоответствие обычаям), 242 (добросовестность) ГГУ). Подробнее см. *Hohloch G. Causa e contratto. Riflessioni relative all'attuale fase del diritto tedesco // Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. A cura di L. Vacca. Torino, 1995. P. 357–376.*

⁵³ Нормы принятого в 1992 г. ГК (в отличие от ст. 1356, 1372, 1373 ГК 1838 г.) не предусматривают законную каузу в качестве реквизита договора.

Соответственно не используется понятие «(не) законное основание договора» (см.: ст. 3:33 ГК: «Юридический акт требует выраженной и направленной на наступление юридического эффекта воли»).

⁵⁴ Разработчики Принципов УНИДРУА намеренно отказались от каузальной модели. Ст. 3.2 устанавливает процедуру заключения договоров без каких-либо формальностей, а согласно комментарию (п. 2), указанная статья «прямо исключает требование каузы, которое имеется в некоторых континентальных правовых системах». Данная позиция объясняется стремлением «установить большую определенность в международных торговых отношениях и воспрепятствовать сутяжничеству» (см.: *Bonell M.J. An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. New York, 1994. P. 73*). В то же время правило ст. 3.2 не является императивным (см. ст. 3.19). Следовательно, стороны вправе установить реквизит каузальности договора.

⁵⁵ Среди условий заключения договора в п. 1 ст. 2:101 названо только намерение сторон быть связанными договором и достижение достаточного согласия «без каких-либо дополнительных требований». Термин *causa* в тексте Принципов не используется, а выполняемые каузой функции распределены (подобно BGB) среди других институтов. Подробнее см.: *Lando O., Beale H. The Principles of European Contract Law. Part 1: Performance, Non-Performance and Remedies. Dordrecht, 1995 ; Van Erp S. The Formation of Contracts // Towards a European Civil Code. Ed. Hartkamp, Hesselink etc. Dordrecht. Boston ; London, 1994. P. 117.*

Научно-исследовательский университет
– Высшая школа экономики (г. Москва)

Полдников Д. Ю., кандидат исторических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения

E-mail: poldnikov@gmail.com

Тел.: 8-926-247-49-39

National Research University – Higher School
of Economic (Moscow)

Poldnikov D. Y., Candidate of History Science,
Associate Professor of the Theory of Law and
Comparative Law Department

E-mail: poldnikov@gmail.com

Тел.: 8-926-247-49-39

О. А. Поротикова

Воронежский государственный университет

КВАЗИКОНТРАКТЫ КАК ИСТОЧНИКИ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В ПРАВЕ ДРЕВНЕГО РИМА И СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ (НА ПРИМЕРЕ НЕОСНОВАТЕЛЬНОГО ОБОГАЩЕНИЯ)

Анализируются причины появления в праве Древнего Рима такого основания возникновения обязательств, как «как бы договоры» (квазиконтракты), и делается предположение, что одной из наиболее вероятных причин была затруднительность доказывания в судебных разбирательствах определенных юридических фактов, таких как договоры.

К л ю ч е в ы е с л о в а: квазидоговоры, неосновательное обогащение, римское право, контракт, обязательство.

QUASICONTRACTS AS REASONS FOR THE OBLIGATION APPEARANCE IN ANCIENT ROMAN LAW AN IN MODERN RUSSIA (ON THE EXAMPLE OF UNJUST ENRICHMENT)

The specific group of reasons for the obligation appeared in the latest period of Roman law to regulate the relations similar in character and context with contracts, but not between the parties of contract: one-party contracts, *negatorium gestio*, payment without debts, etc. It was gradually formed as quasicontracts. There are quasicontract relations in the modern law but they are mostly treated as unjust enrichment. The importance of quasicontracts in modern legal system and in ancient law is explained by the common reasons: to shorten the number of facts to prove in the court, to redistribute the burden of proof between the parties. If claims of contracts or owners are inaccessible because they can't be proved, the plaintiff can always get what he wants with the help of quasicontract claim.

К е y w o r d s: quasicontracts; unjust enrichment; Roman law, contract, obligation.

Поступила в редакцию 10 мая 2011 г.

Известно, что к двум классическим основаниям возникновения обязательств (*obligationes*) в Древнем Риме – к контракту (*ex contractu*) и деликту (*ex delicto*) – в позднейший период римского права добавились еще несколько оснований, которые плохо укладывались в сложившуюся систему обязательств, но явно претендовали на порождение правовых связей, схожих с обязательствами. Впоследствии эти источники обязательств были сведены к двум группам, получившим название: *quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*.

Объяснений причин и времени их появления несколько.

Одни ученые связывают истоки появления этих оснований с творчеством Гая, который в юридическом трактате «О повседневных вещах» («*Res cottidianae*») предусматривал помимо договоров и правонарушений частного характера такую собирательную категорию, как *variae causarum figurae*, что можно понять как «порожденные особым правом, основанном на разных видах обстоятельств (оснований)».

Во всяком случае осознание того, что контракты и деликты не единственные юридические факты в обязательственных отношениях пришло значительно раньше юстиниановского времени. Например, классическое деление оснований возникновения обязательств Гая (*Ins.* 3.88) на «из контракта» и «из деликта» уже предполагали исключение, сделанное автором для односторонних сделок (*Ins.* 3.91), в частности для уплаты недолжного.

Другие специалисты усматривают оформление двух указанных оснований возникновения обязательств только в постклассическом римском праве, где в Институциях Юстиниана (*Ins.* 3.13.2) они получили законченную форму и включились в систему источников обязательств.

В любом случае потребность в правовом регулировании отношений, сходных по характеру и содержанию с договорами, но между сторонами, не состоящими в договоре, осозналась в Древнем Риме в классическую эпоху.

Нужно признать, что группа оснований возникновения обязательств, которая постепенно

оформлялась как квазиконтракты, достаточно разнородна. К ней были отнесены односторонние сделки, незапрещенные фактические действия в интересах другого лица, фактическое и беститульное обретение имущества или выгоды от него. Следуя римской традиции, все указанные правовые состояния оформлялись изначально исками, как правило, в рамках преторского права, исков доброй совести.

Основные разновидности обязательств – *quasi ex contractu* можно свести к нескольким группам:

1. *Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения одного лица за счет другого.*

2. *Negotiorum gestio – забота о чужом деле.* Позднее этот термин дополнился словами «без поручения», данный вид обязательства является аналогичным тому, которое возникает из договора *mandatum*.

Можно выявить несколько объединяющих черт для всех обязательств, относящихся к квазиконтрактным:

- отсутствие между сторонами соглашения, которое могло бы определить права и обязанности сторон;
- дозволенность (или точнее незапрещенность) действий сторон;
- фактический характер действий, чаще всего связанный с передачей или получением вещей, с которыми право не связывает прямых юридических последствий, но которые требуют регулирования. Здесь нужно подчеркнуть, что все действия, попавшие в категорию *квазидоговоры*, изначально относились к пробелам в праве.

В силу строгого формализма римского нормотворчества и правоприменения всякое непоименованное в нормах гражданского права отношение обрекалось на отсутствие юридической защиты. Механизм восполнения этих пробелов схож с современным: в его основе лежал принцип аналогии закона и права. Об этом говорит даже используемый римлянами термин *quasi ex contractu*, производный от *ex contractu*, из чего следует далее аналогичная договорной модель условий и пределов ответственности сторон в квазидоговорных отношениях и пр.;

– в основе регулирования и квалификации квазиконтрактов лежало действие, а не воля, т.е. по своей природе эти отношения регулировались как проявление объективное. Можно было бы утверждать, что эта черта скорее различает договор и квазидоговор, если бы не традиционно римское представление о реальных контрактах, где в основу было положено не столько субъективное волеизъявление, сколько предполагаемая воля лица, и где действие по передаче вещи замещало собой согласование воли.

Другое дело, что реальные контракты были направлены на придание формальному акту определенной законченности, на установление связи с моментом заключения договора, а также процессуально доступного доказывания этого момента в отличие от сложного доказывания момента заключения консенсуального соглашения.

Если смотреть со стороны, то трудно отличить действия по передаче вещи в дар или займа от действия по уплате неосновательного. Право связывает с первыми действиями переход титула собственника, т.е. усматривает за формальным актом передачи вещи предполагаемую волю обеих сторон, которую расценивает как контракт. Второй же вариант поведения рассматривается как вневольный и непорождающий обязательство из контракта. В таком случае надо констатировать, что разграничение реального контракта от квазиконтракта сводится к возможности или невозможности доказать наличие, встречность и целенаправленность воли сторон.

Если будет доказано, что сторона, вручая деньги, рассчитывала на возвращение такой же суммы через время, и сторона, их принимающая, тоже мыслила себя обязанной вернуть деньги, то налицо кауза займа, что приведет к появлению договорного обязательства. Если же сторона не сумеет доступными процессуальными средствами доказать свое намерение и осознание его контрагентом, то деньги можно будет истребовать как неосновательно полученные, т.е. через квазидоговорные формы.

В современном праве квазидоговорные отношения возникают в основном как отношения вспомогательные, при затрудненности доказывания иных обязательственных источников такой квазиконтракт есть неосновательное обогащение.

В пользу утверждения о том, что разграничение договорных и как бы договорных форм следует искать в процедуре процессуального доказывания, говорит не только общая черта формирования всех римских правовых институтов «от иска к субъективному праву», не только схожесть внешнего выражения действий, ведущих к контракту и к квазиконтракту, но и правила о выборе средств защиты указанных отношений. Как в Древнем Риме, так и в наши дни важны правила о соотношении виндикационного иска собственника и кондикционного, личного иска из неисполнения обязательства по договору и иска о возврате неосновательно полученного.

Анализ римских правовых памятников не дает оснований утверждать, что римлянам были известны модели «конкуренции исков»

(характерной сегодня для английского права), т.е. сознательный выбор из двух одинаково доступных для управомоченного лица требований, например виндикационного и кондикционного. Представляется, что, если собственник мог воспользоваться правом виндикации, он не мог прибегнуть к истребованию по кондикции. Возникает вопрос, а что значит собственник мог воспользоваться? Речь снова идет о наличии у него доказательств, необходимых для подачи соответствующего иска и его удовлетворения, а также об объективных препятствиях к виндикации, какими служили, например, смешение или потребление вещей.

Так, одно из назначений иска *condictio sine causa* заключалось в том, что он мог быть предъявлен, когда без правовых оснований вещи одного лица были фактически потреблены другим лицом или смешались с вещами другого лица. Собственник вещей, утратив возможность предъявить виндикационный иск для их истребования, предъявлял кондикционный иск. Однако и в этом случае причины невозможности виндикации сводятся к невозможности доказать, какую именно вещь собственник желает истребовать у владельца (при смешении вещей).

Всем известная затруднительность для истца при виндикации доказать свой титул, особенно если право собственности приобреталось производными способами, приводила к тому, что собственник не обращался с требованием вернуть вещь из чужого незаконного владения гражданским иском, а искал альтернативные средства защиты, ведущие к тому же результату, но перекладывающие бремя доказывания с истца на ответчика.

В кондикционном иске, например о возврате недолжно полученного или недобросовестно приобретенного, доказывать титул собственника не требовалось. Бремя доказывания распределялось следующим образом: истец должен был доказать факт уплаты и наличие обстоятельств, которые вызвали в нем ошибочные предположения о существовании долга, а ответчик должен был доказать наличие правового основания для обладания вещами, для получения денег и др.

Поскольку рамки доклада не безграничны, то остановимся на одном из приведенных квазиконтрактов – неосновательном обогащении – и проследим особенности его проявлений и рецепцию.

К обязательствам из неосновательного обогащения могли быть отнесены следующие:

1. *Требование возврата недолжного (condictio indebiti), уплаченного по ошибке.* Такой иск требовал наличия нескольких условий:

– ответчику предоставлялось какое-нибудь материальное благо (вещь, деньги, освобождение от уплаты) во исполнение предполагаемой обязанности (*solvendi causa*);

– обязанности по отношению к данному лицу у предоставляющего благо лица в действительности не существовало, даже в форме натурального обязательства или требований приличий;

– наличие извинительного заблуждения, т.е. фактической, а не юридической ошибки.

2. *Требование возврата того, что получено другим лицом, вследствие неосуществления того основания, которое имело в виду, когда совершалось предоставление (condictio causa data causa non secuta).*

«Кто доставил что-либо другому лицу в предположении, что наступит известное событие, тот может, если его предположение не сбудется, требовать от приемателя возврата переданного ему»¹.

При этом не имело значения, по какой причине ожидаемого сторонами события не произошло: объективной, не зависящей от воли обеих сторон или субъективной, например по вине кого-то из участников отношений. Допустим, имущество, переданное в качестве приданого в связи с будущим браком, истребовалось назад посредством указанного иска, если брак так и не заключался.

По своей природе это требование очень близко к уплате недолжного, предмет двух исков сходен, различие проводится по первоначальной каузе передачи имущества. Думается, надо согласиться с теми учеными, которые рассматривают *condictio indebiti* как прообраз всех кондикционных исков и обязательств², поскольку противоположные суждения, усматривающие в видах кондикционных требований принципиальные различия не очень убедительны. «Мы не можем с ними согласиться (речь идет о выводе Д. В. Дождева. – О. П.), так как в основе *condictio indebiti* лежат действия сторон, когда они полагают, что между ними существуют обязательства, тогда как в перечисленных ниже случаях стороны действовали исходя из других обстоятельств и иных целей»³.

В действительности кауза «должного» присутствовала у лица, передающего вещь и в том и в другом случае, но в последней ситуации она планировалась на будущее, а при *condictio indebiti* она могла отсутствовать на момент передачи. Однако в обеих ситуациях, передача вещи или денег была безосновательна на момент подачи иска об истребовании вещей назад.

3. *Требование возврата, бесчестно приобретенного (condictio ob turpem causam).*

Могли требовать возврата уплаченного или переданного те лица, которые подвергались вымогательству, пытались заплатить за несовершение преступления или бесчестного и аморального поступка либо за исполнение другим лицом обязанности, которая и так должна была быть им исполнена⁴. Важно было следующее, чтобы плательщик был добросовестен, а получатель имущества планировал или совершал противоправные или противные добрым нравам действия. В случае обоюдного противоправного и безнравственного поведения иск из неосновательного обогащения плательщику не давался.

Помимо указанных конкретных проявлений и исков из известных римлянам ситуаций неосновательного обогащения, существовал еще родовой, общий для всех случаев неосновательного сбережения или приобретения иск – *condiction sine causa*. Этот иск, видимо, мог подаваться в любой ситуации, но как всегда бываает, когда появляются специальные и конкретные иски, они получают приоритет перед общим. В результате общий иск подавался в редких ситуациях, например, когда к обогащению приводили действия сумасшедшего раба или природные силы.

Итак, 1) действительными причинами, способствующими появлению квазиконтрактных обязательств, были процессуальные основания, в частности затруднительность доказывания, потребность в перераспределении бремени доказывания между сторонами. Во многом актуальность квазиконтрактов в современном гражданском праве объясняется теми же обстоятельствами. Недаром неосновательное обогащение называют «палочкой-выручалочкой» гражданского оборота, имея в виду, что, если вам не доступны в силу недоказуемости иски из договоров или иски собственника, вы всегда можете получить желаемое при помощи кондикционного требования;

2) разновидности специальных исков из неосновательного обогащения в римском праве объясняются, с одной стороны, стремлением к максимально конкретному регулированию спорного случая, а с другой – все теми же процессуальными моментами – возможностью в этом случае сузить предмет доказывания в судебном разбирательстве.

Воронежский государственный университет

Поротикова О. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Тел.: 8-903-652-16-18

При формировании современного Гражданского кодекса России в институт неосновательного обогащения, по мнению разработчиков проекта ГК РФ, были внесены наиболее значительные изменения и уточнения по сравнению с нормами об иных основаниях возникновения обязательств. «В основе происшедших изменений лежат, во-первых, взгляд на обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения, не как на отдельный вид обязательств, а как на особый их род и даже, возможно, своеобразный (восполнительный) способ защиты гражданских прав; во-вторых, понимание того, что этот институт относится к числу тех, которые непосредственно связаны с нравственными началами гражданского права»⁵. Из сказанного видно, что и в настоящее время эта квазиконтрактная форма служит решению проблем судебной защиты и исполнению проблем обязательственного права. Более того, почти весь XX в. не затихали дискуссии о том, как соотносятся правила о неосновательном обогащении с иными возможными средствами гражданско-правовой защиты лица, чья имущественная сфера пострадала, например с требованием о реституции при признании сделки недействительной, с требованием о возврате из незаконного владения (виндикации), с требованием из причинения вреда (деликта). Однако вывод из этой научной полемики формируется противоположный ее основной цели: ставили задачу отграничить от смежных институтов и выделить для неосновательного обогащения свою нишу, а, по сути, пришли к тому, что это родовое явление по отношению ко всем источникам обязательств. То есть в определенной мере в римской традиции нормы о неосновательном обогащении как общие (генеральные) применяются там и тогда, где и когда невозможно применить более специальное средство.

¹ *Дернбург Г.* Пандекты (обязательственное право). М., 1900. С. 460.

² См.: *Дождев Д. В.* Римское частное право : учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1996. С. 546.

³ *Ушивцева Д. А.* Обязательства вследствие неосновательного обогащения : вопросы теории и практики. Тюмень, 2006. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ См.: *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 450.

⁵ *Маковский А. Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М., 2010. С. 543.

Voronezh State University

Porotikova O. A., Candidate of Legal Science, Associate Professor of Civil Law and Process Department

E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Tel.: 8-903-652-16-18

Е. А. Сорокина

Российский университет дружбы народов
(г. Москва)

ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ (BONNE FOI) В ДОГОВОРНОМ ПРАВЕ ФРАНЦИИ

В большинстве правовых систем стран Западной Европы принцип добросовестности получил развитие в качестве наиболее важной максимы договорного права. Цель данной статьи – рассмотрение развития, значения и содержания этого принципа в праве Франции.

К л ю ч е в ы е с л о в а : добросовестность, принцип, римское право, право Франции, договорное право.

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH (BONNE FOI) IN FRENCH CONTRACT LAW

In most Western European legal systems the principle of good faith was developed into one of the most important maxims of contract law. The goal of this article is devoted to the development, function and meanings of good faith in French law.

К e y w o r d s : good faith, principle, Roman law, French law, contract law.

Поступила в редакцию 20 мая 2011 г.

ВЛИЯНИЕ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА НА РАЗВИТИЕ ... ЕВРОПЫ

Добросовестность является той правовой категорией, которая признается тем или иным образом в каждом национальном правовом порядке. И большинство современных гражданских кодексов стран романо-германского права распространяет на договорные отношения требование, а точнее принцип добросовестности, который происходит от латинского термина *bona fides* (добрая совесть).

Ученые единодушны в том, что первые видимые проявления «доброй совести» относятся к римской правовой традиции, а ее истоки связывают с существовавшей в римском обществе категорией *fides*, которая вследствие своего синкретичного характера отличалась многозначностью содержания и отражала неодинаковые значения и функции в различных обстоятельствах. Среди ее значений были такие, как вера, доверие, надежность, достоверность и др. Она воспринималась как верность данному слову и являлась, по сути, клятвой (*iusiurandum*), дававшейся при заключении соглашений, выступала в значении *защита* и указывала, каким образом стороны должны вести себя в тех или иных отношениях¹.

Уже в *fides* проявлялась та идея, которая воплотилась и в *bona fides* – выполнять данные обещания, следовать определенному поведению в правоотношениях и создавать

такие отношения, которые основывались бы на доверии, взаимоуважении и равенстве.

Процесс развития *bona fides* в римском обязательственном (договорном) праве тесно связан с эволюцией римского гражданского процесса и появлением *iudicium bonae fidei* (судов, основанных на доброй совести) или *actiones bonae fidei*².

Обращаясь к источникам, находим список исков *bonae fidei*³, характерной особенностью которых являлось содержание в интенции (*intentio*) формулы – на основании доброй совести (*oportere ex fide bona*)⁴.

Характер судебного разбирательства дел по искам *bonae fidei* отражал закономерности эволюции римского общества и права – движение от простого к более сложному. Поэтому в отличие от разбирательства по искам строгого права (*stricti iuris*), где обстоятельства дела рассматривались в рамках заранее заданных формул, по искам *bonae fidei* требовался более глубокий анализ обстоятельств дела.

В каждом конкретном случае при разбирательстве по иску *bonae fidei* судья должен был анализировать случай, делать определенные выводы, свойственные именно для этого процесса, оценивать ответственность сторон, а критерием для этого являлась *bona fides*. Свобода, которая существовала у судьи – *interpretatio plenior*, а именно изучение и толкование дела более глубоко и внимательно⁵.

На основании фрагментов Институций Гая⁶ судье по искам, основанным на доброй совести, предоставлялась полная свобода при рассмотрении дела, т.е. он не ограничивался содержанием формулы, а также вводилось правило о принятии во внимание отношений сторон⁷.

Данное правило исходило из того, что в результате развития торгового оборота, отношений, основанных на *bona fides*, в деятельности римской юриспруденции постепенно складывалось правило, в соответствии с которым намерения сторон обладают большим значением, нежели сказанное (в данном случае речь идет о торжественных формальных словах, которые были необходимы при заключении договоров, *stricti iuris*)⁸. При исках *stricti iures* в формуле судье уже указывалось, к чему и на сколько он должен присудить ответчика, если иск против него правильный. При *actiones bonae fidei* в формуле не определялась сумма, к которой судья должен был присудить ответчика, и оценка должна была производиться по усмотрению судьи на основании *ex bono et aequo* в каждом конкретном случае⁹. При исках *stricti iuris* в формуле уже указывалась та сумма, к которой судья должен присудить ответчика, и судья ее не мог ни увеличить, ни уменьшить.

По искам *bonae fidei* судья проверял, выполнила ли сторона обязательство, как это сделал бы добропорядочный человек; напротив, в исках *stricti iuris* – выполнил ли данное обещание.

Требование *bona fides* подразумевало, что человек должен был вести себя в соответствии с поведением *vir bonus* (честного мужа). Следовательно, для отношений *bona fides* существовали более взыскательные требования¹⁰.

Исключение умысла, обмана (*dolus*), угрозы, принуждения (*metus*) являлось неотъемлемой характеристикой исков и отношений, основанных на доброй совести. Стороны обязывались действовать в своих взаимоотношениях по доброй совести (*bona fide*), и обман при исполнении договора преследовался так же, как и обман при его заключении. Судья, разбирая данные судебные тяжбы, судил стороны, как полагают, именно с этой точки зрения. Любое действие со злым умыслом обычно влекло вынесение решения против виновной стороны в *dolus* независимо от того, существовал ли обман при заключении или исполнении договора либо это выяснялось уже в судебном процессе. По свидетельству источников, признается ответственность за *dolus*, так как это соответствует *bona fides*¹¹. В соглашениях должна проявляться также не только *bona fides*, но и старательность, т.е. должен отсутствовать не

только *dolus*, но и небрежность (*culpa*)¹². Недопущение обмана в договорных отношениях в последующем распространялось также на все виды юридических отношений. Появление и развитие отношений, основанных на *bona fides*, способствовало дальнейшему процессу изменения строгого гражданского права. Данный процесс происходил, исходя из дуализма *ius civile* и преторского права – противоположности между правовой системой, подчиненной строгости принципов и открытой возможным требованиям справедливости и добросовестности. Изменение строгого гражданского права происходило с выработкой претором определенных средств защиты¹³.

В период империи происходит слияние *ius civile* и *ius honorarium*. Кроме того, Константин закрепляет справедливость как общий принцип, применяемый к частному праву, который преобладает и в *stricti iuris*¹⁴. Понятие обязательств строгого права исчезает, и принцип добросовестности применяется в отношении всех договоров и составляет справедливость¹⁵.

Таким образом, понятию *bona fides* был присущ расширяющийся на протяжении всего развития римского права характер. *Bona fides* получает развитие как средство судебной защиты и критерий, в соответствии с которым судья должен был всецело и детально оценивать правоотношение, по которому возник спор. Добрая совесть в данном случае проявлялась как основа, которая существовала в судебных решениях и влекла за собой определенный способ судопроизводства. С развитием *bona fides* уже требуется толкование соглашения, придерживаясь не только буквы закона, но и «духа», формируя должное правило поведения, необходимое в человеческих отношениях; существует возможность принимать во внимание встречные притязания и приспособляться к изменяющимся жизненным ситуациям. На основании *bona fides* в значительной степени изменилась строгость и формализм римской правовой системы. Получило развитие правило о принятии во внимание в каждом конкретном случае не только объективных критериев, но и поведения сторон.

Bona fides – это не только верность данному слову или обещанию, это определенный стандарт (модель) поведения, почитание и уважение сложившихся отношений. Требование *bona fides* находило выражение в искреннем желании не пользоваться предсудительными выгодами, уважении прав другого. Поэтому поведение сторон должно было соответствовать определенным требованиям: раскрытие всей известной информации, необходимой для

построения взаимных отношений¹⁶, и условия договора должны быть ясными, четкими и не двусмысленными¹⁷; предоставление дополнительных сведений, о чем не договаривались, но имеющих значение для стабильности договорных правоотношений¹⁸; исключение любого притворства; проявление заботливости, бережливости, старательности¹⁹, т.е. все те условия, которые способствуют развитию гражданского оборота, и составляют прочную основу отношений. Таким образом, идея *bona fides* является неотъемлемой частью построения римской договорной системы и выступает в качестве руководящего начала, изменяющего и дополняющего договорные правоотношения.

Значение категории *bona fides* для договорных отношений не утрачивается ни в период Средневековья, ни в периоды Нового и Новейшего времени. Однако она приобретает свое собственное значение и содержание, а также семантическое объяснение. Первым европейским кодифицированным актом гражданского права XIX в., закрепившим принцип добросовестности²⁰, стал Французский гражданский кодекс 1804 г. (далее – ФГК).

Для понимания значения принципа добросовестности в договорном праве Франции, прежде всего, необходимо хотя бы кратко уделить внимание научной литературе, особенно таких известных юристов XVII–XVIII вв., как Ж. Дома и Р. Потье. Ведь именно их работы послужили немалым пособием при составлении ФГК²¹, и в них содержались определенные воззрения на добросовестность.

В Трактате «О гражданских законах в их естественном порядке», в котором Ж. Дома систематизировал правила и установил основные принципы системы французского гражданского права, он доказывал значимость принципа добросовестности, основываясь на определенных религиозных воззрениях. Явное проявление подобных взглядов находит отражение в случае установления им двух основных законов, регулирующих поведение каждого человека. Так, первый закон, являющийся общим для всех людей и находящийся в основе всех других законов, предписывает искать и любить Бога как высшее благо. Второй закон обязывает людей объединяться и любить друг друга. Исходя из его представлений, именно второй закон руководит всеми обязательствами, так как их образует Бог для того, чтобы люди были связаны между собой. Им подчеркивается, что общество было создано таким образом, чтобы никто не мог находиться без ему подобного, и такая взаимозависимость должна благоприятствовать появлению взаимной любви. Каждый человек

должен следовать данному установлению в своих обязательствах²².

Поэтому, указывал Ж. Дома, не существует такого соглашения, где не подразумевалось бы, что один должен действовать по отношению к другому добросовестно; каждый обязан во всем том, чего она [добросовестность] требует. Он подчеркивал, что различие, которое было предусмотрено римским правом, где выделялись договоры строгого права и основанные на доброй совести, в соответствии с французским правопорядком не действует, так как в данном случае все договоры основаны на добросовестности.

Не удивительно, что Ж. Дома выделял множество принципов, которые, по его мнению, происходили из закона взаимной любви и лежали в основе добросовестности. Так, во взаимных и добровольных соглашениях от сторон требуется искренность для того, чтобы понимать, какие обязательства они на себя берут, и верность, чтобы их выполнять. В любых обязательствах запрещены нечестность, двуличность, обман, недобросовестность и все другие действия, которые наносят вред или убыток. В целом добросовестность включает обязанность не делать другим того, чего себе не желаешь²³.

Р. Потье, как и Ж. Дома, устанавливал связь между добросовестностью и правилом взаимной любви между людьми. В Трактате «Об обязательствах» он подчеркивал необходимость любить ближнего при вступлении в договорные отношения и ничего не скрывать от другой стороны. По его представлениям, добросовестность запрещает не только любую ложь, но и любое сокрытие всего того, в чем заинтересовано лицо, с которым вступают в отношения. Так, противоречащим добросовестности является умалчивание для своей выгоды тех фактов, которые имеют значение для другой стороны.

Таким образом, несмотря на то, что ни Ж. Дома, ни Р. Потье не использовали четкого понятия добросовестности, и только несколько положений, относящихся к добросовестности, являлись предметом их замечаний, тем не менее описываемые ими правила и принципы проникнуты данным требованием. Исходя из их представлений искренность и верность по отношению к другой стороне в обязательстве, запрет обмана, умалчивания определенной информации и нечестности лежит в основе добросовестности.

При обсуждении проектов ФГК добросовестность рассматривалась в качестве фундаментального понятия и принципа. Предусматривалось, что договор не только должен

исполняться добросовестно, но и заключаться в соответствии с данным принципом. Однако М. Порталис – ведущий юрист, участвовавший в кодификационной работе, правило о заключении соглашения добросовестно нашел излишним²⁴. По его мнению, предшествующие положения кодекса уже отражали этот принцип²⁵. Таким образом, в ФГК, действующем до настоящего времени, получило отражение правило, что «соглашения должны исполняться добросовестно (*bonne foi*)» (абз. 3 ст. 1134).

После принятия ФГК и до середины XX столетия в большинстве случаев французская юриспруденция почти не обращается к изучению принципа добросовестности в обязательственном праве²⁶. Подобное «равнодушие» связано с тем, что правовую культуру всей Европы в конце XVIII в. охватили определенные революционные идеи. Либерализм, индивидуальная свобода – основное направление мысли эпохи. Либеральный подход исходил из возможности человека самостоятельно и независимо определять свою судьбу, поскольку ему предоставляется свобода самому формировать условия своего существования. Это проявилось в идее, что договор есть то, чего стороны желали, его содержание зафиксировано в соответствии с их волей и намерением.

В результате принцип добросовестности во французском праве долгое время находился «в тени» правила – «соглашения, законно заключенные, занимают место закона для тех, кто их заключил»²⁷ (абз.1. ст.1134 ФГК). Соглашения сторон «подчиняются» именно этой идее и зависят от намерения и желания сторон, а не от *bonne foi*. Поэтому подчеркивалось, что в ранее действовавшем праве добросовестность под воздействием канонического права была «окрашена нравственными и религиозными оттенками» и стала объективным ограничением договорной свободы, а подобный подход в действующем праве может дискредитировать либеральную концепцию договора²⁸.

Таким образом, первоначально французская доктрина исходила из обязанности судьи принимать решение в соответствии с намерением сторон, и суды, мотивируя свои решения, действительно предпочитают использовать другие понятия и принципы, нежели добросовестность.

В результате добросовестность получает характеристику «мертвой концепции». В отдельных работах отмечается, что в судебных решениях редко можно будет встретить ссылку на абз. 3 ст. 1134²⁹. Однако подобная негативная оценка постепенно меняется.

В данном случае следует обратить внимание на тот факт, что в XX в. во Франции

получает развитие учение солидаризма, в соответствии с которым автономия воли в договорных отношениях не является господствующей идеей.

Концепция солидаризма применительно к договорным отношениям отразилась у Рене Демога. Он писал о том, что автономия воли или принятие во внимание воли сторон больше не является господствующей идеей и существенным основанием договора³⁰. По его мнению, воля должна быть подчинена высшим социальным требованиям, требованиям социальной солидарности.

Именно Р. Демог уделял внимание абз. 3 ст. 1134 ФГК применительно к договорным отношениям, наделял юридической силой добросовестность, допускал, чтобы договаривающиеся стороны образовывали «нечто вроде микрокосмоса», понимая под ним маленькое общество, в котором каждый должен действовать исходя из общей цели, которая является совокупностью индивидуальных целей, осуществляемых каждым³¹. Он подчеркивал, что у кредитора существует несколько обязанностей: «...он не должен своим поведением обременять должника, а должен способствовать выполнению обязательства»³². Кроме того, у контрагентов существует обязанность предупреждать друг друга в случае изменения обстоятельств в ходе договорного процесса, и они оба в этом заинтересованы. Все это, по мнению Р. Демога, имеет отношение к идее солидарности между кредитором и должником и следует из абз. 3 ст. 1134³³.

Несмотря на данные идеи, только лишь с начала 70-х гг. французская доктрина и судебная практика начали «проявлять интерес» к принципу добросовестности. Высказываются мнения, что добросовестность уже не является «мертвой концепцией», а «спящей сном праведника»³⁴.

В настоящее время во французской доктрине существует подход, в соответствии с которым представления о принципе добросовестности схожи с теми идеями, которые высказывал еще Р. Демог. В данном случае добросовестность связывается именно с договорным солидаризмом. Даже высказываются мнения, что «в настоящее время наметилась тенденция, которая ведет к заботе о другом (т.е. участнике договора) и его интересах, что-то вроде солидарности, договорного братства»³⁵. Согласно мнению А. Серье, добросовестность – это добрая воля, верность, забота о пользе своего контрагента, это означает сотрудничать с ним и принимать во внимание его интересы, одним словом, любить его как брата. Кроме того, находит отражение идея, и формулируется новый «лозунг»

договорного права – «верность, солидарность, братство»³⁶.

Подобные суждения подчеркивают связь добросовестности с договорным сотрудничеством и принятием во внимание интересов контрагентов. Поэтому не удивительно, что во французской доктрине сложился подход, согласно которому добросовестность «навязывает» сторонам одновременно верное поведение и сотрудничество. Данные положения указывают на то, что для каждой стороны в соглашении существует определенная обязанность по отношению к другой. Так, верность запрещает пользоваться слабостью своего контрагента. Действительно, в неравноправном отношении существует способность навязывать условия контрагенту, которые позволяют обогатиться за счет своего партнера. В том случае, если он пользуется данной слабостью и пытается извлечь выгоду из слабости своего контрагента, он не признается верным. Сотрудничество означает, что для каждой стороны существует обязанность учитывать интересы контрагента в течение всего договорного процесса.

Примером может служить судебное постановление по делу «Ехрові» от 25 февраля 1992 г., принятое палатой, рассматривающей трудовые споры и дела, вытекающие из социального законодательства, в котором интерпретировалось требование солидарности работодателя по отношению к служащему. В рассматриваемом деле работник был уволен по причине упразднения его штатной единицы. Тем не менее по истечении десяти дней был нанят другой работник на вновь открывшуюся должность, степень профессиональности которого соответствовала квалификации уволенного работника. Суд счел, что работодатель должен был выполнять договор в соответствии с требованием добросовестности, и у него существовала обязанность обеспечить вновь открытым рабочим местом уволенного работника. Таким образом, приоритетным правом при условии соответствующей квалификации обладал сотрудник, ранее уволенный по причине сокращения. Более того, в данном случае существовала обязанность соблюдения интересов уволенного сотрудника³⁷.

Таким образом, во французском праве принцип добросовестности лежит в основе определенных обязанностей сторон по сотрудничеству и верности, соблюдению интересов друг друга.

Во французском праве получила развитие другая обязанность, которая тесным образом связана с добросовестностью – *obligations d'information* (предоставления или раскрытия информации), которая в большей степени необ-

ходима на преддоговорной стадии договорных правоотношений³⁸.

Еще в 1962 г. в литературе подчеркивалось, что обязанность раскрытия информации не может существовать во французском праве, поскольку данная обязанность, очевидно, не согласуется с современными нравами и обычаями³⁹. Однако постепенно подобная обязанность получает развитие и предусматривается не только, например, для купли-продажи и страхования, но и для других правоотношений. Кроме того, подчеркивается, что обязанность информации происходит из-за существующего неравенства сторон в договорных правоотношениях⁴⁰. Не только продавцы, но и врачи, архитекторы, дистрибьюторы, банкиры и юристы должны раскрывать информацию прежде, чем заключить соглашения с другой стороной. Данная обязанность основывается либо на положениях законодательных актов, либо развивается судебной практикой.

В судебной практике обязанность предоставления информации получила развитие на основе норм ФГК, которые относятся к порокам воли (*vices du consentement*). Таким образом, в связи с тем что подобная обязанность не установлена законом, ее нарушение может рассматриваться на основании норм об ошибке (*erreur*) или обмане (*dol*)⁴¹. В соответствии с решением Кассационного суда от 1 апреля 1954 г. обман представляет собой умалчивание одной стороной факта, который известен ему, и в том случае, если бы данный факт был известен другой стороне, она бы не заключила договора⁴².

Подобные нарушения являются основанием для того, чтобы договор был признан недействительным. А возмещение ущерба может основываться на ст. 1382 ФГК о деликтной ответственности. В случае неразглашения другой соответствующей информации единственным доступным средством является возмещение ущерба.

Предусматривается, что сторона должна раскрыть информацию, имеющую важное значение, например обязанность продавца сообщить покупателю условия использования машины; однако подобная обязанность не возникает для того, кто производит ее ремонт.

Информация, которая не могла бы оказать помощь в принятии решения или которая могла бы даже нанести вред, не должна быть раскрыта. Например, когда пациент болен и врач не уверен в его выздоровлении, он может выбрать, должен ли он раскрывать подобную информацию. Однако существует обязанность раскрытия, чтобы предупредить пациентов относительно потенциальных осложнений, про-

исходящих из-за болезни, для того чтобы они могли их избежать. Не существует подобной обязанности в случае, когда сторона, которая нуждается в информации, уже знает ее.

Следует упомянуть еще одну дополнительную обязанность, которая была выработана доктриной, воспринята судебной практикой и свойственна французскому национальному правопорядку – обязанность обеспечить безопасность (*obligation de securite*).

Появление подобной обязанности было связано с происходившим техническим прогрессом и индустриализацией. В конце XIX в. во французской литературе стали появляться утверждения, что существует необходимость возмещения вреда, во-первых, рабочим в случае, если вред был причинен на производстве при исполнении трудового договора; во-вторых, пассажирам, пострадавшим в результате несчастных случаев при исполнении договора перевозки. Постепенно в судебной практике были выработаны характерные признаки обязанности обеспечить безопасность: во-первых, данная обязанность являлась дополнительной по отношению к основной обязанности по договору: сама по себе, безотносительно к какому-либо договору, обязанность обеспечить безопасность не существует; кроме того, недостаточно одного того факта, что вред причинен контрагенту по договору, – важно, чтобы он был связан с выполнением одной из договорных обязанностей; во-вторых, ее содержание – не создавать угрозу причинения вреда здоровью другого лица: поскольку обязанность обеспечить безопасность связана с непричинением вреда здоровью, она может существовать только в отношении физических лиц; в-третьих, она признается за должником, занимающимся профессиональной деятельностью: то, что наличие такой обязанности признается за лицами, являющимися профессиональными участниками оборота, является одним из проявлений общей тенденции установления более строгих правил в отношении этой категории лиц; по сути, речь идет о перенесении риска на более сильную в экономическом плане и имеющую больше возможностей для предотвращения вреда сторону⁴³.

Следует отметить, что данная обязанность получила развитие не на основании положения ФГК о добросовестности (абз. 3 ст. 1134), а на основании ст. 1135, которая предусматривает, что из договора вытекает не только то, что прямо выражено сторонами, но и обязанности, вытекающие из требования справедливости (*equite*). Вместе с тем, как указывается во французской доктрине, создатели ФГК вкладывали в эту статью другой смысл, а именно необхо-

димость исполнения договоров в соответствии с принципом добросовестности⁴⁴.

При этом следует обратить внимание, что во французской доктрине подчеркивается, что дополнительные обязанности, происходящие из принципа добросовестности, по сути, навязываются судом сторонам правоотношения, и их принятие не было направлено на их волеизъявление⁴⁵. Таким образом, суд не может включать дополнительные обязанности в содержание договора, так как это противоречит воле сторон, и в результате судебного толкования могут появиться элементы, которые, будь они прямо выражены сторонами, могли бы быть иными.

Изменения в применении принципа добросовестности в праве Франции связаны с развитием и действием теории «злоупотребления правом». Лицо признавалось злоупотребившим своим правом в том случае, если его осуществление было произведено с намерением навредить другому лицу или противоречило экономической или социальной цели последнего. Данные условия заложили основу более глубокого проникновения добросовестности во французское право. Как следствие, в современной французской доктрине целым рядом авторов высказывается мнение, что отнесение обязанностей, возникающих из требования добросовестности, к сфере договорного права ошибочно. Во французской доктрине и практике следуют тому, что за нарушение добросовестности и обязанностей, из нее вытекающих, должна следовать деликтная ответственность. Следовательно, к требованию добросовестности, относящемуся к договорным обязательствам, применяются нормы деликтного права. Как подчеркивается, злоупотребление есть отсутствие добросовестности, и доктрина и судебная практика постоянно указывают на деликтную или квази-деликтную ответственность за ее нарушение⁴⁶.

Возникает вопрос, не могла ли добросовестность найти свою основу в общей норме об ответственности, содержащейся в ст. 1382 ФГК, которая обязывает возместить ущерб того, по чьей вине он произошел? Действительно, доктрина проводит параллели между добросовестностью и общей нормой об ответственности, происходящей из ст. 1382⁴⁷. Поэтому предлагается приравнять добросовестность и общую норму об ответственности. Данная норма, которая находилась бы в основании добросовестности, приведет к тому, что добросовестность не происходит из договора, а необходимость его соблюдения происходит из принципа «не вредить другому».

Однако проявления добросовестности абсолютно не растворяются в общей норме ответственности. Если действительно возможно установить параллель между добросовестностью и солидарностью, то добросовестность навязывает совершение положительных действий по отношению к другому, в то время как в норме ст. 1382 речь идет о вине другого. Таким образом, авторы, которые совмещают добросовестность и деликтную ответственность, полностью исключают из сферы своего рассмотрения положительные действия субъектов.

Итак, по сравнению с законодательным положением ФГК область применения принципа добросовестности была существенно расширена. Более важно то, что на основании этого принципа устанавливаются определенные обязанности для сторон в договорном правоотношении. Существующий подход во французском праве о солидарности, сотрудничестве следует признать положительным, но только для определенных договорных отношений. В частности, в случае, когда одна сторона правоотношения занимает более выгодную позицию – трудовые отношения, отношения с потребителями, заключение договоров, для которых предусмотрена стандартная форма. Долг или обязанность сотрудничества, происходящая из принципа добросовестности, именно в данном случае наиболее необходима. Ведь обе стороны заинтересованы в договорных отношениях и принимают в них участие.

Несмотря на всю значимость принципа добросовестности, в праве Франции сложился «минималистский» подход к его содержанию и применению. Подобная ситуация не вызывает удивления, так как добросовестность представляет собой сложную правовую категорию, у которой не существует единственного значения и которая обладает способностью приобретать расширенное и в целом новое толкование.

Кроме того, принцип добросовестности в праве Франции не получил широкого распространения и не обрел четких функций в связи с тем, что в данном национальном правовом порядке существует постоянное стремление к ограничению судебного вмешательства в договорные правоотношения, так как, во-первых, стороны свободны действовать в пределах своих прав и обязанностей, которые они самостоятельно установили; во-вторых, опасение, что свободное судебное усмотрение приведет к незаконному прецедентному праву.

¹ Подробнее о значении и содержании категории *fides* в римском праве в отечественной литературе см.: Дождев Д. В. Добрая совесть (*bona fides*) как

принцип правового общения // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., 1996. С. 29–40; *Его же*. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. М., 2000. С. 96–128; Кофанов Л. Л. Юридико-религиозный характер римской *fides* в V–III вв. до н.э.: к интерпретации Полибия (VI. 56. 6–15) // Древнее право. *Ivs antiquvm*. 2002. № 2 (10). С. 63–72; Сорокина Е. А. Институт обещания (*fides*) в архаическом праве: культурно-исторические аспекты // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юрид. науки. 2008. № 3. С. 5–10.

² В литературе не существует единого мнения относительно происхождения *iudicia bonae fidei*, основными дискуссионными вопросами остаются: в результате деятельности какой римской магистратуры появилась данная категория исков; каково время их введения в римскую правовую систему; связано ли происхождение данных исков исключительно с преторской деятельностью, в частности с юрисдикционной сферой претора по делам перигринов (*pretor peregrinus*), и развитием преторского права с последующим их установлением в эдикте городского претора (*praetor urbanus*), или же данные иски получили развитие и использовались еще в рамках *ius civile* с последующим их принятием претором.

³ Римский юрист республиканской эпохи Квинт Муций Сцевола (140–82 гг. до н.э.) указывал, что этот список включал в себя следующие шесть исков: об опеке (*actio tutelae*), о товариществе (*actio pro socio*), о фидуции (*actio fiduciae*), о поручении (*actio mandati*), купле-продаже (*actio ex empto u actio venditi*), о найме (*actio conducti u actio locate*) (Cic. De off. III. XVII.70). В последующем данный список дополнился. Так, в Институциях Гая добавляются следующие иски: о хранении (*actio depositi*), о ведении чужих дел без поручения (*actio negotiorum gestorum*) и иск против мужа, о возвращении приданого (*actio rei uxoriae*) (Gai. Inst. 4.62). В Институциях Юстиниана исчезает *actio fiduciae* и вводятся: иск из ссуды (*actio commodati*), иск по заложенным отношениям (*actio pignoratitia*), иск о разделе наследства (*actio familiae erciscundae*), о разделе общего имущества между товарищами (*actio communi dividundo*) и т.д. (Inst. 4.6.28).

⁴ Формула иска *bonae fidei* состояла из *demonstratio* (демонстрация, где называются юридические факты, состав дела), *intentio* (интенция – части, в которой излагается правовое притязание истца) и *condemnatio* (кондемнация, где претор наделяет судью властью осудить или оправдать ответчика). Сама формула, например для иска из договора хранения, выглядела следующим образом: «*Quod A^{us} A^{us} apud N^{um} N^{um} mensam argenteam deposuit* (демонстрация), *qua de re agitur, quidquid ob eam rem N^{um} N^{um} A^o A^o dare facere oportet ex fide bona* (интенция), *eius iudex N^{um} N^{um} A^o A^o condemnato* (кондемнация). *Si non paret, absolvito*» (цит. по: Дождев Д. В. Добрая совесть (*bona fides*) ... С. 30–31).

⁵ См.: Frederiksen M. W. Reviewed work(s) : *Intorno ai Bonae Fidei Iudicia* by A. Carcaterra // *The Journal of Roman Studies*. 1966. Vol. 56. P. 248.

⁶ *Gai. Inst.* 4.63. Однако судье предоставлялась полная свобода не принимать во внимание никаких оснований для зачета; по крайней мере, формулой иска это прямо не определяется, хотя в судах по доброй совести должны обращать внимание на взаимные отношения сторон; *Gai.* 4.114: «... об исках доброй совести, так как в исках этого рода судье предоставляется свобода».

⁷ Ульпиан объясняет, что при исках *bonae fidei* ничто не является более соответствующим добросовестности, чем предоставление того, о чем стороны договорились. А если стороны о чем-то не договорились, то должно быть предоставлено то, что естественно объемлет силой этого иска (*D.19.1.11.1*).

⁸ Так, например, Помпоний указывает, что в договоре купли-продажи нужно больше обращать внимание на то, что имелось в виду, чем на то, что было сказано (*D.18.1.6.1*). Та же мысль прослеживается и у Папиниана: «...в соглашениях договаривающихся сторон было признано важным обращать внимание больше на волю, чем на слова» (*D.50.16.219*).

⁹ *Inst.* 4.6.30. Выработалось правило, в соответствии с которым при исках *bonae fidei* просрочка должника (*mora solvendi*) обязывала его уплатить проценты (*usurae ex mora*) (*D.22.1.32.2*). Кроме того, должник, впавший в просрочку, обязан был возместить плоды, как полученные, так и те, которые он мог и должен был получить – *fructus percepti et percipiendi*. Судья еще до вынесения решения был обязан выслушать все доводы и возражения как истца, так и ответчика. Более того, судья должен был учитывать соглашения, которыми стороны дополняли договор при его заключении, либо соглашения, совершенные после заключения договора для уменьшения объема предусмотренных им обязанностей (*D.2.14.7.5*: «ибо мы имеем обыкновение говорить, что иски доброй совести распространяются и на неформальные соглашения»; *D.2.14.7.6*: «судебные разбирательства по искам доброй совести включают в себя экцепции (вытекающие из соглашений), сделанные позже на основании того же контракта, потому что известно, что в случае исков из купли-продажи [и других исков доброй совести], пока еще действие не совершено, можно отказаться от купли».)

¹⁰ Примечателен в этом отношении случай с торговцем зерном, описываемый М. Т. Цицероном (*Cic. De off.* III.XII.50). Торговец из Александрии на Родос привез большое количество зерна, где «господствовал» голод, и цены на данный товар были высоки. Он знал о том, что, хотя другие торговцы также направляются на Родос, прибывает первым. Возникает вопрос, мог ли торговец умалчивать о скором прибытии других и таким образом продавать зерно по более высокой цене? Цицерон передает решение данного вопроса философам-стоикам – Диогену Вавилонскому и Антипатру. Так, Антипатр находил нужным раскрывать всю известную информацию. Диоген, ссылаясь на *ius civile*, полагал, что продавец должен сообщать только о недостатках своего товара и стараться продать более выгодно. Раскрытие информации покупателям о стоимости и предстоящих изменениях не является обязатель-

ным. Данное положение соответствовало источникам, так как «при сделках купли-продажи позволено обеим сторонам покупать ниже стоимости и продавать выше стоимости и таким образом обменивать друг друга» (*D.4.4.16.4*; *D.19.2.22.3*). Однако подобный образ действия не соответствовал, по мнению Цицерона, поведению *vir bonus*. Поэтому торговец зерном не должен был скрывать обстоятельств дела от родосцев. Цицерон характеризует его как лукавого, темного происхождения, ловкого, лживого, коварного и т.п. (*Cic. De off.* III.XIII.57). В данном случае отчетливо прослеживается приоритет нравственного над правовым. И не соответствуют добросовестному поведению случаи, когда существует намерение приобретать определенную выгоду по сравнению с другой стороной.

¹¹ *D.16.3.1.7*.

¹² *D.18.1.68*. Ульпиан при описании *actio pro socio*, который основывается на *bona fides*, ссылаясь на Цельса, указывает, что участники товарищества в их взаимоотношениях должны отвечать и за *dolus* и за *culpa* (*D.17.2.52.1*).

¹³ В частности, появились экцепции (*exceptiones*), которые внесли в старое цивильное право принцип добросовестности в тех или иных применениях. К ним относились: *exceptio metus*, *exceptio doli*, *exceptio non numeratae pecuniae*, *exceptio pacti conventi* и др.

¹⁴ *CI.* 3.1.8: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*. (Во всех делах необходимо судить согласно справедливости, так же строго, как и в сфере права.)

¹⁵ *CI.* 4.10.4. *Bonam fidem in contractibus considerare aequum est*. (Справедливо принимать во внимание добросовестность в договорах.)

¹⁶ В данном случае показательным является случай, приводимый М. Т. Цицероном. В частности, авгуры повелели Титу Клавдию Центумалу, который владел строениями на холме Целии, уничтожить одно из его строений, так как его высота мешала совершать им авспиции. Тогда Клавдий объявил о продаже всех строений и их купил Публий Кальпурний Ланарий. В результате авгуры обратились к нему с таким же требованием, и Кальпурний разрушил необходимое строение. Когда он узнал, что Клавдий объявил о продаже строений уже после того, как авгуры повелели ему снести некоторые из строений, он заставил его идти к арбитру (*Cic. De off.* III. XVI.66). В соответствии с цивильным правом продавец недвижимости был ответствен только за те недостатки, наличие которых он прямо отрицал. Цицерон указывал на наличие такой ответственности в Законах XII таблиц, в которых содержалось положение о том, что продавец несет ответственность только в отношении всех устных заявлений, которые он сделал (*Cic. De off.* III. XVI.65). Однако в описываемом случае трудно предположить, каким образом покупатель мог получить гарантии отсутствия подобных обременений приобретаемого имущества, так как об этом он не мог узнать до тех пор, пока не стал собственником этого имущества. Если бы Кальпурний знал о подобном обременении, то он бы потребовал у Клавдия (продавец) соразмерного уменьшения стоимости приоб-

ретаемого им имущества. Исходя из вышеизложенного, в соответствии с гражданским правом Кальпурний не мог подать иск о возмещении убытков. В результате Клавдий подал иск насчет того, что ему должно быть дано и для него сделано на основании *ex fide bona*. В соответствии с данным Цицероном объяснением требование доброй совести в этом деле заключалось в том, что продавец должен был сообщить обо всех недостатках, о которых ему было известно, покупателю. Так как Клавдий знал о недостатках, следовательно, он ответствен за любой ущерб, который понес добросовестный покупатель, и должен возместить убыток покупателю.

¹⁷ D. 18.1.21: «Лабееон писал, что неясность договора должна скорее вредить продавцу, который так высказался, чем покупателю, так как (продавец) до совершения сделки мог высказаться яснее»; Pomp. D. 18.1.33: «Когда в условиях продажи написано таким образом: «стоки (и) кровельные желоба как они находятся сейчас, чтобы так и были», и не добавляется, какие стоки и какие желоба, то в первую очередь нужно обращать внимание на то, что имелось в виду; если это не очевидно, тогда принимается то (толкование), которое идет во вред продавцу: ведь выражение двусмысленно».

¹⁸ D. 18.6.9: «Спрашивается: если после осмотра земельного участка, но до достижения договоренности о купле ветром были повалены деревья, должны ли они также быть переданы покупателю?.. Если покупатель не знал, что деревья повалены, а продавец знал, но не напомнил об этом, тогда то, насколько это было важно для покупателя, должно быть оценено (судом)...»; Gai. D. 18.6.16: «...если продавец понимал, что вина не сохранят своей доброкачественности до того срока, когда они должны быть взяты, и не предупредил об этом покупателя, то он должен отвечать за убытки, обусловленные отсутствием предупреждения».

¹⁹ D.16.3.32: «...ибо не соответствует требованиям добросовестности действия того, кто приложит меньшую заботливость, чем в отношении своих вещей»; D. 18.6.12: «продавец должен прилагать старание, которое должны проявлять люди старательные и бережливые»; D. 18.1.35.4: «...от продавца (при определенных условиях) следует требовать, чтобы он принимал для сохранения вещи такие же меры, какие принимает хороший хозяин в отношении своих вещей».

²⁰ Во французском праве добросовестность признается общим принципом права, и данный факт, помимо правовой науки, признается и Кассационным Судом. Подробнее см.: *Spinosi J. C. Theorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systèmes Juridiques Romanistes // Grundmann S., Mazeaud D. General clauses and standards in European contract law : comparative law, EC law and contract law codification. Kluwer Law International. 2005. P. 30.*

²¹ См.: *Шершеневич Г. Ф. Очерки по истории кодификации гражданского права. Франция; Казань, 1897. С. 52.*

²² См.: *Remy J. Oeuvres complètes de J. Domat. Paris, 1835. P. 4.*

²³ См.: *Ibid. P. 138.*

²⁴ См.: *Beale H. Cases, materials and text on contract law. Oxford, 2002. P. 239.*

²⁵ М. Порталис не уточнял, какие положения ГК отражают требование добросовестности. Возможно, общий дух Кодекса, по его мнению, делал бесполезным повторение требования добросовестности при заключении договора, но в этом случае не было бы необходимости в данном требовании и при исполнении. Вероятно, Порталис ссылаясь на ст. 6 ФГК, в соответствии с которой запрещаются соглашения, противоречащие общественному порядку и нравственности. Однако четко ответить на данный вопрос не представляется возможным, так как существует риск неверно истолковать его намерения.

²⁶ См.: *Tallon D. Le concept de bonne foi en droit français du contrat // SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI. Roma, 1994. P. 4.*

²⁷ *Bénabent A. Travaux de l'Association Henri Capitant, La Bonne foi. Paris, 1992. Bd XLIII. P. 291.* Цит. по: *Sonnenberger H. J. Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz? // Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996. Berlin, 1996. S. 705.*

²⁸ Цит. по: *Picod Y. Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. Paris, 1989. P. 18.*

²⁹ Цит. по: *Cousy H. Droit des contrats : France, Suisse, Belgique. Bruxelles. 2006. P. 255.*

³⁰ См.: *Demogue R. Traité des obligations en général. Paris, 1923. T. 1. P. 1.*

³¹ *Ibid. T. 6. P. 9.*

³² *Ibid. P. 17.*

³³ *Ibid. P. 17–18.*

³⁴ Цит. по: *Sonnenberger H. J. Treu und Glauben... S. 706.*

³⁵ *Sériaux A. Droit des obligations. Paris, 1998. P. 229.*

³⁶ Цит. по: *Spinosi J. C. Theorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systèmes Juridiques Romanistes // Grundmann S., Mazeaud D., General clauses and standards in European contract law : comparative law, EC law and contract law codification. The Hague, 2006. P. 36.*

³⁷ *Cass. soc., 25 février 1992. Bull. civ. V, № 121.* Во Франции существуют судебные постановления, придерживающиеся солидарности, в основе которых лежит идея добросовестности: *Cass.com., 3 novembre 1992. Bull. civ. IV, № 340; Cass. civ. 1re, 28 octobre 2003, JCP 2004, № 28. Cass. req. 19 janvier 1925, D.H. 1925; Cass. com., 9 mars 1976, Bull. civ. IV, № 98. Bull. civ. IV, № 340; Cass. civ. 1re, 28 octobre 2003, JCP 2004, № 28. Cass. req. 19 janvier 1925, D.H. 1925; Cass. com., 9 mars 1976, Bull. civ. IV, № 98.*

³⁸ Несмотря на то, что законодательно установлено, что соглашения должны исполняться добросовестно, однако соблюдение данного принципа предусматривается с момента установления договорных отношений вплоть до их прекращения, т.е. во время проведения переговоров, при заключении соглашений и исполнении.

³⁹ См.: *Ghestin J. La notion d'erreur dans le droit positif actuel. Paris, 1962.* Цит. по: *Legrand P. Pre-contractual disclosure and information : English and French law compared // Oxford Journal of Legal Studies. 1986. Vol. 6, № 3. P. 324.*

⁴⁰ См.: *Ghestin J.* *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information* : French Report // D Harris and D Tallon (eds), *Contract Law Today : Anglo-French Comparisons*. 1989. P. 151, 157.

⁴¹ См.: *Fabre-Magnan M.* *Duties of Disclosure and French Contract Law* // Beatson J., Friedmann D., *Good faith and fault in contract law*. Oxford, 1997. P. 101.

⁴² См.: *Nicholas B.* *The French Law of Contract*. Oxford, 1992. P. 98.

⁴³ Цит. по: *Синявская М. С.* Обязанность обеспечить безопасность как специфическая категория

французского обязательственного права // *Рос. судья*. 2006. № 6. С. 42.

⁴⁴ См.: Там же. С. 44.

⁴⁵ См.: *Faure-Abbad M.* *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*. Paris, 2003. P. 91.

⁴⁶ См.: *Wéry P.* *La fin du contrat*. Liège, 2001. P. 125.

⁴⁷ См.: *Stoffel-Munck P.* *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*. Paris, 2000. P. 83, 125 ; *Ancel P.* *Aubert G., Chappuis C., L'abus de droit : comparaisons franco-suissees : actes du séminaire de Genève*, mai 1998. Saint-Etienne, 2001.

*Российский университет дружбы народов
(г. Москва)*

*Сорокина Е. А., кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры теории
и истории государства и права*

E-mail: sorokina_ea@mail.ru

Тел.: 8-916-568-74-15

*Peoples Friendship University of Russia
(Moskow)*

*Sorokina E. A., Candidate of Law Science,
Lecture of the History and Theory of State and
Law Department*

E-mail: sorokina_ea@mail.ru

Tel.: 8-916-568-74-15

О. В. Дмитриева

Ростовский юридический институт МВД России

РИМСКИЕ ПРАВОВЫЕ КОНСТРУКЦИИ ВИНЫ И ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ИХ ВЛИЯНИЕ НА СОВРЕМЕННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО РОССИИ

Рассматриваются история становления вины и ответственности как правовых явлений в римском частном праве, критерии определения вины как субъективного основания возложения ответственности; анализируются явления, непосредственно связанные с виной – феномен ответственности без вины, а также соотношение ответственности «за вину» и ответственности без вины между собой; делается вывод о рецепции современным гражданским правом России римской правовой идеологии, определяющей существо конструкций института гражданско-правовой ответственности.

К л ю ч е в ы е с л о в а : рецепция, правовые конструкции, вина, ответственность «за вину», ответственность без вины.

ROMAN LEGAL CONSTRUCTIONS OF FAULT AND RESPONSIBILITY AND THEIR INFLUENCE TO THE MODERN RUSSIAN CIVIL LAW

In this article the history of development of two legal phenomena: fault and responsibility is considered. The criteria of fault definition (as a reason to place responsibility) is also considered. The author is also analyzing a phenomena connected with fault – responsibility without fault and correlation of responsibility «for fault» and responsibility without fault. In the end the author makes a conclusion that the modern Russian civil law has receipted the Roman legal ideology, which defines the essence of civil responsibility.

Key words : reception, legal constructions, fault, responsibility «for fault», responsibility without fault.

Поступила в редакцию 18 мая 2011 г.

Римское право существовало и развивалось в течение длительного времени, измеряемого более чем тысячелетием. Естественно, такая длинная жизнь римской правовой цивилизации предполагала генезис как самих институтов частного права, обусловленный, прежде всего, изменениями в экономических отношениях, так и юридических взглядов, лежащих в основе конкретных правовых положений. Несмотря на прекращение существования римской цивилизации, история множества частноправовых институтов, основы которых были заложены в Риме, продолжается и сегодня благодаря рецепции римского права. Думается, что рецепция не завершилась непосредственным, на уровне самих источников, восприятием европейскими государствами римского права в Средние века. Рецепция продолжается до сих пор. Однако в настоящее время речь не идет о применении Институций или Дигест Юстиниана для регулирования частноправовых отношений, рецепция продолжается в другой форме – на уровне влияния

римской правовой идеологии, определяющей существо современных частноправовых конструкций в праве стран континентальной Европы, в том числе России. В плане правовой идеологии современное гражданское право может рассматриваться как своеобразное продолжение римского права, и нынешнее состояние конкретных правовых институтов должно оцениваться в контексте исторического прошлого.

В данной статье именно с этих позиций рассматриваются вина как субъективное условие возложения гражданско-правовой ответственности и частноправовые явления, непосредственно связанные с виной – феномен ответственности без вины, а также соотношение ответственности «за вину» и ответственности без вины между собой.

Вина не всегда являлась условием имущественной ответственности за нарушение договорного обязательства или причинение вреда. История вины и представлений о ее значении, на наш взгляд, имела три этапа (периода).

В качестве *первого этапа* следует выделить древнейшее и древнее право, существовавшие

в доклассический период истории римского права.

В древнейший период юридической ответственности как таковой еще не существовало и ее место занимала месть потерпевшего. Не существовало также и понятия о вине как о субъективном отношении правонарушителя к своему поведению, повлекшему для другого неблагоприятные имущественные последствия. Ответственность-месть осуществлялась без его учета. Говоря языком современного гражданского права, ответственность-месть осуществлялась независимо от вины правонарушителя. Это начало ответственности в цивилистике XIX–XX вв. получило название «принцип причинения». Для возложения ответственности в соответствии с данным началом было достаточно наличия одной лишь причинной связи между действиями правонарушителя и возникшими у другого неблагоприятными имущественными последствиями. Ничто не могло освободить правонарушителя от ответственности-мести, так как древнейшие нормы никаких границ ее осуществления не предусматривали.

Поскольку субъективное отношение правонарушителя к своему поведению и наступившим последствиям не учитывалось, для него такая ответственность фактически являлась «объективной». Субъективное же отношение потерпевшего к возникшим у него убыткам и к причинившему их лицу, наоборот, являлось главным основанием осуществления ответственности-мести.

Неразвитость права, отсутствие государственного правосудия приводили к тому, что осуществление или неосуществление ответственности-мести за правонарушение зависело только от силы понесшего вред, которая в значительной мере определялась степенью его оскорбления от нарушения принадлежащего ему права, от силы возникшего у него чувства мести¹, т.е. от его субъективного состояния.

Мечь, таким образом, выступала одновременно и в качестве последствия любого правонарушения, и в качестве условия наступления этого последствия².

Очевидно, что назначением ответственности-мести за правонарушение было исключительно наказание, кара, характер которой определялся самим потерпевшим, а затем уже и законами, письменно закрепившими возможность мести. В частности, Законы XII таблиц разрешали обращать несостоятельно должника в раба кредитора, либо, если он задолжал нескольким кредиторам, рубить его на части соответственно долгу каждому из них (таблица III)³.

То, что ответственность выступала в виде мести, взыскания, обращенного не на имущество, а на личность правонарушителя, свидетельствует о неразвитости в тот период имущественных отношений и, соответственно, об отсутствии сколько-нибудь значимого имущественного обособления лиц друг от друга.

Постепенно осознание нежелательности для общества ответственности-мести, не только не восстанавливавшей положение потерпевшего, но и удваивавшей ущерб, который несло общество в целом, привело к принятию государственных мер, направленных на ее ограничение⁴. Первым шагом было установление *jus talionis* вместо личной расправы. Теперь потерпевший не мог осуществить самосуд по своему усмотрению, но имел возможность удовлетворить свое чувство мести путем нанесения равноценного – «око за око, зуб за зуб» – вреда своему обидчику. Затем последовал второй шаг – полная замена на основании Закона Петелия личной расправы и *jus talionis* денежным, имущественным выкупом – пеней (*poena*). В результате этих государственных мер месть потеряла свое значение ответственности и заменилась пеней, по существу, настоящей имущественной ответственностью.

Замена взыскания, обращенного на личность правонарушителя, имущественным взысканием – пеней, свидетельствует о том, что в обществе достаточное распространение получили имущественные отношения между обособленными друг от друга в имущественном плане субъектами, т.е. товарно-денежные отношения.

В древнем римском праве наличие имущественного обособления субъектов друг от друга нашло отражение, например, в Законе Аквиллия, по которому возмещение убытков, возникших от порчи чужих вещей, не могло быть потребовано от наследников обидчика⁵. Принятие такого правила было обусловлено тем, что гражданское и уголовное право еще не отделились друг от друга, и возмещение убытков выполняло в большей степени не компенсационную, а наказательную функцию.

Несмотря на то, что месть утратила значение ответственности, чувство мести потерпевшего оставалось в качестве условия взыскания с правонарушителя имущественного выкупа, пени, которая по-прежнему уплачивалась без учета субъективного отношения правонарушителя к своему поведению, причинившему ущерб. Следовательно, основным началом ответственности по-прежнему оставалось начало причинения, предполагавшее возможность возложения ответственности без вины правонарушителя.

Однако имущественный выкуп мести – пеня – способствовал имущественной индивидуализации и потерпевшего, и правонарушителя. Имущественная обособленность личности, ее имущественный индивидуализм неизбежно привели к становлению самосознания личности⁶, т.е. к ее психологическому индивидуализму. Этот процесс также отразился в праве. Вначале он затронул способ определения размера причиненных убытков. Объективный способ (*duplum, quadruplum*) заменился субъективным, определяемым самим потерпевшим (кредитором). Так в большей степени учитывались его интересы. Но процесс усиления внимания к субъективной сфере личности распространился и на правонарушителя. Это выразилось в том, что при применении к нему мер ответственности стало учитываться его отношение к допущенному нарушению. «Ответственность, в противоположность старому праву, была поставлена в зависимость от субъективных условий: умысла (*dolus*) и неосторожности (*culpa*)»⁷, которые уже впоследствии были объединены общим понятием «вина». Это означало появление нового начала ответственности – начала вины.

Таким образом, на смену сугубо индивидуальному, а потому не поддающемуся регулированию, «безмерному» чувству мести потерпевшего, выступавшему в качестве условия применения ответственности, пришло абстрактное, а потому поддающееся регулированию и способное к индивидуальному применению начало вины (*dolus* и *culpa*, лежащие в субъективной сфере любого виновного нарушителя).

В том, что *dolus* и *culpa* стали важнейшими условиями возложения гражданско-правовой ответственности, сыграло свою роль также длительное время сохранявшееся представление о гражданском правонарушении как о частном, приватном преступлении⁸.

Приобретение виной значения важнейшего условия возложения ответственности за большинство правонарушений произошло в классический период римского частного права (I–III века н.э.). С классическим периодом римского права связан *второй этап* истории развития категории вины и представлений о ее значении для возложения ответственности.

В этот период вине придавалось исключительно важное значение вплоть до утверждения «без вины нет ответственности»⁹, которое в цивилистике XIX–XX вв. получило название «принцип вины». Принцип вины означал, что невиновность правонарушителя должна быть основанием освобождения от ответственности, а поэтому ответственность без вины не допус-

кается. Таким образом, начало вины потеснило древнее начало ответственности независимо от субъективного отношения (вины) правонарушителя и стало основным началом гражданско-правовой ответственности на многие столетия.

Начало ответственности независимо от вины, сохранившееся в узкой сфере имущественных отношений, было смягчено установлением правила об освобождении правонарушителя от ответственности при действии непреодолимой силы (*vis maior*). Другими словами, в этой сфере отношений правонарушитель отвечал, как и раньше, и при наличии его вины, и без вины, однако его ответственность без вины перестала быть безграничной, теперь ее применение было ограничено пределами непреодолимой силы.

Без вины до непреодолимой силы по римскому частному праву отвечали те, кто на основании специального договора или права в собственных интересах имели во власти чужую вещь – корабельщик, хозяин гостиницы или постоялого двора по отношению к вещам путешественников или постояльцев; те, кто за вознаграждение взял на себя обязанность соблюдать наивысшую заботливость (*diligentia exactissima*), особенно усиленный надзор над вещью; подрядчик в отношении вещей, которые он должен обработать, доставить в другое место; закладоприематель и т.д.¹⁰

Господство начала вины, в соответствии с которым возложение ответственности без вины было недопустимо, способствовало тому, что второй этап истории категории вины и соотношения ответственности «за вину» и ответственности без вины характеризовался увеличением количества случаев ответственности «за вину» и уменьшением количества случаев ответственности без вины.

Впоследствии такое же соотношение ответственности «за вину» и ответственности без вины получило широкое распространение в гражданском праве стран Европы.

Такое положение вещей обусловлено появлением, прежде всего, рецепции римского права. Однако и сама рецепция имела свои причины. Как справедливо полагал С. А. Муромцев, причиной распространения римского частного права, а вместе с ним и начала вины в качестве доминирующего начала гражданско-правовой ответственности была не столько сама по себе рецепция римского права, сколько самостоятельное развитие в странах Европы в более позднее время тех же отношений, которые создали правовую жизнь Рима¹¹.

Думается, основную роль в данном процессе сыграло развитие в Европе товарно-денежных

отношений, достигших уровня, который в конечном счете обусловил классическое римское частное право с доминированием в нем начала вины. Этот уровень развития товарно-денежных отношений характеризовался достаточной степенью имущественного обособления их участников друг от друга, породившей их самостоятельность и равенство, т.е. неподчиненность друг другу.

Однако то, что и в римском частном праве классического периода, и в гражданском праве стран Европы в определенной сфере гражданско-правовых отношений все же допускалась ответственность без вины, свидетельствует о том, что товарно-денежные отношения в какой-то мере создавали почву и для нее.

В конце XIX в. наступил *третий период* истории соотношения ответственности «за вину» и ответственности без вины, который продолжается и в настоящее время. Он характеризуется усилением начала ответственности независимо от вины до пределов непреодолимой силы. В дополнение к традиционным случаям такой ответственности, известным еще с классического периода римского права, в законодательстве европейских государств и Российской империи были закреплены новые случаи, в числе которых оказалась и ответственность владельцев источников повышенной опасности. В XX столетии это усиление продолжилось за счет распространения начала ответственности независимо от вины на сферу защиты прав потребителей и, что особенно показательно, на сферу договорных обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Расширение сферы ответственности независимо от вины в современном гражданском праве обусловлено существенными экономическими причинами, рассмотрение которых находится за рамками настоящей статьи. Однако важно отметить, что само по себе понимание ответственности «за вину» или же без вины (как одного из вариантов реализации начала ответственности независимо от вины) непосредственно зависит от понимания категории вины, которое никогда не являлось однозначным.

Исследователи римского частного права классического периода обращали внимание на то, что иногда понятия «*dolus*» и «*culpa*», которые, как уже говорилось, впоследствии были объединены общим понятием «вина», фактически отождествлялись с причинной связью между противоправным действием лица и возникшим у другого убытком: поскольку действия, от которых возник убыток, произведены данным лицом, значит, оно виновно в этом¹².

Очевидно, что при таком понимании «*dolus*» и «*culpa*» ответственность, основанная на начале вины («за вину»), оказывалась фикцией, ибо ее субъективное условие отождествлялось с объективным – причинной связью, т.е. не зависящим от воли и сознания субъекта фактом происхождения убытка от его действий. Поэтому в подобных случаях ответственность возлагалась на самом деле независимо от вины правонарушителя: либо при фактическом наличии «*dolus*» или «*culpa*», либо при их отсутствии, что в последнем случае означает ответственность без вины.

Следует отметить, что отождествление вины с причинной связью имеет под собой определенную почву. Еще в прошлом веке российский цивилист А. Чемберс писал, что связь между действием субъекта и возникшими убытками можно рассматривать в двух аспектах: как реально существующую связь двух фактов объективной действительности – действия и убытка (аспект причинной связи) и как связь действия лица, способного понимать его значение, и убытка. В последнем случае эта связь понимается «в специальном смысле – виновности»¹³, поскольку лицо, действуя, имеет какое-то субъективное отношение к этому действию и возникшему от него убытку. Если эта связь понимается в «специальном смысле», то, когда ответственность строится на начале вины, она действительно наступает при наличии вины правонарушителя («за вину»). Если же с виной отождествляется объективная, причинная связь между действием и ущербом, то ответственность может наступить и без вины лица. В настоящее время отождествление вины с причинной связью практически не встречается, чего нельзя сказать об отождествлении вины с противоправностью.

Отождествление вины и противоправности имелось, по свидетельству исследователей, еще в источниках римского частного права, причем отождествление неоднозначное. В одних случаях «*dolus*» понимался римскими юристами «как синоним просто неправомерного», в других – как коварство, хитрость, обман, употребленные с целью обольстить, обойти других¹⁴. Из приведенных определений трудно сделать однозначный вывод о том, что же понимали под «*dolus*» римские юристы – психическое состояние, психические особенности субъектов или же их поведение. Если в первом случае совершенно очевидно, что понимание «*dolus*» не дает возможности разграничить его как форму вины с противоправностью, то во втором случае – не очевидно. И обман, и хитрость, и коварство могут означать как субъективное состояние лица, так и его поведение.

При такой многозначности понятия «*dolus*» невозможно однозначно утверждать, что оно представляло собой только субъективную категорию. А само выражение «ответственность за *dolus*», фигурирующее в источниках римского права, могло означать и ответственность без вины.

То же самое можно сказать и о понятии «*culpa*», обычно раскрываемом как нерадение, неосмотрительность, отсутствие такого действия, которое должно было быть совершено, или как неполное действие, которое привело к возникновению ущерба, невнимание, леность и т.п.¹⁵ Исходя из приведенных определений, можно сделать вывод, что, видимо, по мысли римских цивилистов, «*culpa*» означала в большей степени поведение лица, чем его психическое состояние. Таким образом, происходило отождествление вины и противоправности и, как следствие, возложение ответственности на невиновного в противоречии с «принципом вины».

Тем не менее неоднозначность представлений о вине не могла отрицать того, что вина исторически возникла как категория, призванная учитывать внутреннее отношение правонарушителя к своему противоправному поведению, при решении вопроса о том, должен ли он нести ответственность, т.е. как психологическая категория. Об этом свидетельствует то, что в римском праве выделялись степени вины (неосторожности, *culpa*) – *culpa levis* (легкая неосторожность) и даже *culpa levissima* (легчайшая неосторожность). Кроме того, возникал и вопрос о разграничении неосторожности и невиновности, который по своей сути есть вопрос о критерии неосторожности, т.е. оценки поведения лица с позиций соблюдения им требований заботливости и осмотрительности.

Римские юристы нашли этот критерий – «средний критерий» неосторожности («средние мерки»), в основе которого лежали представления о заботливости, осмотрительности, осторожности (*diligentia*) самого обыкновенного, не выделяющегося никакими особыми способностями домохозяина. В большинстве случаев наличие вины определяли исходя из того, приняты ли все необходимые меры для надлежащего исполнения обязательства, какие принял бы (и должен принять) обыкновенный средний человек. Вины нет, если приняты все такие меры, и наоборот.

Однако римское право знало и другие критерии. Исследование случаев ответственности без вины по римскому праву показывает, что они возникали в результате повышения требований к заботливости и осмотрительности

лица по сравнению со средними требованиями, определяющими средний критерий неосторожности.

Повышение средних требований к заботливости и осмотрительности до высоких находило отражение в понятии «техническая» или «субъективная» *custodia*¹⁶, которое означало «обязанность соблюдать наивысшую заботливость (*diligentia exactissima*)»¹⁷, обязанность лично охранять вещь, иметь за ней «особенно усиленный надзор, самую высокую заботливость, большую, чем обыкновенная *diligentia*»¹⁸. Надлежащее исполнение такой обязанности было бы «результатом довольно сложной умственной операции»¹⁹.

Обязанность проявлять наивысшую заботливость вменялась тем, кто на основании специального договора или права имел в собственных интересах в своей власти чужую вещь и нес ответственность независимо от вины – и «за вину», и «за случай» (*casus minor*, невиновное правонарушение) до пределов непреодолимой силы (*vis maior*). Как уже отмечалось, к таким лицам относились корабельщики, хозяева гостиниц и т.п.

Вместе с тем при ближайшем рассмотрении оказывается, что их ответственность «за случай» (без вины) можно считать ответственностью без вины только условно. Ю. Барон писал: «Гражданский оборот требует ответственности за обыкновенный случай, так как возможно принять меры для его предупреждения и заботливый должник ... позаботится о принятии таких мер»²⁰. Но если заботливый, т.е. отвечающий за *custodia*, должник не принял таких мер, значит, он виноват, и ответственность наступит не «за случай» (*casus minor*), а «за вину» (*culpa*).

Чтобы утвердить или опровергнуть этот вывод, рассмотрим, что же в римском праве признавалось случаем (*casus minor*). Представляется, что при этом следует исходить из следующей посылки: если *casus minor* вообще может быть предотвращен должником, обязанным проявлять повышенную заботливость (*custodia*), то вряд ли ответственность за него можно считать ответственностью без вины. Если же он не может быть предотвращен таким должником, то наступает ответственность без вины.

Исследователи Дигест указывали, что к случаю (*casus minor*) в римском праве относили, например, порчу вещей мышами, обыкновенную (т.е. совершенную без насилия) кражу из-под замка²¹ и т.п. Такие случаи вообще устранимы должником, обязанным проявлять повышенную заботливость о вещи, хотя для обыкновенного хозяина они должны считаться

неустранимыми. Это следует из того, что для обыкновенного хозяина достаточно запереть вещь на замок, чтобы считать свою обязанность по ее сохранению надлежаще осуществляемой, а для отвечающего на основании повышенных требований (*custodia*) этого недостаточно, поскольку он должен лично охранять вещь.

Следовательно, случай (*casus minor*) определялся в римском праве применительно к среднему критерию заботливости обыкновенного хозяина и противопоставлялся неосторожности, определяемой относительно этого среднего критерия. Должник – обыкновенный хозяин «за случай» (*casus minor*), т.е. без вины, не отвечал. Но если применить такое понимание случая к должнику, обязанному проявлять повышенную заботливость о вещи, то для него такой «случай» является на самом деле виновным правонарушением.

Поэтому, вопреки общепринятому мнению, следует сделать вывод, что ответственность должника, обязанного проявлять повышенную заботливость о вещи (*custodia*), строилась не на среднем, а на высоком критерии неосторожности, определяемом именно этими повышенными требованиями к заботливости. Такой должник не отвечал «за случай» (*casus minor*), как и обыкновенный хозяин, однако с той существенной разницей, что последний не отвечал за него вовсе, а первый в подобной ситуации отвечал при наличии собственной вины (неосторожности, *culpa*), а именно *culpa levis* (легкой неосторожности). Это связано с тем, что уровень его *culpa levis* выше уровня *culpa levis* обыкновенного хозяина, поскольку они имеют отправной точкой разные критерии неосторожности – высокий и средний.

Косвенно это подтверждается мыслью Гая о том, что «нет вины, если все было сделано так, как поступил бы самый осмотрительный человек»²². Следовательно, если самый осмотрительный человек чего-то не сделал, хотя обязан был, то он виноват. Причем речь должна идти именно о *culpa levis*, а не о *culpa levissima*, как предполагали некоторые исследователи римского права²³, так как уровень *culpa levissima* отсчитывали от среднего критерия заботливости, в то время как обыкновенный домохозяин при наличии *culpa levissima* не отвечал вовсе как «за случай» (*casus minor*). Отсчитывать нужно от высокого критерия (*diligentia exactissima, custodia*), тогда не понадобится само понятие *culpa levissima*, поскольку оно совпадает с *culpa levis*.

Таким образом, ответственность, строящаяся на высоком критерии неосторожности, «за случай» (*casus minor*) наступала, с точки зрения среднего критерия неосторожности, без

вины лица, а с точки зрения высокого критерия – при ее наличии (*culpa levis*).

Думается, данное суждение справедливо и с позиций современного законодательства. В современном гражданском праве России ответственность независимо от вины предпринимателей, в том числе профессиональных хранителей, изготовителя и продавца товара, исполнителя работы перед потребителем, владельцев источников повышенной опасности, на наш взгляд, основана на высоком критерии неосторожности и соответствует ответственности за *custodia* по римскому праву. Такой вывод следует из того, что в ч. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ устанавливается, что наличие вины лица определяется исходя из той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, а то, что от названных выше лиц требуется не обычная, а повышенная степень заботливости и осмотрительности, подтверждается закреплением в п. 3 ст. 401, ст. 1079 и других статьях ГК РФ, регулирующих их ответственность, в качестве основания освобождения от ответственности не случая (как при ответственности на основании среднего критерия неосторожности), а непреодолимой силы. Установление для них высокого критерия неосторожности связано с характером тех особых видов деятельности, которыми они занимаются и которые, безусловно, требуют повышенной внимательности и осмотрительности. Если эти субъекты соответствуют требованиям, предъявляемым к ним со стороны высокого критерия неосторожности, то возлагаемая на них ответственность, представляющаяся ответственностью без вины с точки зрения среднего критерия, для них оказывается условностью, так как на самом деле это ответственность «за вину».

Если же субъекты, к которым право предъявляет повышенные требования, по индивидуальному уровню развития не соответствуют им, то их ответственность наступает при условном наличии вины, так как другие, соответствующие этим требованиям, субъекты, действуют в аналогичной ситуации виновно. Фактически это ответственность без вины.

Аналогичная ситуация может складываться и при применении начала вины. Когда правонарушитель по уровню развития не отвечает среднему критерию неосторожности, но при этом не является недееспособным, меры ответственности возлагаются на него при условном наличии вины, поскольку обычный человек, отвечающий требованиям среднего критерия, поступая таким образом, действует виновно. Ответственность при условном наличии вины

есть на самом деле ответственность без вины, не предусмотренная законодательством для данного случая.

Итак, вина в своем историческом развитии предстает как неоднозначное явление, которое конструируется относительно критериев требований к заботливости и осмотрительности правонарушителя, которые могут быть разными. Ответственность «за вину» и ответственность без вины, как явления, связанные с виной, также представляют собой своеобразные конструкции. «Конструктивность» рассмотренных правовых категорий непосредственно связана с тем, что право, будучи формой экономических отношений, имеет при этом относительную от них самостоятельность, обусловленную наличием у него собственной внутренней идеологии и логики.

Представляется, что проверку временем выдерживают правовые конструкции, в основе которых лежат идеи, позволяющие в наибольшей степени учитывать особенности регулируемых экономических отношений. Восприятие современным гражданским правом римских конструкций вины и ответственности свидетельствует именно о таком их качестве.

¹ См.: *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. Ч. 1. С. 108–109; *Адлер К.* Ответственность без вины в гражданском и уголовном праве : академическая речь. СПб., 1914. С. 33.

² См.: *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. С. 90.

³ См.: *Никольский Б. В.* Система и текст XII таблиц... (исследование по истории римского права). СПб., 1899. С. 289; *Пухта Г. Ф.* История римского права. М., 1864. С. 232–261.

⁴ См.: *Иеринг Р.* Указ соч. С. 109, 112.

⁵ См.: *Иеринг Р.* Указ соч. С. 120.

⁶ См.: *Спиркин А. Г.* Сознание и самосознание. М., 1972. С. 42.

⁷ *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. С. 110.

⁸ См.: *Кукольник В.* Начальные основания римского гражданского права. СПб., 1810. С. 260.

⁹ *Бартошек М.* Римское право : (понятие, термины, определения). М., 1989. С. 389.

¹⁰ См.: *Бартошек М.* Указ соч. С. 97; *Муромцев С. А.* Римское гражданское право. Казань, 1877–1878. С. 104; *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. М., 1972. С. 248–249.

¹¹ См.: *Муромцев С. А.* Рецензия римского права на Западе. М., 1886. С. 54–60, 93; *Его же.* Очерки общей теории гражданского права. М., 1887. Ч. 1. С. 13, 245.

¹² См.: *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. С. 198.

¹³ *Чемберс А.* Вред и возмещение вреда по русскому праву // Словарь юридических и государственных наук / под ред. А. Ф. Волкова, Ю. Д. Филиппова. СПб., 1901. Т. 1. С. 2373; *Гордон А.* Принцип ответственности железных дорог за ущерб, причиненный при эксплуатации. СПб., 1887. С. 41.

¹⁴ См.: *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. С. 508, 510.

¹⁵ См.: *Чиларж К. Ф.* Учебник Институций римского права. М., 1906. С. 80.

¹⁶ См.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права : обязательственное право. СПб., 1899. Кн. 4. С. 76–77.

¹⁷ *Бартошек М.* Указ соч. С. 97.

¹⁸ *Муромцев С. А.* Римское гражданское право. С. 104.

¹⁹ *Юшкевич В. А.* Хранение (custodia) как основание владения недвижимостью. М., 1907. С. 8.

²⁰ *Барон Ю.* Система римского гражданского права : общая часть. М., 1898. Кн. 1. С. 78.

²¹ См.: *Бартошек М.* Указ соч. С. 97.

²² См.: Там же. С. 389.

²³ См.: *Дорн Л. Б.* Догма римского права. Казань, 1880. С. 252.

Ростовский юридический институт МВД России

Дмитриева О. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин

E-mail: ravadir@gmail.com

Тел.: 8 (863) 278-68-81

Rostov Law Institute (The Ministry of Internal Affairs RF)

Dmitriyeva O.V., Candidate of Law Science, Associate Professor of the Civil Disciplines Department

E-mail: ravadir@gmail.com

Tel.: 8 (863) 278-68-81

А. П. Згонников

Воронежский государственный университет

ПРЕДПОСЫЛКИ СТАНОВЛЕНИЯ И РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ВЗАИМНОГО СТРАХОВАНИЯ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Исследуются социально-экономические и правовые предпосылки становления и развития института взаимного страхования в римском обществе; делается вывод о том, что в римской правовой действительности существовали отношения, которые основывались на взаимопомощи, взаимной защите посредством объединения лиц, что в определенной мере является аналогом современного института взаимного страхования.

К л ю ч е в ы е с л о в а : товарищество, корпорация, общества взаимного страхования, морской заем, страховая защита.

PRECONDITIONS OF FORMATION AND DEVELOPMENT OF INSTITUTE OF A MUTUAL INSURANCE IN THE ROMAN LAW

This article explores the preconditions of formation and development of the institute of mutual insurance in Roman society. The conclusion is made that in the Roman legal reality existed relations, based on mutual assistance and mutual protection through integration of persons, that is the analogy of the modern institute of mutual insurance.

К е у w o r d s : partnership, corporation, mutual insurance society, marine loan, insurance protection.

Поступила в редакцию 10 июня 2011 г.

Целью работы по закладыванию будущего является решение не о том, что следовало бы сделать завтра, а о том, что следует сделать сегодня, чтобы это «завтра» состоялось.

Питер Ф. Драккер

Взаимное страхование, как общественно-историческое явление, не является чем-то окончательно сложившимся и застывшим. В процессе естественного развития меняются его содержание и форма, расширяется сфера применения. Взаимное страхование формируется постепенно и имеет генетические корни.

В связи с этим выявление общих предпосылок и закономерностей развития взаимного страхования, в том числе в римском праве, оказавшем значительное влияние на становление большинства правовых институтов в основных мировых правовых порядках, имеет важное значение.

Согласно историческим источникам идеология взаимного страхования была известна задолго до появления современных обществ как взаимного, так и коммерческого страхования.

В различных источниках, посвященных изучению страхования¹ и взаимного страхо-

вания², в результате исследования исторических аспектов возникновения элементов страхования, авторы приходят к выводу, что предпосылкой становления страхования являются отношения, основанные на взаимной помощи.

Указанные отношения постепенно приобретают черты коммерческого (или взаимного) страхования, в дальнейшем перерастая в «протоформы»³ соответствующих видов страхования, современных правовых институтов.

Вначале появилась его сердцевина – специальная раскладка между членами убытка, понесенного кем-либо из его членов.

Натуральное страхование, как наиболее примитивная форма раскладки ущерба, по мере развития товарно-денежных отношений переросло в денежную форму страхования.

Признаки взаимного страхования появились еще в античные времена. Отношения, основанные на взаимопомощи, получили распространение в сфере торговли и ремесла за две тысячи лет до нашей эры на Ближнем

Востоке, в Палестине, Сирии, в сфере торгового мореплавания в государствах на севере Персидского залива, в Финикии, Древней Греции и Древнем Риме.

Следует согласиться с мнением известного ученого-цивилиста В. К. Райхера, писавшего, что основной формой докапиталистического страхования была страховая взаимопомощь в профессиональных объединениях. Как в рабовладельческом, так и в феодальном обществе это страхование проходит определенные стадии развития и распадается, в свою очередь, на ряд отдельных форм, начиная от разового соглашения о страховой взаимопомощи и кончая постоянной взаимно-страховой организацией уставного типа⁴.

К подобному мнению, в той или иной интерпретации и контексте, приходили и приходят видные ученые, что особенно наглядно демонстрируется на фоне извечной дискуссии о времени появления страхования. Причем авторы, оперируя одним и тем же историческим материалом и фактами, делают разные выводы.

Существует множество мнений по поводу того, когда впервые возникло страхование. В общем виде все позиции можно свести к двум основным подходам. Сторонники первого подхода (ученый Альфред Манес, экономист Шмоллер, юрист Эрендерг и др.) отрицают, часто с многочисленными оговорками, существование страхования до XIV в. н.э., причем под страхованием они понимают коммерческую форму страховой защиты, характерную для буржуазного общества.

Приведем наиболее яркие высказывания последователей указанной теории.

Яркий представитель страховой науки Альфред Манес говорил, что «подлинная история» страхования, сменившая его «предысторию», начинается лишь с середины XIV в. В период же «предыстории» были, по его мнению, лишь «сходные» со страхованием институты, но не было еще подлинного страхования⁵.

В экономической литературе также бытуют подобные мнения. Так, по мнению Шмоллера, страхование в своих первых зачатках восходит к позднему Средневековью, а в целом принадлежит лишь XVII и XIX вв.⁶

С ним согласны и отдельные юристы. В частности, Эренберг, прозванный в немецкой литературе «отцом страхового права», заявлял, что история страхового права начинается со времени возникновения коммерческого страхования⁷.

Французский юрист Эмар полагал, что «древность не знала страхования»⁸. Такое утверждение относится почти ко всему периоду

Средневековья, вплоть до середины XIV в. В течение этого периода существовали лишь институты, смежные со страхованием, либо являющиеся чем-то вроде «смеси» помощи и страхования, однако с явным преобладанием, например, в средневековых гильдиях первой над вторым. Страхование, таким образом, отсутствовало: его заменяла помощь.

Бельгийский юрист Эку также считал, что «народы древности не знали страхования... у этих народов взаимная помощь заменяла еще отсутствующее страхование... и что настоящее страхование возникает лишь в XIV веке»⁹.

Знаменитый отечественный ученый-цивилист Г. Ф. Шершеневич, соглашаясь с зарубежными авторами, отмечал, что «впервые идея страхования находит себе применение в области морской торговли», а «морское страхование появляется около XIII века на Средиземном море»¹⁰.

Последователи второго подхода (Эмерион, Гольдшмидт) допускают страхование и в течение всех Средних веков, даже в древности, притом сходного с тем, какое существует в условиях капитализма¹¹.

Яркий представитель французской страховой литературы Эмерион, опираясь, в частности, на тексты из Тита Ливия, Цицерона и Светония, утверждал, что договор страхования, как таковой, уже существовал у древних римлян, хотя еще без специфической для него правовой формы, еще заключенный в более общей контрактной оболочке, как некий, еще не культивированный «дичок», развитый впоследствии «духом Торговли». Другие сторонники этой теории доходили до утверждения, будто уже в Древней Греции, в эпоху Александра Македонского, существовали страховые общества: взаимные и даже акционерные¹².

Известный ученый Гольдшмидт, также, с определенной долей осторожности, считает весьма вероятным существование самостоятельных страховых договоров, заключаемых с уплатой страховой премии, в Древнем Риме¹³.

Как справедливо отметил В. К. Райхер, «...при несколько более углубленном взгляде обнаруживается, что противоречие между обоими мнениями уже не столь разительное, что их сближает и роднит общая методологическая основа. Она выражается применительно к данному случаю в признании капиталистического страхования единственно возможным, единственно «подлинным», единственно «рациональным» страхованием»¹⁴.

Большинство ученых, занимающихся исследованием страхования, в том числе указанных выше, признают, что в римской действитель-

ности и римском праве получили широкое распространение отношения, основанные на взаимопомощи.

Особенностью осуществления страхования, в частности в Древнем Риме, являлось то, что страховая защита происходила посредством профессионально-корпоративных организаций, которые защищали личные и имущественные интересы своих членов.

Следует отметить, что термин «корпорация» происходит от латинского «*corpus habere*», обозначающего права юридической личности, которые стали признаваться за частными союзами в Римской империи лишь частично в императорский период (главным образом, начиная со времени правления Марка Аврелия)¹⁵. Хотя полного признания гражданско-правовых союзов как равных с физическими лицами субъектов права в Риме так и не произошло.

В течение достаточно долгого времени термин «корпорация» был синонимом термина «юридическое лицо». Во многом это было связано с тем, что вплоть до Савиньи в цивилистике не было известно понятия учреждения, все образования, даже те, которые наполнялись институтным содержанием, трактовались как *universitas*, или корпорация. С развитием в германской цивилистике понятия учреждения (*Stiftung*) корпорация приобретает свое более современное значение как юридическое лицо, основанное на членстве, участии¹⁶.

В Древнем Риме имели место два вида частных корпораций или союзов: профессиональные и религиозные, существовавшие повсеместно примерно в одинаковом количестве на территории всей Италии. Они представляли собой организации, объединявшие своих членов на основе общественно-экономических, религиозных и личных интересов.

Взаимное страхование в Древнем Риме получило широкое распространение в деятельности профессиональных коллегий и союзов, а также в военных и религиозных организациях.

Целями римских профессиональных корпораций были обеспечение своим членам достойного погребения, оказание им материальной поддержки в случаях болезней и т.д.

Для вступления в профессиональные коллегии необходимо было внести единовременный платеж, а впоследствии уплачивать периодические взносы.

В случае, оговоренном в соответствующих правилах, из фонда коллегии ее члену уплачивалась установленная сумма. В случае смерти члена коллегии из ее фонда наследникам передавалась соответствующая денежная сумма.

Например, в Древнем Риме действовало страховое общество Дианы и Антония, куда принимали и городскую (купеческую) аристократию (патрициев), и простой народ (плебеев) – всех, кто мог внести вступительный взнос. Общество не только хоронило за этот взнос своих членов, но и часть денег передавало наследникам. А римских легионеров государство страховало почти так же, как наше государство страхует военнослужащих¹⁷.

Страхование жизни возникло одним из первых. В Древнем Риме примерно в V в. до н.э. существовали так называемые погребальные коллегии, своеобразные общества взаимного страхования. Каждый из членов коллегии не был в состоянии самостоятельно накопить достаточно средств на свои похороны, но, объединившись и внося взносы в рассрочку, они набирали большой капитал. Коллегия от своего имени помещала его в рост под проценты и в случае смерти каждого из членов коллегии не его семья, а коллегия оплачивала похороны¹⁸.

Основной платформой римских профессиональных союзов были ремесленники. В эту группу включались коллегии кузнецов и каменотесов, гончаров и стекольщиков, медников и ювелиров, плотников и судостроителей, пекарей и мясников, красильщиков, кожевников и т.д. Близкими к ним были также коллегии матросов, рыбаков, водолазов, банщиков, носильщиков и т.п. Кроме того, действовали коллегии купцов. Помимо коллегий купцов, в которые входили торговцы определенным видом товара (лесом, хлебом, скотом и т.п.), образовывались коллегии купцов, торгующих за границей. Профессиональные союзы объединяли также представителей артистических профессий: музыкантов, гладиаторов, актеров и т.п.

В Древнем Риме, в рабовладельческом обществе использовался морской заем, который представлял собой нечто среднее между обыкновенным займом и товариществом взаимного страхования¹⁹. Как пишет В. К. Райхер, «он перешел от финикийцев к древним грекам, а у последних его заимствовали римляне и распространили на весь круг средиземноморского бассейна, так что морской заем на протяжении тысячелетий от эпохи Вавилона или Финикии почти до самого конца Средневековья в трех частях света – от западных берегов Европы и северного побережья Африки до восточных берегов Азии – обслуживал морскую торговлю»²⁰.

В. В. Акимов и В. Н. Борзых полагают, что после крушения Римской империи в развитии страхования наступает мертвая полоса и лишь

с XI–XII вв. оно начинает возрождаться в рамках торговых и иных гильдий и городских ремесленных цехов как соглашение о взаимной помощи при несчастных случаях²¹.

Т. А. Меребашвили вполне обоснованно считает, что «...по дошедшим до нас источникам можно сделать вывод, что история взаимного страхования в торговой сфере (оптового взаимного страхования) не прерывалась с момента своего появления и до наших дней и является неотъемлемым спутником человека»²².

Таким образом, в римской правовой действительности существовали отношения, которые основывались на взаимопомощи, взаимной защите, посредством объединения лиц. Следовательно, достигался полезный эффект взаимного страхования в современном его понимании. Но правовой механизм достижения этого эффекта по своей юридической природе несколько отличался от действующего в России в настоящее время механизма взаимной страховой защиты, что, впрочем, понятно, потому как и все сопутствующие элементы, институты, процедуры, условия также имеют существенные отличия.

Следует согласиться с позицией С. П. Гришаева²³, указывающего, что нельзя оценить тот или иной правовой институт с позиций современного его состояния. Ни один правовой институт не рождался в законченном виде, а развивался длительное время, пока не предстал перед современниками в сегодняшнем его содержании. Это полностью относится и к институту взаимного страхования.

¹ См.: Страхование : учеб. пособие. М., 2005 ; Основы страхования : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003 ; Страхование : учебник / под ред. Т. А. Федоровой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004 ; Страхование : учебник. М., 2004 ; Страхование : учеб. пособие. М., 2005 ; Страхование в вопросах и отве-

тах : учеб. пособие / М. М. Ардатова, В. С. Балинова, А. Б. Кулишова, Р. Э. Яблокова. М., 2004, и др.

² См.: Турбина К. Е., Дадьков В. Н. Взаимное страхование М., 2007, и др.

³ См.: Прото... (с греч. protos – первый) – первая составная часть сложных слов со значением «первичный», «первоначальный». См.: Словарь иностранных слов. 11-е изд. М., 1984. С. 406.

⁴ См.: Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования / отв. ред. М. М. Агарков. М. ; Л., 1947. С. 39.

⁵ См.: Там же. С. 15.

⁶ См.: Там же.

⁷ См.: Там же.

⁸ См.: Там же.

⁹ См.: Там же.

¹⁰ См.: Там же.

¹¹ См.: Там же. С. 30–31.

¹² См.: Там же. С. 15–16.

¹³ См.: Там же.

¹⁴ Там же. С. 32.

¹⁵ См.: Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996. С. 114.

¹⁶ См.: Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 49 ; Герваген Л. М. Развитие учения о юридическом лице. СПб., 1888. С. 18–24.

¹⁷ См.: Страхование : учебник. М., 2004. С. 9.

¹⁸ См.: Фогельсон Ю. В. Договор страхования в российском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 28.

¹⁹ См.: Райхер В. К. Указ. соч. С. 64.

²⁰ Там же. С. 66.

²¹ См.: Акимов В. В., Борзых В. Н. Взаимное страхование : мировой и российский опыт. М., 2003. См. также: Вицин А. Договор морского страхования по русскому праву : исследование. СПб., 1865 ; Ефимов С. Л. Морское страхование : теория и практика. М., 2001.

²² См.: Меребашвили Т. А. Материальные и процессуальные вопросы взаимного страхования ответственности судовладельцев : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 22.

²³ См.: Гришаев С. П. Страхование в нормативных актах Российской Федерации и зарубежных стран. М., 1993. С. 8.

Воронежский государственный университет

Згонников А. П., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и процесса

E-mail: azgonnikov@yandex.ru

Тел.: 8-915-588-05-02

Voronezh State University

Zgonnikov A.P., Candidate of Law Science Associate Professor of the Civil Law and Process Department

E-mail: azgonnikov@yandex.ru

Tel.: 8-915-588-05-02

РЕЦЕПЦИЯ КОНСТРУКЦИЙ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА ДРЕВНЕГО РИМА В ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Н. В. Минина

Центральный филиал ГОУ ВПО Российская академия правосудия
(г. Воронеж)

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ МЕХАНИЗМА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ СУБЪЕКТИВНЫХ ПРАВ В ДРЕВНЕМ РИМЕ

Рассматриваются важнейшие принципы римского права (справедливости, законности, добросовестности), которые выступили в качестве руководящих начал формирования механизма осуществления и защиты субъективных прав в Древнем Риме; отмечается ведущая роль государства и многоаспектное значение иска в гражданском процессе.

К л ю ч е в ы е с л о в а : право, закон, субъективное право, справедливость, иск, гражданский процесс, осуществление и защита права.

CONCEPTUAL BASIS OF MECHANISM OF EXERCISING AND PROTECTING OF SUBJECTIVE RIGHTS IN ANCIENT ROME

In this article the main principles of the Roman law is considered (justice, legality, conscientiousness). They played the key role in the formation of the exercising and protecting of subjective rights. The leading role of the state and the broad meaning of the term «action» in the civil procedure is stressed.

К e y w o r d s : right, law, subjective law, justice, action, civil procedure, exercising and protecting of subjective rights.

Поступила в редакцию 22 июня 2011 г.

Феномен римского права настолько глобален и многогранен, что даже современные юристы относятся к нему с благоговейным трепетом, восторгаясь им и удивляясь его совершенству. Это величайшее порождение древнеримской цивилизации существенно повлияло на облик современных правовых систем и доктрины мировой юридической науки. «Средневековый Запад зародился на развалинах римского мира. Рим поддерживал, питал, но одновременно и парализовывал его рост»¹, – писал Жак ле Гофф, слова которого достаточно ярко определяют роль рецепции римского права в истории и современности.

Изучение римского права актуально не только благодаря заимствованию его институтов, но и в связи с тем, что современные юристы, обладая более высоким уровнем абстрактного мышления и обобщая уже полученные ранее юридической наукой данные, проводят исторические параллели и дают новую оценку древним институтам.

Мы рассмотрим интереснейшее явление, получившее в современной цивилистической науке название «механизм осуществления и защиты субъективных прав», правовая природа и принципы которого зародились в римском частном праве, но были развиты современным законодателем и учеными-юристами. В римском праве данная категория практически

не исследовалась, она современна и является объективированной, поэтому концептуальные основы ее формирования анализируются через призму сегодняшней правовой доктрины.

Сущность правового механизма с точки зрения теории права определяется как «объективированный на нормативном уровне, системно организованный комплекс юридических средств, необходимый и достаточный для достижения конкретной цели (совокупности целей)». Что касается конкретного правового механизма, то им считается «нормативное отражение объективных материальных и духовных условий жизни конкретного социума, господствующей парадигмы юридического мышления, его правового менталитета и культуры»; т.е. такой механизм сконструирован для практического использования и достижения конкретной цели².

В соответствии с точкой зрения С. С. Алексеева, признанной большинством российских теоретиков, механизм правового регулирования является системой, представляющей собой последовательность стадий и совокупность элементов (норм права; правоотношений, возникших на основе юридических фактов; юридических средств, правоприменительных актов)³.

В обобщенном виде данный механизм выглядит следующим образом и включает несколько стадий:

- 1) регламентацию общественных отношений (основной элемент – нормы права);
- 2) возникновение субъективных прав и обязанностей (правоотношения);
- 3) реализацию субъективных прав и обязанностей (акты реализации);
- 4) применение права (акты применения)⁴.

В качестве пятой стадии отдельные ученые рассматривают юридический факт (юридический состав)⁵, который оценивается как основание возникновения правоотношения и играет заметную роль в указанном механизме.

Следует также учитывать инструментальную составляющую правового механизма, в состав которой входят принципы, методы, способы и средства функционирования. Представляется, что механизм осуществления и защиты субъективных прав римских граждан может быть исследован с применением данного подхода.

Закон (lex) играл в римском праве особую роль. По словам Юстиниана, «среди всех дел нельзя найти ничего столь важного, как власть законов, которая должным образом приводит в порядок божественные и человеческие дела и изгоняет всякую несправедливость»⁶.

Публично-правовая природа закона и суверенитет римского государства в лице его народа являлись важнейшим началом римского публичного права и особым образом отмечались уже в Законах XII таблиц, постановлявших, что всякое решение народного собрания имеет силу закона⁷. Упоминания о том, что народовластие зародилось на заре римской истории, можно встретить в Дигестах Юстиниана, где, по словам Помпония, вначале «народ действовал без определенного закона, без определенного права, а все управлялось властью царей» (D.1.2.2.1), но впоследствии ввиду увеличения численности римского народа Ромул стал выносить на обсуждение курий отдельные законы, а его примеру следовали и другие римские цари (D.1.2.2.2)⁸.

Наиболее точно тройственное происхождение закона обосновано в Институциях Юстиниана, где указано, что закон исходит от:

- 1) римского народа по предложению сенатского должностного лица (I.1.3.4);
- 2) сената как верхушки римского народа и его полноправного представителя (I.1.2.5);
- 3) императора, которому народ уступил и на которого перенес свою власть (I.1.2.6)⁹.

Известные римские юристы давали несколько отличные друг от друга определения закона, но неизменно апеллировали к его божественному и общественному (государственному) происхождению.

Марциан, анализируя слова Демосфена и Хризиппа, приводил оригинальные эпитеты закона, в числе которых: «мысль (изобретение) и дар бога», «царь всех божественных и человеческих дел», «начальник, вождь и руководитель живых существ», «мерило справедливого и несправедливого» (D.1.3.2). Папиниан более сдержанно определял закон – как «общее (для всех) предписание, решение опытных людей, обуздание преступлений, совершаемых умышленно или по неведению, общее (для всех граждан) обещание государства» (D.1.3.1)¹⁰.

Классический римский закон (lex) состоял из трех частей:

- 1) praescriptio, в которой указывалось имя магистрата, предложившего его; народное собрание, принявшее его; дата первого собрания комиций и имя первого проголосовавшего гражданина;
- 2) rogatio – текст закона, вынесенный на голосование;
- 3) sanctio – заключительная часть с указанием на то, что данный закон не будет иметь силы, если противоречит актам, принятым ранее.

Законы подразделялись на три группы:

1) совершенные (*leges perfectae*), устанавливавшие недействительность сделок, противоречащих этому закону в силу самого права;

2) не вполне совершенные (*leges minus quam perfectae*), которые не объявляли о недействительности или ничтожности сделок, но налагали санкцию или предусматривали наказание за нарушение предписаний;

3) несовершенные (*leges imperfectae*), не содержавшие никаких предписаний, но позволявшие обратиться к претору.

Постепенно данная градация исчезла: с тех пор, как император Феодосий II провозгласил в порядке общего правила недействительность сделки, противоречащей любому закону¹¹.

Ученые высоко оценивают значение римского закона. Профессор И. Б. Новицкий отмечает роль закона как наиболее совершенного элемента римского права, именно поэтому постепенно из состава источников были практически вытеснены обычаи. Что касается признания законной силы за эдиктами преторов и ответами знатоков права, то это очень точно соответствовало консерватизму римского права и удачно компенсировало незначительный темп развития законодательства¹². Д. В. Дождев по этому поводу пишет, что идея суверенного народа, устанавливающего законы для себя, превратила *lex* в ведущую форму официального установления (позитивации) римского права, так как он мыслился как право, исходящее от граждан (*ius civile*)¹³.

Профессор Л. Л. Кофанов справедливо указывает на многовековую устойчивость определения закона как прямой воли народа (божественного разума), его письменно зафиксированный приказ, принятый народным собранием, подтвержденный клятвой, в силу которой он становился обязательным для всех граждан. Особенность развития римского государства и права, по его мнению, состояла в том, что народ сумел надолго удержать за собой контроль за политической властью и развитием права¹⁴.

О. Сакки считает определение Марциана «концептуальной парадигмой стоического принципа всеобщего закона», архетипом принципа законности, отмечая при этом признаки отдаления от чистой идеи естественного права в пользу закона, дарованного только высшей властью¹⁵.

Представляется, что сила римского закона неуклонно возрастала с течением времени и приобретала универсальный характер. Феноменальная эластичность системы римского права заключалась в том, что абсолютное большинство качественных источников права,

содержавших нормы, проверенные временем и исходившие не от законодательных органов государства, в течение всей римской истории превращались в закон посредством кодификации. Наглядным примером могут служить опубликование римских обычаев и некоторых царских законов комиссией децемвиров, систематизация преторских эдиктов и поэтапная кодификация всего римского права, завершенная при императоре Юстиниане.

Для того чтобы глубже проникнуть в смысл римского закона как важнейшего элемента механизма осуществления и защиты субъективных прав граждан, необходимо обратиться к вопросу правопонимания римских юристов, который также неоднозначен. На наш взгляд, постоянное указание на принцип справедливости как важнейшую составляющую римского права не выводит его на первый план – это только кажущийся эффект кодифицированных актов римского права.

Институции Юстиниана содержат следующее положение: «Справедливость заключается в постоянной и твердой воле воздавать каждому свое», жить честно, не оскорблять ближнего (I.1.1.3), отличать справедливое от несправедливого (I.1.1.1)¹⁶.

По словам Цельса, право получило название от слова «справедливость» (*iustitia*) и означало «искусство доброго и справедливого» (D.1.1.1). Павел, комментируя Сабина, привел несколько значений термина «*ius*»: справедливость и добро; общее благо; решение претора и место, где вершится суд (D.1.1.11)¹⁷.

Ученые выявили общее «божественное» происхождение закона в значении «приказ народа» (*iussum populi*) и его этимологическую близость с термином «*ius*». Например, О. А. Омельченко полагает, что в исходном, филологическом значении слова «*ius*» отсутствует какое-либо сходство с представлением о справедливом¹⁸. А. И. Немировский считает это понятие религиозной формулой, выражающей элемент насилия, а не справедливости¹⁹.

Л. Л. Кофанов отмечает существование трактовки закона как способа обеспечения силы принуждения, указывает на безусловную близость происхождения категорий «право» и «закон». Причем, по словам ученого, в древнейший период они различались по содержанию, но к концу республики были уравнены, более того, закон стал играть доминирующую роль, так как в *ius civile* право сводилось исключительно к толкованию отдельных положений Законов XII таблиц. Признание иных источников права, равных закону, продолжалось вплоть до эпохи Юстиниана, установило его безусловный авторитет и прочно вошло в пра-

вовой менталитет не только римских классических юристов, но и современных теоретиков права²⁰.

Действительно, если речь идет о подмене категории «справедливость» принципом законности и позитивации права в одну из форм закона, налицо важнейшая доминанта механизма осуществления и защиты субъективных прав в Древнем Риме – норма закона (права), определявшая характер правоотношения, форму, способ и средство его защиты. Таким образом, норма права, содержащаяся непосредственно в законе или источнике права, получившего силу закона, позволяла не только осуществлять закрепленное субъективное право, но и полноценно защищать его.

«Римскому понятию права – *ius* – соответствует как смысл правовой нормы, правового порядка, так и представление о праве, принадлежащем отдельному лицу в силу предписаний общего права. Осуществление права состоит в совершении лицом действий, служащих для удовлетворения его положительных интересов (*uti, frui*), защищаемых правом, и в противодействии нарушению этих прав (*imperare, vetare*)»²¹, – писал профессор В. А. Краснокутский.

Одной из сложнейших проблем в рамках исследования механизма осуществления и защиты субъективных прав всегда выступает вопрос о пределах (границах) реализации права, которые неизбежно должны быть очерчены действующим законом. В связи с этим наиболее показательными являются положения 50-й книги Дигест Юстиниана, а именно последнего XVII титула «О различных правилах древнего права».

По словам Гая, «не действует с умыслом тот, кто пользуется своим правом» (D.50.17.55)²². В. М. Хвостов отмечал, что римское право не разрешало «пользоваться своим правом исключительно во вред интересам других лиц, что некоторые права, по предписанию закона, должны осуществляться с осмотрительностью с тем, чтобы их осуществление по возможности не вредило осуществлению определенных прав, принадлежавших другим лицам»²³.

В Институциях Юстиниана дано определение свободы с точки зрения римского частного права – «естественная возможность делать то, что кому угодно, если тому не препятствует какая-либо сила или какое-либо право» (I.1.3.1)²⁴. Помпоний писал, что «кто претерпевает какой-либо ущерб по своей вине, не считается потерпевшим ущерб» (D.50.17.203), так как в данном случае права и интересы других лиц не нарушаются, ибо «никто не становился богаче посредством причинения ущерба и

обида другому» (D.50.17.206)²⁵, поскольку это преследовалось законом.

Некоторые классические юристы высказывали точку зрения о сохранении объема права при его перенесении на другого правообладателя. Наиболее известной является формулировка Ульпиана: «Никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам» (D.50.17.54)²⁶. Данное правило действовало при заключении сделок и договоров, в порядке наследования, а также в иных случаях, когда требовалось определить границы какого-либо права. Меньшим объемом прав мог воспользоваться любой субъект, в то время как самовольно расширить его (позволить себе большее) за счет других лиц не мог никто.

В связи с этим важное место занимал принцип добросовестности (*bona fides*), который красной нитью проходит через значительное количество положений классических и поздних римских законов. По мнению И. А. Покровского, содержание того, что заключалось в этом понятии, менялось: старое римское право было проникнуто строгим формализмом, т.е. действовало не то, что было желаемо, а то, что было сказано; буква договора преобладала над его мыслью. С течением времени эта тенденция ослабла и претор стал проводить то же начало «доброй совести» при посредстве особого возражения о недобросовестности истца²⁷. «Перестает быть должником тот, кто получает правомерную и не отступающую от (принципов) естественной справедливости эксцепцию» (D.50.17.66)²⁸.

Интересна связь принципа добросовестности с публичным римским правом, ибо «тот, кто действует в соответствии с публичным правом, не привлекается к ответственности» (D.50.17.116.1). Видимо, при коллизии норм римского публичного и частного права более справедливым и добросовестным считалось поступать в соответствии с нормой публичного права, если при этом уже принимался во внимание принцип добросовестности или его нельзя было применять в спорной ситуации, ибо «не все, что разрешено, является достойным уважения» (D.50.17.144)²⁹.

Близость категорий «справедливость» и «добрая совесть» обосновывалась еще С. А. Муромцевым, утверждавшим, что «у юристов классической эпохи *bona fides* составила синоним справедливости (*aequitas*), справедливость же разумелась в самом широком значении»: она требовала толкования актов по смыслу; возмещения каждого неправомерного ущерба; уполномочивала судью на разрешение каждого спора по совести и по внутреннему убеждению³⁰.

Как верно отметил профессор Г. А. Гаджиев, добросовестность как объективное мерило – идеальные, желаемые правоотношения, в рамках которых их участники, как «добрые хозяева», придерживаются такого поведения, которое не расходится с социальным идеалом. Добросовестность как правовой принцип выступает в роли общего правового регулятора, необходимость которого связана с тем, что:

1) при совершении правовых действий, направленных на достижение субъективного интереса, необходимо учитывать такую объективную реальность, как частные и публичные интересы контрагента;

2) принцип добросовестности можно рассматривать как проявление принципа справедливости, поскольку потребность в применении принципа добросовестности может быть естественным рефлексом разумного правоприменителя на пробелы в праве либо на правовой формализм³¹.

Таким образом, субъективные права римских граждан осуществлялись по закону в соответствии с принципами справедливости и доброй совести, в том объеме, в котором они не противоречили правам других лиц и не препятствовали осуществлению публичной власти. Указанные принципы существовали в чистом виде в системе естественного права и права народов, но при переносе их в гражданское и преторское право они становились более формализованными, уступали по юридической силе принципу законности и концепции общественного блага и безопасности, под которой подразумевалась выгода социальной верхушки Древнего Рима.

Думается, принцип справедливости и добросовестности были неразрывно связаны и порой замещали друг друга, что можно проследить на примере судебного разбирательства по *actio bonae fidei* (искам по справедливости), в которых преторы опирались на *bonum* и *aequum* (добрую совесть и справедливость) одновременно, что считалось соответствующим справедливости.

Древнейшей формой защиты права и во всех ранних цивилизациях являлась самозащита (самоуправство), которая в первую очередь ассоциировалась с талионом, содержание которого сводилось к варварскому обычаю кровной мести или саморасправы с обидчиком при безусловной поддержке семьи или всего племени потерпевшего. Именно поэтому нормы, закреплявшие возможность совершения подобных действий, присутствовали в древнейших кодифицированных законах Древнего Рима³². Впоследствии они претерпели целый ряд изменений и постепенно приобрели вид

законодательных правил одного из вариантов возможного самостоятельного поведения субъекта права. Наиболее ярко этот процесс прослеживается именно на примере классической цивилизации Древнего Рима, где, по мнению И. А. Покровского, обычай частной мести был заменен государственной регламентацией суда и наказаний с целью примирения общества и устранения социальной напряженности³³.

Важной формой защиты считалась государственная, которая осуществлялась в административном и судебном порядке должностными лицами с управленческими функциями. По этому поводу Павел писал: «Нельзя позволять частным лицам то, что может быть публично совершено магистратом, дабы не давать повод к возникновению большого бунта» (D.50.17.176)³⁴.

Римский суд являлся силой государственного принуждения, и только от власти магистрата зависело, будет ли предъявлен иск и согласится ли на него ответчик³⁵. Как полагает Д. В. Дождев, определяющим в защите права был принцип диспозитивности, так как даже уголовные дела, как правило, возбуждались по частной инициативе, а государство участвовало в процессе, только дополняя или представляя участника, тем самым содействуя ему в осуществлении права³⁶.

Гражданский процесс Древнего Рима полностью соответствовал уже сложившимся правовым традициям в государстве, тяготел к его императивному началу и в нем, несмотря на присутствие диспозитивности, превалировал принцип законности. Именно поэтому закономерно древнейшим из известных нам форм процесса был легисакционный (*legis actionis*), строго формализованный, опиравшийся исключительно на неизменную формулировку иска, соответствующую норме закона или уже созданного законного иска. И только впоследствии в формулярном процессе (*per formulas*) появилась возможность для правотворчества преторов, что может расцениваться как исключительная практика, вызванная к жизни консерватизмом римского права и юриспруденции и вполне объективными причинами: беспрецедентным расширением территории государства, ростом его населения, бурным развитием общественных отношений.

Те же причины, на наш взгляд, повлияли и на возникновение и развитие третейского разбирательства (или коммерческого арбитража), который был широко распространен, возможно, не менее, чем государственное судопроизводство. Отсутствие судебной системы в современном ее понимании, недостаточное количество административных органов, имев-

ших судебные функции, неясность положения некоторых судебных органов (например, коллегияльных судов) повлияли на создание особой неюрисдикционной формы защиты субъективных прав, которая была демократичнее и мобильнее государственной.

Решения арбитров (или третейских судей) могли подлежать некоторому последующему судебному контролю, должны были беспрекословно выполняться, за исключением ситуации их очевидной несправедливости. Одна из сторон участников разбирательства могла мотивированно обвинить арбитра в несправедливости и пристрастности. Стороны также имели возможность добиваться признания и исполнения арбитражных решений в судах или других государственных учреждениях. Если арбитр согласился разобрать спор, но впоследствии отказался от исполнения обязательств, римские судебные чиновники могли принудить его выполнять свои функции.

В период Римской империи арбитраж становился все более и более популярным из-за явных недостатков системы государственных судов, которые характеризовались как ненадежные и дорогостоящие. Законная сила арбитражных соглашений признавалась даже без штрафного механизма.

Со временем арбитражное разбирательство стало осуществляться христианскими епископами. При согласии сторон на проведение епископального арбитража его последующее решение можно было исполнить с помощью государственных судов.

Что касается системы исков, то известно, что римское право являлось наиболее прогрессивным в этой области, но количество исков все же было недостаточным. Мы рассмотрим только две группы исков, наиболее значимых для осуществления и защиты основных субъективных прав.

Важнейшее деление исков на вещные и личные в римском частном праве положило начало правовых категорий абсолютных и относительных прав и правоотношений.

Относительными считались те права и возникающие на их основе правоотношения, в которых интерес активного субъекта мог реализовываться при содействии только одного или нескольких пассивных субъектов (контрагентов), и поэтому носитель права осуществлял свое притязание лишь по отношению к ним. К этой категории принадлежали обязательства, служившие основанием для предъявления личного иска (*actio in personam*).

Абсолютными являлись правоотношения, в рамках которых активный субъект был способен осуществить собственный интерес без

содействия других членов общества, так как они признавались пассивными субъектами по отношению к таким правам. Носитель абсолютного (вещного) права мог притязать на его осуществление против любого, препятствующего ему лица (*actio in rem*).

По Ч. Санфелиппо, всякое субъективное право может быть понято в абстрактном смысле, само по себе, но оно при этом не приобретает никакого практического значения, если не оказывается в реальном соотношении с определенным субъектом, являющимся его носителем³⁷.

Действительно, если рассматривать в качестве примера умаление правоспособности в случае пленения или вечного изгнания из Рима, что в древнейшую и классическую эпохи приводило фактически к гражданской (юридической) смерти, то становится заметна четкая привязка абстрактного субъективного права к конкретной личности. Однако, на наш взгляд, данное явление было временным, так как в большей степени характеризовало примитивные правовые системы.

О. А. Поротикова справедливо отмечает, что, начиная с права позднего Рима и до современной эпохи, субъективное право стало восприниматься как «нечто отделяемое от субъекта, находящееся в сфере правового господства лица, подчиненное его интересам»³⁸. Данный подход отражает современное понимание, но в полной мере характеризует и римское право, в недрах которого он зародился.

С. А. Муромцев, исследуя консерватизм римской юриспруденции, писал, ссылаясь на Г. Иеринга, что его формирование было связано с суеверным уважением закона и тем обстоятельством, что положения закона являлись собственно правами в субъективном смысле, ревностное соблюдение которых считалось делом сословной чести³⁹.

По словам Цельса, «иск – это не что иное, как право преследовать по суду то, что тебе должны» (D.44.7.51)⁴⁰. В научной литературе выделены следующие значения категории «иск»:

- 1) абстрактное гражданское требование, направленное на определенную денежную сумму или вещь (*condictio*);
- 2) спор, тяжба (*dica, persecutio*);
- 3) конкретное притязание (например, *vindicatio*)⁴¹.

Наиболее обоснованным представляется мнение О. В. Исаенковой, согласно которому «иск в римском праве, с одной стороны, это процессуальное средство, позволяющее правовую защиту (*legis actiones*), с другой стороны, само материальное право, осуществляемое истцом

в правопритязании, с третьей – требование истца к ответчику, обращенное в компетентном органе (суде), одностороннее выступление истца против ответчика, с четвертой – судебное производство по спору»⁴².

Роль иска была огромна. Как считает В. А. Краснокутский, «по римским воззрениям, только судебная защита наличного права давала этому последнему настоящую ценность и завершение. Но эта защита не связывалась в представлениях римских юристов неразрывно с самим материальным правом»⁴³, в то время как данная связь являлась очевидной.

Д. Гримм подчеркивал, что группировка субъективных прав по их содержанию не свойственна римскому праву, изредка принимались во внимание лишь субъекты (носители) или объекты права, следовательно, при всем многообразии прав различались только процессы⁴⁴. По мнению Дж. Франчози, в римском праве господствовала идея о преимуществе процесса перед субстанциональным правом, так как указанные различия между разными по своей сущности и содержанию правами делались лишь на основании соответствующих исков⁴⁵.

Действительно, роль иска была так велика, что возводила его в ранг материально-правовой категории, ассоциировавшейся с самим правом и нормой закона, ее закреплявшей. Неслучайно в преторском праве встречался иной порядок правотворчества – из иска выводилось право. Тем не менее процессуальную природу и значение иска отрицать невозможно, следовательно, логичнее оценивать его в качестве института материального и процессуального римского права одновременно, одного из важнейших элементов механизма осуществления и защиты субъективных прав граждан.

Таким образом, механизм осуществления и защиты субъективных прав в Древнем Риме имел следующие концептуальные основы:

- гипертрофированный принцип законности, возводивший закон на недостижимую высоту вплоть до слияния категорий «право» и «справедливость» в образе закона, имевшего императивное (приказное) происхождение и выступавшего в качестве принудительного регулятора общественных отношений;
- формализованный подход к трактовке принципов справедливости и добросовестности, которые нередко полностью отождествлялись, несмотря на то, что категория «справедливость» значительно шире по содержанию, чем категория «добрая совесть»;
- признание в качестве базовых элементов механизма осуществления и защиты субъективных прав нормы права (закона или иного источника права, приравненного по юридичес-

кой силе к закону по воле государства) и иска в материальном и процессуальном значении как важнейшего основания классификации субъективных прав и предоставления государственной защиты;

- дуализм защиты субъективных прав: установление ведущей роли юрисдикционной (государственной) формы защиты права при эффективном функционировании особого неюрисдикционного порядка защиты (третейского разбирательства и арбитража) и сохранении отдельных форм самозащиты (самоуправства).

Указанные характеристики механизма осуществления и защиты субъективных прав Древнего Рима оказали значительное влияние на формирование и развитие аналогичного современного правового института.

¹ *Ле Гофф Ж.* Цивилизация средневекового Запада / пер. с фр. М., 1992. С. 9.

² См.: *Шундилов К. В.* Правовые механизмы : основы теории // Государство и право. 2006. № 12. С. 15, 16.

³ См.: *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 50–57.

⁴ См.: *Общая теория государства и права : академический курс : в 3 т. / В. В. Борисов, Н. В. Витрук, Н. Л. Гранат и др. ; отв. ред. М. Н. Марченко.* М., 2001. Т. 3. С. 96–100.

⁵ См.: *Теория государства и права : курс лекций / М. И. Байтин, В. В. Борисов, Ф. А. Григорьев [и др.] ; под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько.* М., 2007. С. 728–731.

⁶ *Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов.* М., 2002. Т. I. С. 27.

⁷ См.: *Из Законов XII таблиц // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / под ред. К. И. Батыра, Е. В. Поликарповой.* М., 2007. С. 89.

⁸ См.: *Дигесты Юстиниана.* Т. I. С. 107–109.

⁹ См.: *Институции Юстиниана / пер. с лат. Д. Расснера ; под ред. Л. Л. Кофанова и В. А. Томсинова.* М., 1998. С. 19.

¹⁰ См.: *Дигесты Юстиниана.* Т. I. С. 107–109.

¹¹ См.: *Гарсия Гарридо М. Х.* Римское частное право : казусы, иски, институты / пер. с исп. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. С. 64.

¹² См.: *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права. М., 2007. С. 17.

¹³ См.: *Дождев Д. В.* Римское частное право : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. 2-е изд. М., 2002. С. 90.

¹⁴ См.: *Кофанов Л. Л.* Lex и ius : возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006. С. 167–168.

¹⁵ См.: *Сакки О.* Идея закона (D.1.3.2) и принцип суверенитета (D.1.3.32 и 1.4.1) в первой книге Дигест. Парадигмы современного конституционализма? // *Дигесты Юстиниана.* Т. VIII : Статьи и указы. М., 2006. С. 109.

¹⁶ См.: *Институции Юстиниана.* С. 15.

- ¹⁷ См.: Дигесты Юстиниана. Т. I. С. 83, 87.
- ¹⁸ См.: *Омельченко О. А.* Римское право : учебник. М., 2005. С. 13 – 14.
- ¹⁹ См.: *Немировский А. И.* История Древнего мира : Античность. М., 2000. С. 48 – 49.
- ²⁰ См.: *Кофанов Л. Л.* Указ. соч. С. 167, 186, 189–190.
- ²¹ Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2002. С. 49.
- ²² Дигесты Юстиниана. Т. VII (2). С. 535.
- ²³ *Хвостов В. М.* Система римского права : 1. Общая часть. М., 1908. С. 69.
- ²⁴ Институты Юстиниана. С. 21.
- ²⁵ Дигесты Юстиниана. Т. VII (2). С. 563.
- ²⁶ Там же. С. 535.
- ²⁷ См.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. 4-е изд. М., 2003. С. 257.
- ²⁸ Дигесты Юстиниана. Т. VII (2). С. 535.
- ²⁹ Там же. С. 549.
- ³⁰ См.: *Муромцев С. А.* Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 478 – 479.
- ³¹ См.: *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. № 7. С. 58.
- ³² См.: Из Законов XII таблиц. С. 79, 80, 65.
- ³³ См.: *Покровский И. А.* История римского права. М., 2004. С. 97.
- ³⁴ Дигесты Юстиниана. Т. VII (2). С. 557.
- ³⁵ См.: Римское частное право. С. 55.
- ³⁶ См.: *Дождев Д. В.* Указ. соч. С. 184.
- ³⁷ См.: *Санфелиппо Ч.* Курс римского частного права : учебник / пер. с итал. ; под общ. ред. Д. В. Дождева. М., 2007. С. 69.
- ³⁸ *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М., 2007. С. 14.
- ³⁹ См.: *Муромцев С. А.* О консерватизме римской юриспруденции : опыт по истории римского права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 136–137.
- ⁴⁰ Дигесты Юстиниана. Т. VI (2). С. 559.
- ⁴¹ См.: *Бартошек М.* Римское право : понятия, термины, определения / пер. с чеш. ; под спец. ред. З. М. Черниловского. М., 1989. С. 83, 108, 437.
- ⁴² Иск в гражданском судопроизводстве : сборник / О. В. Исаенкова, А. А. Демичев, Т. В. Соловьева и др. ; под ред. О. В. Исаенковой. М., 2009. С. 1.
- ⁴³ Римское частное право. С. 56.
- ⁴⁴ См.: *Гримм Д.* Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестн. гражданского права. 2007. № 3, т. 7. С. 149.
- ⁴⁵ См.: *Франчози Дж.* Институционный курс римского права / пер. с итал. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2004. С. 48.

Центральный филиал ГОУ ВПО Российская академия правосудия (г. Воронеж)

Минина Н. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин

E-mail: minina@vmail.ru

Тел.: 8-910-343-41-81

Central Branch of Russian Academy of Law (Voronezh)

Minina N. V. Candidate of Legal Science, Associate Professor of the Civil Law Disciplines Department

E-mail: minina@vmail.ru

Tel.: 8-910-343-41-81

С. Н. Хорунжий

Воронежский государственный университет

КОНСТИТУТИВНЫЕ РЕШЕНИЯ СУДА В ДРЕВНЕМ РИМЕ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СОВРЕМЕННОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Анализируется роль конститутивных (преобразовательных) решений суда на разных этапах развития гражданского процесса Древнего Рима; оценивается место судебного решения в системе юридических фактов современного гражданского права; делается вывод об отсутствии предпосылок для выделения в современном гражданском процессе конститутивных судебных решений.

Ключевые слова: иск, право, легисакционный процесс, формулярный процесс, судебное решение, юридический факт, преобразовательный иск.

CONSTITUTIVE COURT DECISIONS IN ANCIENT ROME FROM THE POINT VIEW OF MODERN CIVIL PROCEDURE

In this article the role of constitutive court decisions on the different stages of Ancient Roman civil procedure development is analyzed. The place of court decisions in the legal facts system is estimated. The author makes a conclusion that there are no preconditions to point out constitutive court decisions in modern civil procedure.

Key words: claim, law, legis action, aktiones per formulas, court decision, legal fact, converting claim.

Поступила в редакцию 5 июля 2011 г.

Современный гражданский и арбитражный процесс не выделяет в качестве самостоятельного вида конститутивные (преобразовательные) решения суда. В то же время вопрос об их существовании уже на протяжении длительного времени является спорным в науке.

Своему возникновению как самостоятельного юридического института конститутивные решения обязаны римскому праву, в котором еще в эпоху легисакционного процесса выделяли ряд судебных решений, названных позднее конституирующими (или установочными). В литературе к ним относят судебные решения, вытекающие из исков о разделе наследства (*action familiae*), о разделе общей вещи (*actio communi dividundo*), о размежевании земельных участков (*actio finium regundorum*). Во всех трех случаях судебное решение является основанием возникновения новых прав и обязанностей сторон и выносится в отношении прав каждой из заинтересованных сторон¹. Процессуальная формула *adiudicatio* (присуждение) уполномочивала судью самостоятельно регламентировать спорные правоотношения, присуждая нечто (часть имущества) одной из сторон². В частности, формула иска о размежевании предписывала судье установить

разграничительную линию между участками и утвердить их принадлежность тому или иному собственнику: «Если для устранения прежней неясности судья хочет провести границы по другому месту, то он может это сделать путем присуждения и осуждения» (Д.10.1.2)³.

Конституирующие решения суда рассматриваются в противовес всем другим решениям формулярного процесса, именуемым декларативными – решениям, которые либо присуждают к чему-либо, либо освобождают от ответственности⁴.

Попытаемся определить юридические основания столь широких по меркам современного правопонимания судебских полномочий. Для решения поставленной задачи рассмотрим основные черты судебного решения, природа которого связана, прежде всего, с формированием и восприятием права (*ius*), закона (*lex*) и судебной власти в Древнем Риме.

Павел указывает, что слово «право» употребляется в нескольких смыслах: 1) то, что всегда является справедливым и добрым – естественное право⁵; 2) то, что полезно всем или многим в каждом государстве – гражданское право⁶; 3) решение, вынесенное претором (эдикт) – *ius honorarium*⁷; 4) место судебного разбирательства (Д.1.1.11). Практически полное отсутствие формализации по отношению к естественному праву компен-

сируется процедурными требованиями применительно к закону: надлежащим порядком его издания и обнародования. Соблюдение данных условий обособляет закон от других источников права и определяет его как «декларацию власти, утвержденную народом, обязывающую всех граждан»⁸.

В результате исследования Дигест Юстиниана Л. Л. Кофанов сделал вывод, что *ius* понимается как совокупность определенных императивных предписаний, идущих как от природы, так и от человека. Поэтому, заключает ученый, изначально понимание терминов «lex» и «*ius*» как божественных предписаний было достаточно близким и лишь в период ранней Республики обнаруживается противостояние *ius* как комплекса неписаных правил и *lex* – закона как приказа народа. В скором времени последний занял доминирующую позицию, потеснив собой нормы обычного права, покоившегося на *ius*⁹.

Восприятие права как законодательной концепции, выраженной в письменных текстах, которые содержат право, произошло лишь на самых поздних этапах развития римской юридической системы – в период постклассического права (III–VI вв. н.э.). Именно в это время право стало рассматриваться как норма императорского законодательства¹⁰.

Примечательна тесная связь гражданского права с правом народов и преторским одновременно. Если гражданское право дополняет естественное право, то преторское право восполняет гражданское. По словам Папиниана, преторское право введено для содействия гражданскому праву либо для его дополнения или исправления в целях общественной пользы (Д.1.1.7), ибо оно «является живым голосом гражданского права» (Д.1.1.8).

С помощью преторских исков предоставлялась защита новым юридическим институтам. В результате устанавливается система, параллельная гражданскому праву: создается дуализм гражданского и преторского права (*ius civile* – *ius honorarium*). Восполняющий характер преторского права не препятствовал осознанию единства элементов правовой системы Древнего Рима. Руфин отмечает, что «закон – это общее выражение, но юстиция является частью закона, ведь закон содержит в себе и юстицию, и судебные решения...»¹¹.

Это вполне соответствовало историческому развитию рассматриваемого магистрата. Напомним, что в эпоху легисакционного процесса претор обладал также законодательными полномочиями, имея при этом почти равный консульскому империй: в отсутствие консулов вся государственная власть в Риме была сосре-

доточена в руках городского претора (IV в. до н.э.)¹². В то же время судебная власть не была прерогативой одного единственного органа власти или должностного лица (судебные магистраты: *consul*, *praetor*, *iudex*). Заметим, что судебная власть принадлежала также императору, который в своих судебных решениях (*decreta* – императорские декреты), вынесенных в ходе процесса *extra ordinem*, давал казуистические решения, считавшиеся «образцовыми казусами», имевшими силу прецедента для решения последующих казусов¹³.

Единство власти и происхождения права находит также отражение в оценке неписаного закона: «долго применявшийся обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда не имеется писаного (закона)» (Ульпиан: Д.1.4.33).

Право юристов (практика, судебный обычай), возникшее в результате так называемого «узального толкования», традиционно относится к *источникам объективного права* и имеет такую же юридическую силу, как и *обычное право народа*¹⁴. В этом смысле решение суда не рассматривалось как основание субъективного права лица, поскольку обычное право не являлось произвольным и выдуманным, но вытекало из природы вещей¹⁵. Установительные решения, определявшие в итоге объем (содержание конкретного субъективного гражданского права), не рассматривались иначе как реализация объективно принадлежащего лицу полномочия, источником которого выступало либо право народа, либо закон, но не само решение суда¹⁶. Вероятно, по этой причине не все романисты выделяют установительные (конституирующие) решения суда как самостоятельный вид судебного акта. В частности, Дж. Франчози, рассматривая иск о разделе наследства, говорит о нем, как о *декларативном (специальном)* иске, решение по которому будет *addictio* – присуждение доли разделяющимся, не называя при этом его установительным или конституирующим.

При этом *adiudicatio* (в исках о размежевании) предписывала судье установить разграничительную линию. Судья не разрешал вопрос о защите оспариваемого (субъективного) права, но возвращал истцу должное, положенное по природе. «Правосудие, – говорит Ульпиан, – есть неизменная и постоянная воля предоставлять каждому его право» (Д.1.1.10). Поэтому в рамках римского частного права конституирующие решения суда не рассматривались иначе как осуществление своей власти. Как указывает Л. Л. Кофанов, магистраты выполняли роль знатоков, исполнителей и хранителей права, которые обязаны были в

каждом конкретном судебном деле «как бы отдавать, возвращать все это право обратно отдельно римскому гражданину»¹⁷. Иными словами, судья не создавал право, но выражал его, формулируя право уже владевшего им лица применительно к рассматриваемому делу.

Отсюда вполне уместно существование конституирующих решений суда, которые следует рассматривать не как создание новой нормы, а как исполнение (осуществление) существующего права лица. Поэтому претор лишь *произносил* право. В литературе отмечено, что *iurisdictio* претора происходит от *ius dicere*, т.е. «произносить или говорить то, что является правом»¹⁸.

Следует также упомянуть о таком постановлении магистрата, как *restitutio in integrum*, в котором он объявлял о непризнании наступивших последствий за определенным юридическим актом или фактом. В данном случае претор фактически отступал от действия *ius civile*, руководствуясь исключительно соображениями о справедливости¹⁹.

Таким образом, можно говорить о следующих характерных условиях возникновения и существования конститутивных решений суда:

1) тесная связь категорий «право» (*ius*) и «закон» (*lex*), ставших основой в восприятии *единства* (различных) источников права и в их *восполняющем* характере друг к другу, не знавшим доктрины разделения властей;

2) отправление правосудия (по рассматриваемым делам) как *возвращение* лицу должного, положенного ему по природе права, а не предоставление нового;

3) установительные решения как реализация *объективно* принадлежащего лицу права, источником которого выступали либо право народа, либо закон.

Указанные условия являются отправными точками, определившими формирование юридической природы судебного решения в Древнем Риме и ставшими основанием для возникновения и существования установительных решений суда; в них заключается принципиальная разница современных представлений науки процессуального права относительно преобразовательных исков и конститутивных решений суда.

В современной европейской научной литературе выделение преобразовательного иска в самостоятельный вид требования относят к концу XIX столетия. В учебнике германского гражданского процесса А. Вах упомянул его в качестве самостоятельного иска, действие которого направлено на «нормирование»²⁰. В России одним из первых ученых, теорети-

чески обосновавших существование преобразовательных исков, был Е. В. Васильковский, который указал, что такие иски имеют целью «создание, изменение или прекращение юридических отношений» и по своему содержанию «распадаются на три категории: правосоздающие, правоизменяющие и правопрекращающие»²¹. В современных работах процессуалистов и специалистов по гражданскому праву указывается на очевидность существования преобразовательных исков ввиду признания судебного решения в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК РФ). Судебное решение в подобном случае выступает в качестве юридического факта материального права, которое изменяет структуру материального правоотношения²².

Исследователи римского частного права выделяют три вида юридических фактов: сделки, время и непозволительные действия. Не удивительно, что в этом перечне отсутствуют действия магистрата: решения суда не создавали право, но лишь признавали его существующим у лица от природы. Следовательно, они не могли рассматриваться как источник нового правоустановления. В этом смысле понимание юридического факта в римском праве как обстоятельства, влекущего за собой «...какое-либо юридическое последствие, т.е. возникновение, перенесение, прекращение, сохранение или изменение *права* (курсив наш. – С. Х.)»²³, существенно отличается от современного понимания, в котором принципиальное значение приобретает категория «правоотношение». Последнее позволяет говорить о таких разновидностях юридического факта, как действия и акты должностных лиц. Поэтому существование конститутивных решений в современном гражданском процессе, по мнению их сторонников, вытекает из предоставленных (законом) суду дискреционных правомочий определять права и обязанности и тем самым устанавливать новые юридические факты, что предусмотрено, в частности, ст. 8, 12 ГК РФ.

Отметим, что возможность признания за судебным решением значения юридического факта в науке гражданского процессуального права оценивается неоднозначно²⁴.

Закон не случайно говорит об основаниях, а не об источниках. В последнем случае речь должна была бы идти о признании судебного решения как самостоятельного источника прав и обязанностей наряду с законом и иными нормативными правовыми актами, что имело место в римском праве. Однако решение суда представляет собой результат строго формализованной процессуальной деятельности

по *применению* норм права при разрешении гражданского спора (ст. 11, 12, 363, 364 ГПК РФ, ст. 13, 270, 288, 304 АПК РФ).

Отметим также недопустимость смешения оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК РФ) и процессуальной цели как критерия выделения преобразовательных исков. Цель деятельности суда состоит не в преобразовании общественных отношений, но прежде всего в обеспечении защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

В процессуальном законодательстве термин «устанавливать» (употребленный в ст. 8 ГК РФ) используется как синоним не только слов «создавать», «предусматривать», но и «выявлять», «обнаруживать». Достаточно сказать, например, о таких процессуальных действиях, как установление прав и обязанностей лиц, участвующих в деле (ст. 186 АПК РФ); установление спора о праве (ст. 263 ГПК РФ); установление новых фактов и правоотношений (ст. 327, 347 ГПК РФ); установление наличия или отсутствия определенных оснований (ст. 232, 238, 243 АПК РФ). В приведенных случаях речь идет о выявлении, обнаружении, но не о формировании судом своих собственных судебных фактов, правоотношений, обстоятельств или оснований. Поэтому, как представляется, в контексте ст. 8 ГК РФ речь идет не об установлении (создании) в решении суда новых прав и обязанностей (и, как следствие, юридических фактов), но о выявлении существующих, об их оформлении своим решением. Суд не наделяет лиц, участвующих в деле, новыми правами, однако выявляет те, которыми они обладают в силу закона, и в случае их нарушения санкционирует надлежащее исполнение предоставленных нормой права полномочий.

Преобразование, таким образом, наступает не вследствие судебного решения, а в результате исполнения нормы права. Суд предоставляет защиту тем интересам, которые предусмотрены законом: «назначение суда – применять закон к разрешению возникшего между сторонами спора»²⁵.

С помощью иска сторона получает возможность реализовать уже предоставленные законом, но нарушенные или оспариваемые права: «Иск есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком *принадлежащее* ему требование» (Д.44.7.51).

По мере усиления роли позитивного права, обособления закона от иных источников, формализации и придания ему значения основного изменилась роль судебной практики. Новая доктрина права перестала считать ее

источником права, указывая, что «установление новых норм права в судебных решениях было бы только нарушением действующих законов теми, кто призван быть их блюстителями»²⁶. «Римское» правосознание допускало судье, опираясь на принцип справедливости, поступать вопреки *ius civile*, но в рамках права (*naturalis praescriptis*).

Известно, что в исках о разделе наследства, о разделе общего имущества, об установлении границ каждая из сторон была одновременно истцом и ответчиком в суде (Павел: Д.10.2.44; Ульпиан: Д.10.2.49), в результате такие иски именовались двусторонними (Гай: Д.10.3.2).

Отправляя правосудие, признавая ответственность и освобождая от ответственности (*condemnatio, absolutio*²⁷), судья решал вопрос по иску, *присуждая (adiudicatio)* права и обязанности каждой из сторон. Современное правопонимание, основанное исключительно на регулятивной и охранительной роли суда, предусматривает устранение спорности правоотношения *на основании действующей нормы права*, а не *посредством предоставления (присуждения) права* судебным решением. Поэтому двусторонние иски в настоящее время замещены другим механизмом активной защиты прав и интересов ответчика – правом предъявления встречного иска, который основан на модели «обычного» иска, предполагающего предоставление защиты существующего у лица права, а не предоставление истцу самого права судебным решением. Удовлетворение иска в современном правопорядке основано на норме закона, а не на нормотворческой деятельности судьи, предоставившего защиту изданием собственного правоположения.

С учетом изложенного, преобразовательные иски можно отнести либо к искам о присуждении, либо к искам о признании: «Суд не преобразовывает и не изменяет правоотношение, а лишь охраняет уже существующие права – подтверждает право на развод, право собственности на имущество и т.д.»²⁸.

В решении суда «проявляется не субъективное гражданское право, а конкретное веление объективного права»²⁹. Поэтому судебное решение не может быть рассмотрено как юридический факт, преобразующий общественные отношения: суд, осуществляя правоприменение, дает юридическую оценку уже преобразованным общественным отношениям, фиксируя (санкционируя) их и придавая им статус «правоотношения».

По мнению Е. А. Нефедьева, судебная защита состоит в констатировании того, что интерес или воля защищены конкретным

решением объективного права. Следовательно, нет необходимости придавать решению правопродуцирующую силу³⁰.

Правоотношение изменяется не потому, что суд трансформирует его своим решением, а потому, что закон указывает на возможность преобразования правоотношения (при наличии надлежащих условий). Установление и констатация таких условий отнесены к компетенции суда. Актом, выражающим это, является судебное решение.

Содержание решения суда определяется содержанием норм закона, которые суд применяет. Поэтому воздействие судебного решения на правоотношения состоит не в создании новых или прекращении существующих правоотношений, но в выявлении правоотношений, действительно имевших место между сторонами, в принуждении к исполнению соответствующих обязанностей и, как следствие, в приведении рассматриваемого судом правоотношения к состоянию бесспорности³¹. В Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. указывалось, что цель судебного решения – «установить бесспорно спорное юридическое отношение между сторонами»³².

Отметим некоторую схожесть аргументов сторонников конститутивных решений суда. Однако историко-доктринальные основания у них существенно различаются. *Единство власти* трансформировано в единство трех разных ветвей власти, каждая из которых имеет строго определенное место и роль в регулировании общественных отношений. *Восполнение и дополнение власти и права* заменено наделением соответствующего органа исключительными (невзаимозаменяемыми) полномочиями в сфере законодательной, исполнительной и судебной деятельности; каждая из них имеет определенные механизмы контроля по отношению друг к другу. *Возвращение права*, положенного по природе (и поэтому установленного порой вопреки *ius civile*), сужено до признания, предусмотренного исключительно законом, но оспоренного лицом.

Оснований для конститулирующих решений суда мы не находим и в современном статусе судьи, как это имело место в *jurisdictio* претора, осуществление которой привело к существованию *ius honorarium*, наряду с *ius civile*. Одна из причин возникновения дуализма частного и преторского права заключалась в осуществлении претором возложенной на него заботы об охране гражданского мира и порядка³³. Недостаточное регламентирование общественных отношений нормами гражданского права, с одной стороны, и указанная *обязанность*

претора (*custodia urbis*), с другой стороны, легли в основу формирования *ius honorarium*, формальным основанием которого выступал *imperium* претора.

Полномочия судьи в гражданском процессе России («*jurisdictio*») и выносимые в соответствии с его властью («*imperium*») решения основаны исключительно на законе, который не предусматривает формулирование судьей собственных гарантий (в неких «*edictum*») и средств («*actio*») защиты. В действующем гражданском праве, равно как и в римском гражданском праве, защита права основана на простом корреспондировании иска субъективному праву лица: «он имеет иск, *actio*, потому что имеет право, *jus*»³⁴. В то время как для преторского субъективного права характерна совершенно иная логика: «лицо имеет право потому, что ему дается иск, а не иск потому, что имеет право»³⁵.

С учетом сказанного, конститутивные (конститулирующие, преобразовательные) судебные решения вполне уместны для римского права, ибо отражали юридическую природу судебной власти того времени. Для современного российского процессуального законодательства данный институт представляется искусственно насаждаемым, поскольку лишен исторического естества, явившегося источником его появления, существования и развития в Древнем Риме.

¹ См.: Гарсия Гарридо М. Х. Римское частное право : казусы, иски, институты / пер. с исп. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. С. 176, 363, 761. «Там, где судья по делу об установлении границ не может определить (прежних) границ, ему позволяется разрешить спор путем присуждения» (Д.10.1.2) – путем установления права собственности каждого из соседей в пределах границ, установленных судьей (см.: Дигесты Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2003. Т. II. С. 475). Объединяет указанные три иска еще одно обстоятельство: отдельные лица имеют одновременно право и истца, и того, кому предъявлен иск (Д.10.1.10).

² При разрешении иска о разделе общей вещи право собственности на данную вещь считается приобретенным в силу факта ее разделения (см.: Гарсия Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 334, 336).

³ Одному предоставляется право на землю в пределах новой границы, а другой обязывается передать соответствующий участок (см.: Дигесты Юстиниана. Т. II. С. 475). Судья *устанавливает* в этом деле *права собственности* на землю каждой стороны (Д.10.1.4). См. также: Покровский И. А. История римского права. М., 2004. С. 178.

⁴ См.: Гарсия Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 203. Об этом говорит также Модестин: «Судебным решением называется то, что посредством заявления

судьи кладет конец прениям и завершается либо присуждением (ответчика), либо отказом в требовании (истцу)» (Д.42.1.1).

⁵ Ср.: «Право есть искусство доброго и справедливого» (Цельс: Д.1.1.1).

⁶ По замечанию Ульпиана, цивильное право не всецело отделено от естественного права, но «и не во всем придерживается его; если мы что-либо прибавляем к общему праву или что-нибудь исключаем, то мы создаем собственное, т.е. цивильное, право» (Д.1.1.6).

⁷ Схожим образом высказался Цицерон, указав, что право состоит «из природы, закона, судебного решения, из справедливого и доброго и из соглашения» (цит. по: *Кофанов Л. Л.* Lex и ius : возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006. С. 180–181).

⁸ *Гарсиа Гарридо М. Х.* Указ. соч. С. 63. Папиниан: «Закон есть общее (для всех) предписание, решение опытных людей... общее (для всех граждан) обещание государства» (Д.1.3.1); Демосфен: «Закон есть то, чему все люди должны повиноваться в силу разных оснований, но главным образом потому, что всякий закон есть мысль (изобретение) и дар бога, решение мудрых людей и обуздание преступлений ... общее соглашение общины, по которому следует жить находящимся в ней» (Д.1.3.2).

⁹ См.: *Кофанов Л. Л.* Lex и ius... С. 179, 180, 187–190.

¹⁰ См.: *Гарсиа Гарридо М. Х.* Указ. соч. С. 118.

¹¹ Цит по: *Кофанов Л. Л.* Lex и ius... С. 166.

¹² См.: *Кофанов Л. Л.* Характер преторского эдикта в Риме IV–III вв. до н.э. // Древнее право. IVS ANTIQVVM. 2004. № 2 (14). М., 2004. С. 60, 62; *Его же.* Lex и ius... С. 456–458.

¹³ Как указывает М. Х. Гарсиа Гарридо, юристы не критиковали императорские решения; в худшем случае они могли лишь игнорировать рескрипты (см.: *Гарсиа Гарридо М. Х.* Указ. соч. С. 116–117). Появление судьи как чиновника относится лишь к экстраординарному процессу.

¹⁴ См.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права : в 6 кн. СПб., 2005. С. 62, 68.

¹⁵ Подробнее о характеристике обычного права (права народа) см.: Там же. С. 52–59.

¹⁶ См.: *Франчози Дж.* Институционный курс римского права / пер. с итал. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2004. С. 86.

¹⁷ *Кофанов Л. Л.* Lex и ius... С. 463. Заметим, что особый подход к восприятию решения суда (в силу его юридической природы) не давал оснований для рассмотрения судебного решения в качестве самостоятельного юридического факта, наряду со сделками.

¹⁸ *Гарсиа Гарридо М. Х.* Указ. соч. С. 159.

¹⁹ См.: Там же. С. 208–209. Впоследствии указанные постановления приобрели форму преторского иска *restitutio in integrum*, а действие самой процедуры *restitutio in integrum* в экстраординарном процессе было существенно расширено, например, за счет включения таких оснований для опротестования решения суда, как судебная ошибка, сфальсифицированные доказательства и др. (см.: Там же. с. 216). И. А. Покровский говорит также о пропуске срока; о сделке, заключенной под влияни-

ем принуждения или обмана (см.: *Покровский И. А.* Указ. соч. С. 200).

²⁰ См.: *Аболонин В. О.* Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 73.

²¹ Цит. по: *Гражданский процесс : хрестоматия : учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. М. К. Треушникова. М., 2005. С. 450.* Впоследствии данные положения были восприняты и получили развитие в трудах ведущих ученых-процессуалистов советского времени – М. А. Гурвича, К. И. Комиссарова, Г. Л. Осокиной, Д. И. Полумордвинова и др. (см., например: *Гурвич М. А.* Судебное решение : теоретические проблемы. М., 1976).

²² См.: *Рожкова М. А.* Судебный акт и динамика обязательств. М., 2003. Признание преобразовательных исков и конститутивных (потестативных) решений находит место и в учебной литературе, в частности указывается, что под преобразовательными «понимаются иски о прекращении, изменении, а в ряде случаев и о возникновении нового материального правоотношения» (*Гражданский процесс : учебник / отв. ред. В. В. Ярков. С. 159 ; Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1 : Общие положения. 2-е изд. М., 2005. С. 243, 439). В качестве примеров преобразовательных исков обычно приводят иски о признании брака недействительным (решение по делу прекращает соответствующие брачно-семейные правоотношения); о выделении доли в праве собственности (судебное решение изменяет правовой режим имущества, переводя его из совместной в долевую собственность); о признании оспоримой сделки недействительной и др.

²³ *Барон Ю.* Указ. соч. С. 151.

²⁴ См., например: *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 129–143. По мнению М. Г. Авдюкова, «судебное решение... не заключает в себе ни нормативного характера права, ни правообразующего характера юридических фактов» (*Авдюков М. Г.* Судебное решение. М., 1959. С. 21). По мнению М. А. Гурвич, напротив, преобразовательное решение предусматривается нормой материального права и приобретает значение юридического факта материального права, с которым связываются материально-правовые последствия (см.: *Гурвич М. А.* Указ. соч. С. 39). А. А. Добровольский и С. А. Иванова, отрицая значение юридического факта за судебным решением, рассматривали последнее как «средство принудительной реализации тех правомочий, которые существуют у истца в реальной действительности благодаря юридическим фактам, имевшим место до суда и независимо от суда» (*Добровольский А. А., Иванова С. А.* Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1979. С. 80–81).

²⁵ *Нефедьев Е. А.* Избранные труды по гражданскому процессу. Краснодар, 2005. С. 70, 73.

²⁶ *Барон Ю.* Указ. соч. С. 69.

²⁷ При этом иске присуждения и освобождения должны быть установлены по отношению ко всем лицам; поэтому если в отношении кого-либо опущено осуждение, то сделанное судьей в отношении других не имеет силы, так как судебное решение

по одному делу не может быть частично действительным и частично недействительным (Павел: Д.10.2.27).

²⁸ Саломатова Т. Виды исков о наследстве // Российская юстиция. 2001. № 7. С. 21.

²⁹ Нефедьев Е. А. Указ. соч. С. 79.

³⁰ См.: Там же. С. 86, 88, 92.

³¹ См.: Там же. С. 685–689.

³² Цит. по: Победоносцев К. П. Судебное руководство. М., 2004. С. 62.

³³ См.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 147.

³⁴ Там же. С. 167.

³⁵ Там же.

Воронежский государственный университет

Хорунжий С. Н., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и процесса

E-mail: snhor@mail.ru

Тел.: 8-915-580-10-10

Voronezh State University

*Horunzhy S. N., Candidate of Legal Science,
Lecture of Civil Law and Process Department*

E-mail: snhor@mail.ru

Tel.: 8-915-580-10-10

Е. А. Дыбов

Воронежский государственный университет

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДЕБНЫХ И НЕСУДЕБНЫХ ФОРМ ЗАЩИТЫ ПРАВА В ДРЕВНЕМ РИМЕ И СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Исследуется взаимодействие судебных и несудебных форм защиты права в Древнем Риме, проводится комплексный сравнительный анализ взаимодействия публичной судебной власти и частной юрисдикции. В древнем римском гражданском процессе сотрудничали магистрат как представитель публичной власти и арбитр. Сотрудничество предполагало, что за магистратом закрепляется функция поддержки арбитражного решения (предварительные обеспечительные меры и последующее принудительное исполнение арбитражного решения), в то время как арбитр осуществляет функцию разрешения конфликта по существу. Проблема сочетания публично-правовых и частных начал в рассмотрении гражданских споров продолжает оставаться актуальной для современного права.

К л ю ч е в ы е с л о в а : судебные и несудебные формы защиты права, легисакционный (*per leges actiones*) и формулярный (*per formulas*) процесс, арбитр, магистрат, третейский суд, государственный суд.

INTERACTION OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL FORMS OF DEFENDING RIGHTS IN ANCIENT ROME AND ITS IMPORTANCE TO MODERN RUSSIAN LAW

This article is dedicated to judicial and extrajudicial forms of defending rights in Ancient Rome. The author makes a comparative analysis of the cooperation of public judicial authority and private jurisdiction. In Ancient Rome society magistrate (as a representative of public authority) and arbiter were in close cooperation. The cooperation meant that arbiters resolved disputes and magistrate supported arbitrage solutions (security for claims, enforcing arbitrage solutions). The problem of the combination public and private basis in resolving disputes is still urgent our days.

К е у в о р д с : *judicial and extrajudicial forms of defending rights, per leges actiones and per formulas procedural systems, arbiter, magistrate, arbitrage, state court.*

Поступила в редакцию 19 августа 2011 г.

Арбитраж (третейский суд), как форма частной юрисдикции, и суд, как разновидность государственной власти, – взаимосвязанные и взаимодействующие процедуры, направленные на решение правового спора и, следовательно, на сохранение стабильности и эффективности гражданского оборота. Между тем многие вопросы правовых аспектов взаимодействия суда и арбитража остаются спорными, в частности, определение природы арбитража, исключительной компетенции судов, публичного порядка и т.д. Быстро изменяющаяся экономическая жизнь способна порождать всё новые типы конфликтов и в силу этого всё новые виды взаимодействия суда и арбитража.

Корни взаимодействия публичной судебной власти и частной юрисдикции были заложены еще в римском гражданском процессе. В древ-

нем римском гражданском обществе сотрудничали государственный судья и арбитр.

Известно, что в разные исторические времена Рим знал различные процессуальные системы: легисакционную (древнюю) (*per leges actiones*) и формулярную (*per formulas*). Обе системы состояли из двух стадий:

1) рассмотрение частного спора государственным судьей (судебный магистрат, претор);

2) передача спора частному судье (*judex privatus* или *arbiter*) – специалисту в определенных сферах экономических отношений (землемеру, ростовщику, купцу и т.д.)¹.

Судебный магистрат устанавливал юридические рамки спора, не оценивая доказательства и без вынесения решения. Последняя функция – определение виновного лица и определение меры ответственности – относилась к компетенции арбитра, которому магистрат поручал разрешение спора по существу². Арбитр выбирался магистратом из списка

арбитров, содержащего имени наиболее известных и уважаемых граждан в данном населенном пункте Римской империи. Затем решение арбитра (*judicium*) исполнялось сторонами добровольно. В случае уклонения от добровольного исполнения магистрат выносил решение (*addictio*) о принудительном исполнении решения арбитра.

При формулярном (наиболее развитом) процессе в Риме эти две стадии получили четкое процессуальное оформление:

1. Магистрат выслушивал тяжущихся, выбирал арбитров из списка, решал вопрос об обеспечении сохранности спорного имущества на период спора, создавал формулу – модель будущего решения, в которой определял юридические рамки спора, обеспечивал исполнение решения арбитра принудительно, при отказе исполнить его добровольно.

2. Арбитр, используя формулу магистрата, оценивал доказательства и решал вопрос о том, кто из тяжущихся был прав. Решение арбитр принимал на основе принципов справедливости³.

Следовательно, при формулярном процессе самым важным элементом во взаимодействии судьи и арбитра являлась формула магистрата, которая могла звучать так: «Пусть Гай будет арбитром. Если окажется, что требование Авла к Нумерия является обоснованным, ты, арбитр, присуди к уплате суммы 100 систерциев для Авла. Если окажется, что требование необоснованно, ты, арбитр, освободи Нумерия от уплаты»⁴. Таким образом, рамки спора, как и мера ответственности, очерчивались судьей. Арбитр оценивал доказательства и выносил решение.

Некоторые виды споров магистрат передавал на рассмотрение не арбитру, а коллегии магистратов и арбитров (спору о наследстве, споры с иностранцами). Самые важные для того времени споры о свободе и рабстве передавались на рассмотрение исключительно государственных судей⁵.

Коллегиальные и единоличные решения арбитров, не исполненные спорящими сторонами добровольно, передавались магистрату для принудительного исполнения. В этом случае к магистрату обращалась сторона, выигравшая процесс у арбитра. В свою очередь, проигравшая сторона имела право излагать магистрату свои возражения, касавшиеся не существа спора, а фактической обоснованности арбитражного решения, его формальной точности, либо внешних обстоятельств (уплата долга). Если возражения должника не принимались, магистрат исполнял решение арбитра принудительно и мог даже удвоить присужденную

сумму⁶. Окончательное решение магистрата о принудительном исполнении арбитражного решения не подлежало апелляции. Апелляция в судебном процессе появилась лишь в последний период существования Римского государства.

Таким образом, в римском гражданском процессе налицо сотрудничество и взаимодействие государственного судьи и частного арбитра, направленное на разрешение возникших конфликтов. Сотрудничество предполагало, что за государственным судом закрепляются функция поддержки арбитражного решения (предварительные обеспечительные меры и последующее принудительное исполнение арбитражного решения) и функция контроля (назначение арбитра из списка, формулирование рамок будущего арбитражного решения, возможность отказа в принудительном исполнении такого решения по ограниченному формальному кругу оснований, выдвигаемых должником)⁷. В свою очередь, за специализированным арбитром закреплялась функция разрешения конфликта по существу на основе принципа справедливости и с целью разгрузки государственных судей, которые рассматривали лишь особо значимые с точки зрения рабовладельческого государства экономические споры (споры о собственности на рабов)⁸.

Тенденция взаимодействия суда и арбитража сохранила со времен Древнего Рима до наших дней многие устойчивые элементы.

Новация процессуального законодательства современной России и законодательства о третейских судах основана на системе взаимодействия и взаимодополнения третейской процедуры судопроизводства, последовательно нацеленных на защиту гражданских прав, обеспечение стабильности гражданского оборота международного и национального характера, соблюдение частных и публичных интересов в современном гражданском обществе. ГПК РФ и АПК РФ предусматривают возможность обращения в третейский суд, поскольку альтернативные способы разрешения споров не только обеспечивают условия для сохранения и развития деловых партнерских отношений в сфере бизнеса, но и позволяют реально снизить нагрузку на суды. Кроме того, альтернативные способы разрешения позволяют привлечь к урегулированию спора специалистов в различных сферах экономических отношений.

В соответствии со ст. 11 ГК РФ третейский суд рассматривается в качестве одной из форм защиты гражданских прав наряду с судом общей юрисдикции и арбитражным судом. В АПК РФ закреплено право выбора

сторонами того или иного способа разрешения спора и защиты своих прав – путем обращения в арбитражный суд как орган публичной власти, осуществляющий правосудие, или в третейский суд. При этом гарантируется добровольность выбора сторонами права на обращение в третейский суд (ч. 6 ст. 4 АПК РФ). Аналогичное положение закреплено и в ГПК РФ (ч. 3 ст. 3).

Гарантиями невмешательства и уважения сторон, признания за ними возможности свободно распоряжаться своими правами выступают нормы АПК РФ, обязывающие арбитражный суд оставить без рассмотрения исковое заявление обратившегося в арбитражный суд лица, если после принятия его к производству будет установлено, что имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом или подобное соглашение будет заключено во время судебного разбирательства (п. 5, 6 ст. 148 АПК РФ). ГПК РФ предусматривает отказ в принятии искового заявления по данному основанию (п. 3 ч. 1 ст. 134), АПК РФ предусматривает прекратить производство по делу, если имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда (п. 3 ч. 1 ст. 150). Аналогичное положение закреплено и в ГПК РФ (ст. 220).

В качестве важной составляющей функции содействия по отношению к третейским судам следует рассматривать принятие арбитражными судами обеспечительных мер относительно иска, который рассматривается в третейском суде по заявлению стороны третейского разбирательства (ч. 3 ст. 90 АПК РФ). Данная норма взаимосвязана с аналогичным положением ст. 25 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» и ст. 9 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Взаимодействие между арбитражными и третейскими судами осуществляется и при рассмотрении дел об оспаривании решений третейских судов и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов. Арбитражный суд по данному направлению выполняет не только функцию содействия, но и функцию контроля, ограниченную четкими и немногочисленными основаниями.

Одним из новых направлений взаимодействия является рассмотрение арбитражными судами заявлений по вопросу компетенции третейского суда. Статьей 235 АПК РФ предусмотрено право стороны третейского разбирательства в течение месяца со дня получения постановления третейского суда

предварительного характера о наличии у него компетенции обратиться в арбитражный суд с заявлением о его отмене. При этом обращение с заявлением об отмене указанного постановления возможно только в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации и федеральным законом. Например, такая возможность установлена в п. 3 ст. 16 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже». На наш взгляд, необходимо установить такую возможность и в Федеральном законе «О третейских судах в Российской Федерации».

Государственные суды способствуют эффективности деятельности третейских судов, в том числе и через принуждение к исполнению решений третейских судов. Законодательные положения о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов арбитражными судами выступают в качестве гарантии исполнимости решений третейских судов. Существо третейского разбирательства предполагает, что решения третейского суда исполняются добровольно в порядке и сроки, установленные в самом решении. Если решение третейского суда не исполнено должником добровольно в установленный срок, у кредитора есть возможность обратиться в арбитражный суд Российской Федерации с заявлением о выдаче исполнительного листа.

Заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано стороной третейского разбирательства, в пользу которой принято решение третейского суда, в течение трех лет после истечения срока, установленного для добровольного исполнения (ст. 45 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации»).

Институт оспаривания решений третейских судов (ст. 230 АПК РФ, ст. 418 ГПК РФ) – новый институт арбитражного (гражданского) процессуального права. Следует подчеркнуть, что целью введения данного института является обеспечение равенства сторон третейского разбирательства, в том числе путем установления баланса между процедурами отмены и принудительного исполнения. Аналогичное положение предусмотрено и в ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Итак, взаимодействие арбитража и суда и сегодня развивается по двум направлениям: 1) поддержка правосудием альтернативного разбирательства правовых споров (арбитрами, третейскими судьями) через предварительное обеспечение требований, заявленных в арбитраже и через принудительное исполнение

арбитражного решения; 2) контроль за действиями арбитров через процедуры оспаривания промежуточных и окончательных арбитражных решений и через процедуру отказа в исполнении арбитражных решений.

Таким образом, можно наблюдать определенное сходство в правовой регламентации взаимодействия частного третейского разбирательства и судебной власти в римском гражданском процессе и современном российском праве.

По сравнению с древним процессом, наиболее серьезное изменение произошло лишь с функцией назначения арбитра. В настоящее время эта функция в России возложена не на государственного судью, а на стороны, содействие сторонам оказывается постоянно действующими арбитражами. Однако контрольные функции государственного судьи и в этой сфере не исчезли окончательно, но трансформировались в полномочия судьи по проверке соответствия состава арбитража и процедуры третейского разбирательства соглашению сторон или федеральному закону (ст. 239 АПК РФ, ст. 426 ГПК РФ).

В свою очередь, арбитражная процедура в сравнении с древней претерпела серьезные изменения в сторону формализации процедуры третейского разбирательства. На место строгой формулы магистрата, ограничивавшей

действия частного судьи, пришло развитое законодательство, но сфера взаимодействия не изменилась: арбитры вправе самостоятельно принимать решение о наличии или отсутствии у них компетенции на рассмотрение спора, а судья не вправе пересматривать арбитражное решение по сути. Следует помнить, что со времен Древнего Рима правовые системы изменились кардинально и в количественном, и в качественном смысле. Право справедливости уступило место писаному позитивному праву, которое охватывает своим регулированием все новые сферы общественных отношений, в том числе и те, которые традиционно регулировались иными социальными нормами – правом справедливости, моралью. Однако основы сотрудничества и взаимодействия государственного судьи и частного арбитра заложены в Древнем Риме.

¹ См.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2007. С. 144.

² См.: Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М., 2000. С. 36.

³ См.: Франчози Д. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 76.

⁴ Там же. С. 95.

⁵ См.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 160.

⁶ См.: Франчози Д. Указ. соч. С. 100.

⁷ См.: Дождев Д. В. Римское частное право. 3-е изд., испр. и доп. М., 2008. С. 250.

⁸ См.: Новицкий И. Б. Указ. соч. М., 2000. С. 40.

Воронежский государственный университет

Дыбов Е. А., преподаватель кафедры гражданского права и процесса

E-mail: dibovbox@yandex.ru

Тел.: 8-920-462-00-02

Voronezh State University

Dybov Y. A., Lecture of Civil Law and Process Department

E-mail: dibovbox@yandex.ru

Tel.: 8-920-462-00-02

О. Н. Шеменова

Воронежский государственный университет

РАЗВИТИЕ ВЗГЛЯДОВ РИМСКИХ ЮРИСТОВ НА ПРИЗНАТЕЛЬНЫЕ ОБЪЯСНЕНИЯ СТОРОН

Статья содержит краткий обзор взглядов различных правоведов относительно правовой природы признания сторонами обстоятельств гражданских дел и служит иллюстрацией тому, что на протяжении уже более тысячи лет ученые не могут прийти к единому мнению о том, является ли оно распорядительным действием стороны или представляет собой обычное доказательство.

Ключевые слова: стороны, признание обстоятельств гражданских дел, распорядительное действие, доказательство.

DEVELOPMENT OF ROMAN LAWYERS VIEWS TO FORMAL ADMISSION

This article contains a short review of different points of view about the nature of a formal admission. It also shows that for more than thousand years scientists can not come to an agreement if this is a dispositive act or an ordinary evidence. Along side with many other arguments it gave the author the ground to suppose that the formal admission has a dual nature and there is no need to oppose these two displays of one legal institute.

Key words: parties, formal admission, dispositive act, evidence.

Поступила в редакцию 6 июня 2011 г.

Признательным объяснениям сторон частноправовых споров в гражданском судопроизводстве всегда придавалось особое значение. Уже многие столетия показания сторон в пользу своего процессуального противника так или иначе используются в целях упрощения доказывания, экономии времени и средств участников процесса и др.

В Древнем Риме институт признания обстоятельств дела был известен и формулярному, и когниционному процессу¹. Если лицо признавало факты, подтверждающие требования и возражения противной стороны, то такое признание имело решающее значение для суда и не требовало никаких других доказательств². В работах римских юристов можно встретить определение понятия признания, в них освещались вопросы, связанные с последствиями признания, возможностью и основаниями его опровержения, с субъектами признания (недееспособными, представителями), и др.³ Уже в римском праве обозначились два противоположных подхода к определению его правовой природы. В различные периоды развития римского частного права признание рассматривалось 1) как обязательное для суда распорядительное действие стороны; 2) как обычное доказательство, подчиняющее-

ся общим правилам оценки; 3) происходило смешение данных существенных определений признания⁴.

Вплоть до настоящего времени ни один из приведенных подходов к определению признания не получил в правовой науке оценки как единственно верного. Дискуссия по данному вопросу имеет уже тысячелетнюю историю, и ответ на него является ключевым для разрешения всех остальных вопросов, возникающих при теоретическом осмыслении и практическом применении данного института. В зависимости от того, какая из точек зрения преобладала в том или ином государстве в различные периоды их развития, различалась и правовая регламентация процессуальных действий, связанных с признательными объяснениями сторон в гражданских делах.

Исследования института признания отдельных обстоятельств гражданских дел на монографическом уровне относятся к концу XVIII – началу XIX в.; они проводились немецкими, австрийскими и французскими правоведом. При попытке объяснить правовую природу рассматриваемого явления большинство ученых в этот период определяли его преимущественно как распорядительный акт. Развивая свои рассуждения, одни исследователи полагали, что признание представляет собой косвенное распоряжение объектом процесса (Байер),

другие усматривали сущность признания в отказе тяжущегося от его права требовать, чтобы противная сторона доказала действительность данного обстоятельства (Ветцель, Планк и др.). Третьи полагали, что тяжущийся, признавая какое-либо фактическое обстоятельство, выгодное для противной стороны, тем самым вступает с ней в договорное соглашение о том, чтобы считать это обстоятельство доказанным, так что признание является договорным отношением между тяжущимися (Рено, Бракенгефт, Лангебек). Савиньи полагал, что признание есть специальный способ установления обстоятельств, Бетман-Гольвег – что это не подлежащее оценке суда формальное доказательство и т.п.⁵

Научное направление, согласно которому признание представляет собой простое показание во вред себе и в пользу противника, хотя и обозначилось в конце XVIII в., свое развитие получило лишь в последней четверти XIX столетия. Строго говоря, его представители (Канштейн, Демелиус, Вах, Поллак) придерживались мнения о том, что признание может быть и распорядительным действием, и обычным доказательством, выполняя в конкретной правоприменительной ситуации лишь одну из этих функций⁶. То, что эти два вида признания не следует противопоставлять друг другу, полагал Бюллов.

В этот же период институт признания начал активно исследоваться и в отечественной процессуальной литературе. И хотя специально ему была посвящена лишь одна монографическая работа М. И. Малинина «Судебное признание в гражданских делах», свое аргументированное мнение относительно данного института высказывали практически все видные русские процессуалисты конца XIX – начала XX в. Среди них не было также единства по принципиальным вопросам: чем является признание по своей правовой природе и какой правовой принцип обуславливает существование данного института: распорядительное ли это действие стороны, основанное на принципе диспозитивности, или же доказательство, которое представляется суду в соответствии с составительным началом гражданского процесса. М. И. Малинин, А. Х. Гольмстен, К. И. Малышев, В. Л. Исаченко в своих работах исходили из того, что признание – это процессуальная сделка, являющаяся обязательной для совершившей его стороны и для суда.

Основой для данного положения служила более общая возможность заинтересованных лиц распоряжаться своими правами, в связи с чем считалось, что, следовательно, и суд должен считать факты, признанные стороной,

действительно существующими и сообразно с этим постановлять решения. В результате, несмотря на отсутствие прямого указания в Уставе гражданского судопроизводства, согласно сложившейся судебной практике, признание, сделанное в ясно выраженных категорических заявлениях, было обязательно для суда и устраняло другие доказательства⁷.

Широкое распространение в дореволюционной российской литературе получила другая точка зрения, отрицающая распорядительный характер признания. Б. Б. Попов, Т. М. Яблочков, В. А. Рязановский и другие полагали, что теория о его распорядительном характере несовместима с задачей установления материальной правды⁸.

В ходе научной дискуссии о сущности признания, развернувшейся в указанный период, приводились самые разнообразные теоретические обоснования той или иной точки зрения. Многие из них, в том числе, казалось бы, устаревшие, имеют огромную ценность для понимания рассматриваемого института и в наши дни.

В советский период исследованию признания специально были посвящены работы Д. И. Полумордвинова⁹ и В. К. Пучинского¹⁰. Кроме того, свои взгляды относительно данного института высказывали такие известные ученые, как С. Н. Абрамов, А. Ф. Клейнман, С. В. Курылев, К. С. Юдельсон, М. А. Гурвич и др. Российский дореволюционный и современный данным авторам зарубежный подход к признанию как акту распоряжения расценивался в их работах крайне негативно. О двойственной природе признания писал только Д. И. Полумордвинов. Другие же авторы исследовали признание обстоятельств, руководствуясь, в первую очередь, принципами объективной истины и активной ролью суда в советском гражданском процессе. При таком подходе говорить о праве сторон по распоряжению фактическим материалом было действительно невозможно. Поэтому признание преимущественно рассматривали как обычное доказательство, не исключая, однако, и его специфического влияния на процесс доказывания. Специфика признания при этом изучалась исходя из бесспорности признанных обстоятельств; основой для исследования данного института служил принцип составительности.

Данный взгляд на признание сторонами обстоятельств гражданских дел получил правовую регламентацию в ГПК РСФСР 1964 г., принятие которого повлекло также существенную утрату интереса к данному институту в науке. Статья 60 этого кодекса предусматривала,

что «признание стороной фактов, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, для суда не является обязательным. Суд может считать признанный факт установленным, если у него нет сомнений в том, что признание соответствует обстоятельствам дела и не совершено стороной под влиянием обмана, насилия, угрозы, заблуждения или с целью сокрытия истины». Точно такие же формулировки, отражающие подход к признанию обстоятельств преимущественно как к простому доказательству, содержались в ст. 50 АПК РФ 1992 г. и в ст. 70 АПК РФ 1995 г.

В ходе реформы гражданского и арбитражного процессуального законодательства (изменения в ГПК РСФСР 1964 г., принятие ГПК РФ 2002 г. и АПК РФ 2002 г.) императивная формулировка о необязательности признания для суда была исключена. Наряду с расширением действия принципов диспозитивности и состязательности, в соответствии с которыми суд в большинстве случаев лишился возможности по своей инициативе истребовать доказательства, это привело к тому, что мнения относительно правовой природы признания сторонами обстоятельств гражданских дел опять разделились. Одни ученые продолжают считать признание только лишь доказательством¹¹, другие – рассматривают его как акт распоряжения стороной своими процессуальными правами¹².

Приведенный обзор взглядов на правовую природу признания сторонами обстоятельств гражданских дел является кратким и не включает в себя основных аргументов представителей различных точек зрения. Тем не менее он представляет собой наглядную иллюстрацию тому, что уже более тысячи лет выдающиеся правоведы различных исторических периодов не могут прийти к единому мнению, что же представляет рассматриваемый вид признания по своей сути.

Полагаем, что данное обстоятельство (наряду со многими иными основаниями, не нашедшими освещения в данной публикации) является довольно веской причиной для того, чтобы внимательно отнестись к позиции тех авторов, которые считали, что признание фактов имеет двойственный характер и что не следует отрицать ни одного из двух его существенных проявлений. В частности, Е. В. Васьковский писал, что объективно существуют два вида признания в зависимости от того, по какой причине и с какой целью оно делается: 1) засвидетельствование истины, показание в пользу противника; 2) волеизъявление, акт распоряжения, направленный на установление бесспорности выгодного для противника

обстоятельства независимо от его соответствия действительности. Кроме того, возможен третий вариант, сочетающий в себе два первых вида, при котором признание совершается и в результате убежденности действительности признаваемого обстоятельства и исходя из желания предотвратить его исследование судом¹³. Наиболее оптимальную модель данного процессуального института в конкретных исторических условиях компетентен избрать законодатель путем указания последствий совершения сторонами признания отдельных обстоятельств дела. При этом от законодателя требуется быть последовательным в своем решении. Если он исходит из того, что признание отдельных обстоятельств – это простое доказательство, то никаких специальных последствий его совершения быть не может. В этом случае суд должен оценивать его наравне с другими доказательствами, и не должно быть ни освобождения противоположной стороны от обязанности по доказыванию признанного обстоятельства, ни принятия признания судом, ни каких-либо других особых последствий представления данного доказательства. В противном случае это явилось бы отступлением от общего правила оценки доказательств и наделение одного лишь доказательства (признания) особым доказательственным значением.

Если же исходить из того, что признание является также и распорядительным действием совершившей его стороны, допустимым в соответствии с принципом диспозитивности, то законодатель волен устанавливать такие его специфические последствия, какие он считает целесообразным (конечно же, при условии, что они соответствуют сути и назначению данного процессуального института).

¹ См.: *Гарсия Гарридо М. Х.* Римское частное право : казусы, иски, институты / под ред. Л. Л. Кофанова. М., 2005. С. 200, 213.

² См.: *Салогубова Е. В.* Римский гражданский процесс. 2-е изд. М., 2002. С. 104–105.

³ См.: *Малинин М. И.* Судебное признание в гражданских делах. Одесса, 1878. С. 12, 22, 44, 66, 94, 103, 110 и др.

⁴ См.: *Васьковский Е. В.* Значение признания в гражданском процессе // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 118–119.

⁵ См.: Там же. С. 119–120.

⁶ См.: Там же. С. 121–123.

⁷ См.: *Нефедьев Е. А.* Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2005. С. 254–255.

⁸ Более подробный обзор взглядов относительно сущности признания в русской дореволюционной

литературе см.: *Афанасьев С. Ф.* Проблема истины в гражданском судопроизводстве : учеб. пособие. Саратов, 1999. С. 91–95.

⁹ См.: *Полумордвинов Д. И.* Признание стороны в гражданском процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1940. 24 с.

¹⁰ См.: *Пучинский В. К.* Признание стороны в советском гражданском процессе. М., 1955. 100 с.

¹¹ См., например: *Треушников М. К.* Судебные доказательства. М., 2004. С. 162–166 ; *Афанасьев С. Ф.* Проблема истины в гражданском судопро-

производстве : учеб. пособие. Саратов, 1999. С. 103 и др.

¹² См., например: *Адвокат : навыки профессионального мастерства / под ред. Л. А. Воскобитовой, И. Н. Лукьяновой, Л. П. Михайловой.* М., 2006. С. 257–258 ; *Плешанов А. Г.* Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции : проблемы теории и практики. М., 2002. С. 218, и др.

¹³ См.: *Васьковский Е. В.* Значение признания в гражданском процессе. С. 113.

Воронежский государственный университет

Шеменова О. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: shon_in_law@mail.ru

Тел.: 8-915-588-69-73

Voronezh State University

Shemenova O. N., Candidate of Law Science, Associate Professor of the Civil Law and Process Department

E-mail: shon_in_law@mail.ru

Tel.: 8-915-588-69-73

Д. Б. Прасолов

Воронежский государственный университет

**ПРОБЛЕМЫ ВЫХОДА СУДА
ЗА ПРЕДЕЛЫ ЗАЯВЛЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ:
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ И ИСТОРИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ**

Статья посвящена исследованию становления положения диспозитивности, запрещающего суду выходить за пределы заявленных требований; проведен исторический анализ развития принципа «*ne eat iudex ultra petita partium*», начиная с римского права, а также сравнительный анализ закрепления обозначенного положения в процессуальном законодательстве разных государств.

К л ю ч е в ы е с л о в а : гражданский процесс, иск, пределы заявленных требований, решение суда, принципы гражданского процесса, диспозитивность.

**PROBLEMS OF ADJUDICATION BEYOND
THE CLAIMS IN ACTION:
COMPARATIVE AND HISTORICAL LEGAL STUDY**

The article looks into the roots and derivation of the free disposition of rights principle prohibiting a court of law adjudication beyond the claims in action. The *ne eat iudex ultra petita partium* principle is analyzed in historical aspect beginning from the Roman Law and in comparative prospective of that principle implementation in modern procedural legislation of different countries.

K e y w o r d s : civil procedure, claim, boundaries of the claims in action, court judgment, civil procedure principles, dispositivity.

Поступила в редакцию 11 июля 2011 г.

Одно из основополагающих положений диспозитивности – *ne eat iudex ultra petita partium* (нет суда за пределами требований сторон) известно еще из римского права и на данный момент находит свое отражение в странах как англо-саксонской, так и континентальной правовой системы. Как справедливо отмечает А. Ф. Воронов, «...принципы права – это культурное наследие человечества, это памятники культуры, дошедшие до нас из глубины веков»¹.

Именно с этих позиций рассмотрим анализируемое положение процессуального закона.

Как известно, в первобытном обществе все конфликты решались в общине, где окончательное решение по делу принимал старейшина, патриарх.

М. М. Михайлов, обосновывая тождество принципов разрешения споров с обычаями, писал: «Очевидно, по сущности понятия о жизни патриархальной и семейной, что основания, на которые глава семейства или рода опирается при своих решениях, суть здравый смысл и совесть, одно другое дополняющие»².

В древности функцию правосудия осуществляли императоры, короли, цари, князья и наместники в зависимости от масштаба спора, размера подведомственной территории и конкретного политического строя. Правители при этом, как правило, всегда выполняли функции надзорной инстанции без права дальнейшего обжалования.

Положения диспозитивности нашли свое отражение в законодательстве лишь с развитием состязательного процесса (и то с большой долей условности), что связано в первую очередь с тем, что власть судебная не была отделена от власти исполнительной, а в условиях авторитарных режимов власть исполнительная не могла себе позволить свое самоограничение основами диспозитивности.

В силу развития римского частного права и, как следствие, процесса основополагающие начала диспозитивности были заложены именно в Древнем Риме.

Зачатки положения *ne eat iudex ultra petita partium* обнаруживаются в римском процессе в период перехода от легисакционного (т.е. основанного на обрядах) к формулярному процессу (примерно 120 г. до н.э. с принятием законов Эбуция и Юлия).

Суть формулярного процесса заключалась в том, что истец получал от претора формулу, соответствующую обстоятельствам дела, и судья, принимая решение, всегда был связан рамками этой формулы. Если при составлении формулы (описание дела) была допущена ошибка, то суд все равно не мог отойти от текста формулы. Так, если истец предъявил иск в меньшей части от полагающегося ему, то взыскать оставшееся он мог только в новом процессе по новой формуле. Если же истец преувеличивал требования, то это являлось основанием к окончательному и в полной мере освобождению ответчика, так как истец не подтвердил сумму долга, указанную в просительной части (интенции) формулы. Инициировать иск повторно было невозможно³.

Таким образом, с появлением формулярного процесса закрепилось правило, согласно которому просительная часть формулы должна была точно совпадать с резолютивной частью решения судьи. Какие-либо ошибки в формулировании просительной части влекли неблагоприятные последствия для истца в виде отказа в иске или необходимости обращаться с новой формулой. Суд не мог выйти за пределы предъявленной формулы.

Определенным исключением из этого правила являлся институт *infamia*. Суть данного института заключалась в том, что лицо, злоупотребляющее своими правами, при определенных обстоятельствах подвергалось бесчестью. Так, лицо, подвергшееся *infamia*, не допускалось к осуществлению общественных или государственных функций (представительство в судах, право быть опекуном, выступать в определенном роде войск).

Infamia как поражение в правах в результате рецепции римского права нашло свое отражение почти во всех правовых системах во времена Средневековья, однако уже не как гражданско-правовая мера ответственности, а как уголовное наказание (в России – шельмование, клеймение). Впрочем, в период авторитаризма гражданский процесс не имел ярко выраженных отличий от уголовного и законодательно отделен не был.

Анализируя изложенное выше, представляется, что *infamia* следует расценивать не как действие суда, удовлетворяющее не заявленные истцом требования, а как меру ответственности лица, злоупотребляющего своими правами или нарушающего права иных лиц с учетом специфики рассматриваемого конкретного исторического периода.

В результате рецепции римского права положение *ne eat iudex ultra petita partium* было

воспроизведено в правовых системах стран континентальной Европы.

Примечательной в этом отношении является пьеса У. Шекспира «Венецианский купец»⁴ (1596), основной драматический поворот которой связан с невозможностью суда выходить за пределы заявленных требований: истец Шейлок предъявляет к взысканию вексель. Суть взыскания – фунт мяса ответчика Антонио; доктор права Бальтазар (переодетая Порция) разъясняет, что суд не может выйти за пределы заявленных требований и при удовлетворении иска решение должно быть исполнено таким образом, чтобы не было пролито ни капли крови:

Твой вексель не дает ни капли крови;
Слова точны и ясны в нем: фунт мяса.
Бери ж свой долг, бери же свой фунт мяса;
Но вырезая, если ты прольешь
Одну хоть каплю христианской крови,
Твое добро и земли по закону
К республике отходят⁵.

Суд (Дож Венеции) соглашается с такой правовой позицией, и в итоге под угрозой более строгого уголовного наказания за убийство истец отказывается от иска и несет ответственность за покушение на жизнь ответчика.

Суть приведенного отрывка сводится к тому, что требование должно точно вытекать из материальных правоотношений, решение суда должно быть вынесено точно в пределах обозначенных требований, а исполнение решения суда должно точно соответствовать его резолютивной части.

Как видим, запрет на удовлетворение незаъявленных требований был отражен и в художественной литературе эпохи Возрождения.

Остановимся подробнее на исследовании развития положения *ne eat iudex ultra petita partium* в гражданском процессе России.

Традиционно этапы развития гражданского процессуального права России определяются следующим образом: I этап – до принятия Устава гражданского судопроизводства 1864 г.; II – с 1864 по 1917 г., т.е. до декретов о суде 1917 г.; III – с 1917 по 1964 г. (принятие ГПК РСФСР 1964 г.); IV – с 1964 по 2002 г. (ГПК РФ) и V этап, основанный на применении ГПК РФ 2002 г.

В основу деления на этапы положено принятие систематизированных правовых актов, регулирующих гражданское судопроизводство. Первый этап развития процессуального права, как указано выше, отражал лишь применение судами сложившихся обычаев, основанных на здравом смысле, а «...основной целью деятельности органов государственной власти яв-

лялась не сама судебная деятельность, а лишь участие в этой деятельности с целью получения кормления, т.е. определенных экономических выгод»⁶. Однако уже Соборное уложение 1649 г. содержало следующую норму: «Да и судиям после суда своим вымыслом в судном деле никому по дружбе, или по недружбе сверх того, что в суде истец и ответчик говорили, ничего не прибавлявати, ни убавлявати, и у истца, и у ответчика письменных ссылок и никаких писем после суда не приимати, оприч того, что в суде подано, и что в суде же в письменных и в словесных ссылках какая крепости будут объявляень» (ст. 22 гл. X)⁷.

Цитируемая норма устанавливает сразу две аксиомы: во-первых, запрещает суду выходить за пределы заявленных требований; во-вторых, предусматривает непосредственное исследование доказательств. Данное установление следует считать не только усмотрением здравого смысла законодателя в состязательном процессе, но и результатом рецепции римского права.

В рассматриваемый период розыскной процесс не был четко отделен от состязательного, и судьи по своему усмотрению, часто ни на чем не основанному, применяли ту или иную форму судопроизводства. Такая специфика дала основание Е. А. Нефедьеву при анализе свода законов Российской империи 1857 г. прийти к выводу, что «суды смотрели на тяжбу и на каждый иск как на спорный юридический вопрос, который непременно должно разрешить в самом полном и всеобъемлющем его значении. Вследствие этого суд не ограничивался рассмотрением того, правильны или неправильны притязания той или другой стороны, а старался исследовать, насколько вообще принадлежит право той или другой стороне и не имеет ли она права требовать еще чего-либо»⁸. С точки зрения А. Ф. Воронова, с которой мы полностью согласны, такой вывод не совсем оправдан и не может строиться исключительно на анализе нормы, позволяющей суду осуществлять ревизию решений для оценки его не только законности, но и справедливости⁹.

Более подробно положение, запрещающее суду выходить за пределы заявленных требований, было представлено в российском праве в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. – первом систематизированном нормативно-правовом акте, содержащем нормы гражданского процесса. В соответствии со ст. 706 Устава: «Суд не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о коих не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися, ни возбуждать

вопроса о давности, если тяжущиеся на нее не ссылались»¹⁰.

Аналогичное положение содержит ст. 131 Устава применительно к полномочиям мировых судей: «Мировой судья не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о коих не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимися»¹¹.

Комментируя указанные нормы, редактор одного из изданий Свода законов Российской империи И. Д. Мордухай-Болтовский (в 1912 г. юрисконсульт Министерства юстиции и преподаватель гражданского судопроизводства в Императорском училище правоведения) писал: «По началам состязательного процесса суд не имеет права возбуждать от себя таких по делу вопросов, которые не были представлены тяжущимися, и должен ограничиться разрешением лишь того, о чем происходил спор. На этом основании суд не может и присуждать одному из тяжущихся того, чего он не домогался, или же более того, чего он сам требовал»¹².

Из представленного комментария усматривается, что на начало XX в. положение *ne eat iudex ultra petita partium* рассматривалось российской юридической наукой как содержание принципа состязательности сторон гражданского процесса. Следует признать, что в данный период не все российские ученые-процессуалисты разделяли между собой принципы состязательности и диспозитивности. Диспозитивность рассматривалась как часть состязательности¹³.

Е. В. Васьковский, рассматривая запрет на выход суда за пределы заявленных требований в отдельном параграфе под названием «диспозитивность» (параграф «состязательность» также имеется в цитируемом далее труде), анализировал возможность взыскания судебных расходов в отсутствие соответствующего требования: «По римскому праву суд не только имел право, но и был обязан присуждать победившей стороне издержки производства... Германский (§ 308) и Венгерский (§ 394) уставы постановляют, что суд должен и без просьбы сторон распределить судебные издержки, но не может присуждать процентов, плодов и прочих побочных требований. Австрийский устав содержит такое же правило (ст. 405), добавляя, что для присуждения судебных издержек сторона обязана своевременно представить их расчет.

Наш устав предписывает судам присуждать судебные издержки только «по требованию сторон» (ст. 138, 868). Поэтому нарушение судом этого правила составляет повод к отме-

не решения (1901 № 69). Но нельзя считать нарушениями те случаи, когда суд, разрешая дело, укажет только, на ком из тяжущихся лежит обязанность возмещения судебных издержек, но не определит их суммы (76 № 243; 75 № 432)»¹⁴.

Уже в 1912 г. в рамках организации на территории Российской империи мировой юстиции¹⁵ Законом «О преобразовании местного суда» Устав гражданского судопроизводства был дополнен ст. 706¹ следующего содержания: «706¹. Если в иске о доходах и убытках суд признает за истцом право на вознаграждение, но найдет, что установление размера такового, по существу требования, по свойству требования, не может быть подчинено общему правилу о подтверждении иска доказательствами, то может назначить вознаграждение по своему справедливому усмотрению, основанному на соображении всех обстоятельств дела»¹⁶.

Цитируемое установление правовой нормы впервые в истории развития российского процессуального права устанавливает возможность суда выходить за пределы заявленных требований. Отметим ряд ограничений такого процессуального действия суда. Во-первых, суд мог выходить за пределы заявленных требований только в рамках рассмотрения определенной категории дел о взыскании денежных сумм. Именно так, на наш взгляд, следует понимать термин «в иске о доходах и убытках». Во-вторых, выход за пределы заявленных требований в рассматриваемых случаях это – право суда, а не его обязанность. В-третьих, основание выхода за пределы заявленных требований это – усмотрение суда о том, что заявленное требование не подчиняется общим правилам о доказывании. На наш взгляд, последнее основание имеет место быть, когда при доказанности оснований иска истцом неправильно сформулирован его предмет, так как с точки зрения теории доказательств любое требование в рамках существующих способов защиты нарушенного права может быть подтверждено или опровергнуто соответствующими доказательствами.

Коренной перелом во всей российской государственности был обозначен Октябрьской революцией 1917 г. Изменение претерпели все институты права. Суть нового строя заключалась в предопределении юридического статуса людей, а именно в делении их по классам. Принадлежность к тому или иному классу определяла субъектный статус лица и, как следствие, объем его правоспособности.

А. Ф. Воронов отмечает: «Если государство стало пролетарским, крестьянским, то оно должно было обеспечивать реальную защиту

этих классов, в том числе и в области правосудия. Именно в интересах этих классов (по крайней мере так, как это себе представляли люди, находившиеся у власти) и развивалось законодательство, учитывая имущественное положение, безграмотность или малограмотность большей части населения государства, что сводило во многом к минимуму реальную защиту субъективных прав в условиях господства состязательности и диспозитивности в чистом виде»¹⁷. Государство определило, что если защищаемый субъект права может оказаться слабее своего возможного оппонента, в том числе в суде, то оно (государство) поможет более слабому, вмешиваясь при этом в сферу частных интересов тяжущихся¹⁸. Средствами такой помощи явились правовые установления декретов «О суде», известные под номерами один¹⁹ (1917), два²⁰ и три²¹ (1918). Декретами хотя и было установлено, что применению подлежит Устав гражданского судопроизводства 1864 г. (ст. 8 Декрета № 2), однако с определенными изъятиями. Так, дела должны были разрешаться в соответствии с революционной совестью и революционным правосознанием (п. 5 Декрета № 1), решение могло приниматься не на основании формального закона, а на основании соображений справедливости (ст. 36 Декрета № 2).

Дореволюционное процессуальное законодательство применялось вплоть до 30 ноября 1918 г., когда положением ВЦИК «О народном суде РСФСР»²², в примечании к ст. 22 был установлен прямой запрет на ссылку в решениях и приговорах судов на «законы свергнутых правительств». Статья 53 предусматривала возможность возбуждения гражданского судопроизводства по инициативе суда. Очевидно, что положения *ne eat iudex ultra petita partium* (запрет на выход суда за пределы заявленных требований) и *nemo iudex sine actore* (нет судьи без истца) имеют одно основание – это свобода распоряжения своими процессуальными правами, которое, как мы видим, существенно деформировалось с переменой государственного строя России. Деформировалась и сама теоретическая основа принципа диспозитивности. Суд стал равноправным участником гражданского процесса с процессуальными правами истца, призванный не разрешать дело по существу в пределах заявленного иска, а «... присуждать ему (истцу) все то, что ему по окончании выяснения дела будет по праву причитаться, хотя бы сам истец не умел или не решался в точности заявить или правильно формулировать все свои притязания»²³. В цитируемом отрывке из объяснительной записки к проекту ГПК РСФСР 1923 г. указанное

правомочие суда было охарактеризовано как следующее из принципа «свободы суда», который, в свою очередь, «неизбежно вытекает из принципа свободы тяжущихся».

Гражданский процессуальный кодекс РСФСР вступил в силу 1 сентября 1923 г. Статья 2 устанавливала, что дело возбуждается в суде по заявлению заинтересованных лиц²⁴. В 1937 г. указанная норма была дополнена положением, что по делам о взыскании алиментов инициатором судебного разбирательства может быть суд²⁵. Статья 5 определяла суду оказывать «...трудящимся активное содействие к ограждению их прав и законных интересов, дабы юридическая неосведомленность, малограмотность и подобные тому обстоятельства не могли быть использованы им во вред». В главе VIII «Вынесение решения» ст. 179 устанавливала, что «если размер исковых требований не основан на ранее состоявшемся соглашении сторон или не определен законным порядком (вексель, договор, тарифы и т.п.), то суд, вынося решение по делу, в зависимости от выяснившихся на суде обстоятельств, может выйти за пределы заявленных истцом требований». Здесь впервые законодатель употребляет словосочетание «выход за пределы заявленных требований», относя его, по нашему мнению, исключительно к денежным требованиям, о чем свидетельствует необходимость количественного соотношения заявленного размера требований с выясненными на суде обстоятельствами, что соответствует основной направленности защиты прав и сложившемуся с 1912 г. правовому регулированию.

Следующим кодифицированным нормативным правовым актом явился принятый 11 июня 1964 г. Верховным Советом РСФСР во исполнение Основ гражданского судопроизводства СССР и союзных республик²⁶ от 1961 г. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР²⁷. Принятый ГПК РСФСР не предусматривал права суда возбуждать гражданское судопроизводство по собственной инициативе, однако содержал норму, выделенную в самостоятельную ст. 195 под названием «Право суда выйти за пределы исковых требований» и устанавливавшую, что «в зависимости от выяснившихся обстоятельств дела суд может выйти за пределы заявленных истцом требований, если это необходимо для защиты прав и охраняемых законом интересов государственных учреждений, предприятий, колхозов и иных кооперативных и общественных организаций или граждан». В Основах гражданского судопроизводства данная норма в отдельную статью выделена не была. Так, в соответствии с

ч. 3 ст. 37 Основ «...суд, вынося решение, может в зависимости от выяснившихся обстоятельств дела выйти за пределы размера заявленных истцом требований, если это необходимо для защиты прав и охраняемых законом интересов государственных предприятий, учреждений, организаций, колхозов, иных кооперативных организаций, их объединений, других общественных организаций или граждан».

Как мы видим, республиканский законодатель в отличие от союзного не ограничивается исключительно денежными требованиями при разрешении вопросов о возможности выхода суда за их пределы, не включая в диспозицию нормы слово «размер». Кроме того, указывая лиц, в интересах которых суд может выходить за пределы заявленных требований, нормы права не устанавливали их процессуального статуса. При буквальном толковании суд мог выходить за пределы заявленных истцом требований и в интересах лиц, не участвовавших в процессе.

Интересна норма ст. 39 ГПК РСФСР, согласно которой «по делам о восстановлении на работе незаконно уволенных или переведенных работников суд может по своей инициативе привлечь к участию в деле в качестве третьего лица на сторону ответчика должностное лицо, по распоряжению которого было произведено увольнение или перевод. Суд, установив, что увольнение или перевод были произведены с явным нарушением закона, в том же процессе должен возложить на виновное должностное лицо обязанность возместить государственному предприятию, учреждению, организации, колхозу, иной кооперативной организации, их объединению, другой общественной организации ущерб, причиненный в связи с оплатой за время вынужденного прогула или за время выполнения нижеоплачиваемой работы. Размер присуждаемых в этих случаях с должностных лиц сумм определяется законодательством о труде»²⁸. В рассматриваемом случае суд выходит за пределы заявленных требований в интересах ответчика против интересов третьего лица, что не свойственно процессуальному статусу этих лиц и вряд ли может быть обосновано с точки зрения теории гражданского процесса.

М. А. Гурвич, давая оценку развитию диспозитивности, в 1976 г. писал: «Непременным признаком диспозитивности в буржуазном процессе признается правило, воспрещающее суду выходить за пределы требований сторон. Это правило, общее для всех западноевропейских несоциалистических стран, а также стран commonlaw (Англия, США), не находит

признания в социалистических странах (ГПК РСФСР, ст. 195).

Приведенная характеристика, как кривое зеркало, отражает подлинную правовую действительность в Советском Союзе. Несомненно, принцип гражданского процесса, который в теории советского гражданского процесса именуется диспозитивностью, отличается от одноименного начала буржуазного процесса. Отличие заключается ... в том, что, сохраняя в процессе значение главного жизненного двигателя, ... личный интерес сочетается с широким интересом всего социалистического коллектива. Успешная деятельность этого коллектива предполагает реальное использование каждым индивидуумом предоставленных ему возможностей, обуславливающих творческую и иную деятельность людей, а также, разумеется, удовлетворение их жизненных, бытовых и культурных потребностей»²⁹.

Из цитируемого отрывка усматривается разделение автором содержания принципа диспозитивности в зависимости от политического строя государства, что обусловлено конкретными историческими условиями, в которых работал М. А. Гурвич.

Автор приводит обоснование своей позиции, анализируя активность суда, не рассматривая при этом ее в качестве самостоятельного принципа гражданского процесса: «В основе этих действий (активность в процессе) лежит общая, глубоко социалистическая идея – содействие правосудию из «разных углов», но в одном направлении. При таком воззрении на указанное содействие оно раскрывается как важнейшая и общая черта, характерная для социалистического судопроизводства, составляющая единый принцип государственного и общественного содействия»³⁰.

Анализируя взгляды, изложенные в «буржуазной» литературе того периода, М. А. Гурвич приводит позицию профессора Мауро Каппеллетти: «...исходя из того, что в социалистических странах отменена частная собственность, проф. Мауро Каппеллетти связывает с этим различие между коллективными и индивидуальными интересами. По его мнению, гражданский процесс в социалистических странах отражает такое положение, при котором право требования принадлежит индивидуальному лицу не как таковому, а как члену социалистической группы»³¹.

Различия теоретического обоснования активности суда, в том числе при выходе за пределы заявленных требований, заключаются в том, что советские ученые рассматривали такую активность, как воплощение социалистической справедливости и законности, существ-

вующей наряду с диспозитивностью, тогда как западные процессуалисты отрицали наличие диспозитивности в советском гражданском процессе. Так, М. А. Гурвич соглашаясь с тем, что институт выхода суда за пределы заявленных требований возможен только в социалистическом праве, отмечает, что западное видение принципа «чистой буржуазной диспозитивности» приводит к неправильному в целом пониманию социалистического гражданского судопроизводства»³².

В развитие ст. 195 ГПК РСФСР, позволяющей суду выходить за пределы заявленных требований, Пленум Верховного Суда СССР в п. 9 постановления от 9 июля 1982 г. «О судебном решении» указал, что «в то же время суд не вправе по своей инициативе, без согласия истца, изменить предмет иска, за исключением случаев, когда это предусмотрено законом»³³.

До принятия указанного постановления Пленума процессуальные нормы никак не ограничивали суд в выходе за пределы заявленных требований, в том числе и в изменении предмета иска, даже если законом это не предусмотрено. Рассматриваемое постановление приводит примеры норм права, на основании которых суд может изменять предмет требований. Так, в соответствии с ч. 6 ст. 14 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. суд по собственной инициативе мог применять конфискационные последствия недействительности сделки при злонамеренности контрагента. На основании ст. 14 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 г. суд мог применять любые необходимые меры к защите интересов несовершеннолетних детей и нетрудоспособного супруга при вынесении решения о разводе, а на основании ст. 19 мог передавать ребенка на попечение органов опеки и попечительства при лишении родительских прав родителей или одного из них»³⁴. Руководствуясь ст. 121 ГК РСФСР 1964 г., суд в решении определял денежную компенсацию при невозможности реального раздела общедолевой собственности»³⁵. Указанные процессуальные действия возможны и на основании действующих в настоящее время норм права.

Перестройка и переход к иному государственному режиму потребовали коренного изменения законодательства. Основными векторами изменений стали либерализация и демократизация правовых институтов с повышением автономии воли человека и снижение уровня государственного регулирования общественных отношений.

Федеральным законом от 30 ноября 1995 г.³⁶ в ГПК РСФСР были внесены существенные изменения. Статья 195 ГПК изложена в новой редакции: «Суд разрешает дело в пределах заявленных истцом требований. Однако суд может выйти за пределы заявленных истцом требований, если признает это необходимым для защиты прав и охраняемых законом интересов истца, а также в других случаях, предусмотренных законом».

Законодатель, таким образом, устанавливает два случая, когда суд может осуществить соответствующее процессуальное действие: во-первых, когда суд признает это необходимым для защиты прав и охраняемых законом интересов лица; во-вторых, когда это прямо предусмотрено законом. При этом в первом случае суд на основании своего усмотрения реализует принцип целесообразности, во втором – законности. Такой подход более соответствовал сложившимся реалиям, поскольку отпала необходимость делать акцент на правовой защите государственных предприятий, учреждений, колхозов, иных кооперативных организаций, обобщенно указав их процессуальный статус. Суд более не мог выходить за пределы заявленных требований в чьих-либо интересах, кроме как в интересах истца, за исключением случаев, предусмотренных законом (интересы ребенка, например).

14 ноября 2002 г. был принят Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. Глава 16 указанного кодифицированного акта «Решение суда» содержит норму ч. 3 ст. 196 следующего содержания: «Суд принимает решение по заявленным истцом требованиям. Однако суд может выйти за пределы заявленных требований в случаях, предусмотренных федеральным законом». Отметим, что (в отличие от соответствующей нормы ГПК РСФСР) суд может выходить за пределы заявленных требований только при прямом указании на то нормы права. Законодатель исключил возможность выхода суда за пределы заявленных требований по соображениям необходимости защиты прав и интересов истца, т.е. принцип целесообразности был полностью поглощен принципом законности. Такой подход, на наш взгляд, более способствует формированию правового социального государства, так как целесообразность и мера справедливости должны определяться не конкретным судьей по конкретному гражданскому делу, а всей системой права с включением соответствующих правовых средств в конкретные нормы как материального, так и процессуального права.

Заметим также, что в связи с федеративным устройством России, законодатель установил для суда возможность выходить за пределы заявленных требований только на основании федеральных законов. Возможность соответствующего процессуального действия суда на основании законов субъектов федерации или на основании иных нормативных правовых актов федерального уровня исключена.

Целью проводимого исследования не является подробный анализ действия положения *ne eat iudex ultra petita partium* в зарубежных странах, однако отметим некоторые характерные черты.

Как указывалось выше, суду запрещено выходить за пределы заявленных истцом требований в большинстве стран и англосаксонской, и континентальной правовых систем. Исключение составляют так называемые «страны бывшего социалистического лагеря», что объясняется поставленной социалистической задачей, которую можно сформулировать так: «Государство, в лице суда во имя социалистического правосудия должно помочь своему гражданину защитить свои частные права, если последний по каким бы то ни было причинам не в состоянии этого сделать сам». Между тем в законодательстве стран постсоветского пространства по-разному отражены полномочия суда по реализации рассматриваемого процессуального действия. Так, в соответствии со ст. 298 ГПК Республики Беларусь «...суд может в зависимости от выяснившихся обстоятельств дела выйти за пределы размера заявленных требований, если это необходимо для правильного разрешения дела»³⁷. В этой части процессуальным законодательством Белоруссии воспроизведены положения Основ гражданского судопроизводства СССР и союзных республик от 1961 г., и суду дано право выходить за пределы заявленных требований, руководствуясь исключительно своим усмотрением, хотя сама статья называется «Обязанность суда не выходить за пределы заявленных требований».

Интересное положение содержится в ГПК Венгерской народной республики (действует с 1952 г.). Статья 3 параграфа 146 предусматривает, что «суд должен предупредить истца или попросить у него объяснения в том случае, если его исковое заявление, по мнению суда, не исчерпывает того, на что он имеет право»³⁸. Запрет на выход суда за пределы заявленных требований в этой стране объясняется устоявшимися традициями венгерского процессуального права³⁹.

Частью 2 ст. 49 ГПК Республики Казахстан установлено, что «суд не вправе по своей инициативе изменить предмет или основание иска» и (в соответствии с ч. 2 ст. 219 ГПК РК) обязан «разрешить дело в пределах заявленных истцом требований»⁴⁰. ГПК Эстонии, Грузии и Латвии также воплощают принцип *ne eat iudex ultra petita partium* без каких-либо исключений.

Германское гражданское уложение в ст. 308 запрещает суду выходить за пределы заявленных требований и предусматривает, что суд не может присуждать стороне то, чего она не просила, даже тогда, когда сверх основного требования сторона имеет право на присуждение процентов от денежного взыскания или на получение плодов⁴¹.

В соответствии со ст. 5 Гражданского процессуального кодекса Франции 1975 г. суд выносит решение только по заявленным требованиям и только в отношении того, кто заявлял требования⁴². Запрет на выход суда за пределы заявленных требований предусмотрен и в праве США⁴³.

Определенной спецификой обладает процессуальное право Англии. Во-первых, сам принцип диспозитивности не нашел широкого научного обоснования среди процессуалистов Англии и, как следствие, ни сам принцип, ни его отдельные положения не отражены в процессуальных нормативных правовых актах Англии, что, однако, не означает игнорирования этого принципа. Во-вторых, самих процессуальных нормативных правовых актов в Англии достаточно много, они касаются отдельных категорий дел, отдельных доказательств, разбирательства дел в конкретных судах и т.д. Системного кодифицированного акта, где нашлось бы место для отражения принципов судопроизводства, нет. В-третьих, исторически обусловлено широкое судебное усмотрение, которое было декларировано правом справедливости до его формального соединения с системой общего права Англии. В силу обозначенного выше суды в Англии не ограничены заявленными требованиями сторон. «Власть суда не может быть ограничена. Поэтому если он сочтет, что заявитель имеет право на иные меры защиты, которые не были определены в исковом заявлении, или на большую сумму, чем та, которая указана истцом, он может вынести в отношении них положительное решение»⁴⁴. Такие традиции не характерны для континентального права.

Анализируя изложенное, приходим к выводу, что право суда выходить за пределы заявленных требований чуждо сложившимся в римском и германском процессе проявля-

ниям принципа диспозитивности, так же как сама диспозитивность чужда авторитарным режимам. Автономия воли, свобода распорядительных действий не могут восприниматься государствами, нацеленными на тотальный контроль человека в обществе. Под прикрытием благих идей, таких как помощь безграмотным, государство из принципа свободы тяжущихся обосновывало «неизбежно вытекающую отсюда свободу суда»⁴⁵. Такое понимание противоречит существу гражданских процессуальных правоотношений, суть которых – реализация регулятивных материальных правоотношений в охранительных отношениях процессуального характера. Суд призван помочь сторонам гражданского процесса реализовать те права и исполнить те обязанности, которые стороны могли осуществить и без помощи суда. Свобода предполагает отсутствие каких-либо стеснений и ограничений⁴⁶. Соответственно суд не может быть свободен в процессуальных правоотношениях, равно как не может быть участником их материальной сути.

Наличие же в действующем ГПК РФ нормы, позволяющей суду выходить за пределы заявленных требований, объясняется, с одной стороны, пережитками социалистического прошлого нашей страны (которые, как мы видим, разные страны преодолели в разной мере), с другой – социальной направленностью правоприменительной деятельности, призванной упростить процессуальные механизмы присуждения и признания.

В процессе эволюции процессуального законодательства представляется справедливым, что норма о возможности выхода суда за пределы заявленных требований более не составляет содержания отдельной статьи процессуального нормативного акта и структурно составляет ч. 3 ст. 196 ГПК РФ. Однако с точки зрения юридической техники, к основным правилам которой относятся ясность, четкость и системность изложения информации, правило о возможности выхода суда за пределы заявленных требований не должно быть отражено в специальной управомочивающей норме (по отношению к общей норме, предусматривающей, что суд принимает решение по заявленным истцом требованиям). На наш взгляд, положение *ne eat iudex ultra petita partium* подлежит закреплению в неизменном виде, т.е. как запрещающая норма (с возможными изъятиями) и должна быть сформулирована следующим образом: «...суд не вправе выходить за пределы заявленных требований кроме случаев, предусмотренных федеральным законом». Такая формулировка отражает эволюцию развития диспозитивности в Российской

Федерации и сочетает общую обязывающую норму и специальную управомочивающую в одну запрещающую норму с альтернативой отсылочного характера.

¹ Воронов А. Ф. Гражданский процесс : эволюция диспозитивности. М., 2007. С. 25.

² Михайлов М. М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1644 года : дис. ... магистра гражданского права. СПб., 1848. С. 17.

³ См.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2004. С. 78.

⁴ Шекспир У. Ромео и Джульетта. Сон в летнюю ночь. Венецианский купец. Король Иоанн. Ричард II : пьесы / пер. с англ. Т. Щепкиной-Куперник. М., 2002. С. 271–402.

⁵ Там же. С. 376.

⁶ Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве. М., 2007. С. 22.

⁷ Цит. по: Кутафин О. Е., Лебедев В. М., Семин Г. Ю. Судебная власть в России : история, документы : в 6 т. / отв. ред. Н. М. Золотухина. М., 2003. Т. 1 : Начала формирования судебной власти. С. 432.

⁸ Нефедьев Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства. 3-е изд. М., 1909. С. 34.

⁹ См.: Воронов А. Ф. Указ. соч. С. 56.

¹⁰ Свод законов Российской империи. СПб., 1912. Кн. 5, т. 16. С. 194.

¹¹ Там же. С. 139.

¹² Свод законов Российской империи / под ред. И. Д. Мордухай-Болтовского. СПб., 1912. URL: <http://civil.consultant.ru/images/civil/books/115/374.gif> (дата обращения: 04.10.2009).

¹³ См., например: Нефедьев Е. А. Указ соч. С. 158–159 ; Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. 5-е изд., испр. и доп. СПб., 1913. С. 151.

¹⁴ Васильковский Е. В. Курс гражданского процесса. М., 1913. Том 1 : Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. С. 367.

¹⁵ См. подробнее: Авдеева О. А. Организационные и функциональные начала мировой юстиции по Закону «О преобразовании местного суда» 1912 г. // Мировой судья. 2006. № 6. С. 2–4.

¹⁶ Свод законов Российской империи. СПб., 1912. Кн. 5. С. 194.

¹⁷ Воронов А. Ф. Указ. соч. С. 67–68.

¹⁸ Определенную аналогию можно провести с системой права справедливости в Английском праве до второй половины XIX в., т.е. до формального соединения с общим правом. В системе права справедливости также декларировалась помощь бедным и слабым и всемерное усмотрение суда.

¹⁹ О суде : декрет СНК РСФСР от 24 ноября 1917 г. // СУ РСФСР. 1917. № 4. Ст. 50.

²⁰ О суде : декрет ВЦИК от 7 марта 1918 г. № 2 // СУ РСФСР. 1918. № 26. Ст. 347.

²¹ О суде : декрет СНК РСФСР от 13 июля 1918 г. № 3 // СУ РСФСР. 1918. № 52. Ст. 589.

²² О народном суде : декрет ВЦИК от 30 ноября 1918 г. // СУ РСФСР. 1918. № 85. Ст. 889.

²³ Цит. по: Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс : учебник. М., 1954. С. 58.

²⁴ О введении в действие Гражданского процессуального кодекса РСФСР (вместе с Гражданским процессуальным кодексом РСФСР) : постановление ВЦИК от 10 июля 1923 г. // СУ РСФСР. 1923. № 46/47. Ст. 478.

²⁵ При анализе ГПК РСФСР 1923 г. не рассматриваются полномочия органов опеки и попечительства, прокуратуры, органов профсоюзов по возбуждению гражданского процесса.

²⁶ Об утверждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик : закон СССР от 8 декабря 1961 г. // Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 526.

²⁷ Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

²⁸ Статья 39 ГПК РСФСР 1964 г. приведена в редакции Указа Президиума ВС РСФСР от 1 августа 1980 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1980. № 32. Ст. 987.

²⁹ Гурвич М. А. Избранные труды. Краснодар, 2006. С. 486–487.

³⁰ Там же. С. 485.

³¹ Там же. С. 486.

³² См.: Там же. С. 490.

³³ О судебном решении : постановление Пленума Верховного Суда СССР от 9 июля 1982 г. № 7 // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1982. № 4.

³⁴ Об утверждении Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (вместе с Основами законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье) : закон СССР от 27 июня 1968 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 27. Ст. 241.

³⁵ Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

³⁶ О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР : федер. закон от 30 ноября 1995 г. № 189-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 49. Ст. 4696.

³⁷ Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11 января 1999 г. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 18/19. Рег. № 2/13.

³⁸ Törvény a polgári perrendtartásról. 1952. évi III. URL: <http://www.kettoskonyveles.hu/polgar.html> (дата обращения: 18.08.2010).

³⁹ Подробнее см.: Клейнман А. Ф. Гражданский процесс европейских стран народной демократии. М., 1960.

⁴⁰ Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. № 411-1 ЗРК // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1999. № 18. Ст. 644.

⁴¹ См.: Zivilprozessordnung (ZPO) от 30 января 1877 г. (в ред. от 21 декабря 2007 г.) // BGBl. IS. 3189.

⁴² Nouveau code de procédure civile : Code de procédure civile; Code de l'organisation judiciaire; Voies d'exécution. 96 edition. Dalloz ; Paris, 2004.

⁴³ См. подробнее: Гражданский процесс зарубежных стран : учеб. пособие / под ред. А. Г. Давтян. М., 2009. С. 246.

⁴⁴ Там же. С. 176.

⁴⁵ Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. С. 58.

⁴⁶ Подробнее о термине «свобода» применительно к суду см.: Папкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 201–202.

Воронежский государственный университет

Прасолов Д. Б., аспирант кафедры гражданского права и процесса

E-mail: thedimitry@mail.ru

Тел.: 8(473)229-52-95

Voronezh State University

Prasolov D. B., Post-graduate Student of the Civil Law and Process Department

E-mail: thedimitry@mail.ru

Tel.: 8(473)229-52-95

М. В. Боева

Воронежский филиал Московского гуманитарно-экономического института

СУДЕБНЫЕ ИЗВЕЩЕНИЯ СТОРОН В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Исследуются исторические и современные аспекты надлежащего извещения сторон в гражданском процессе; даются научно-практические рекомендации по обеспечению явки сторон в суд с учетом особенностей действующего российского законодательства.

К л ю ч е в ы е с л о в а : стороны в гражданском процессе, истец, ответчик, судебные извещения, судебные вызовы, судебная повестка.

COURT NOTIFICATIONS OF PARTIES IN CIVIL PROCEDURE

This article reviews historical and modern aspects of proper notification of parties in civil procedure. The author gives scientific and practical recommendations how to ensure parties attendance in court in accordance with contemporary Russian law.

К e y w o r d s : parties, plaintiff, defendant, notification to trial, summon, notice.

Поступила в редакцию 7 июля 2011 г.

Audiaturet altera pars!

(«Да будет выслушана другая сторона!»)

Проблема неявки сторон в гражданском судопроизводстве существует на протяжении столетий. Одной из ее причин традиционно считается ненадлежащее извещение истца и (или) ответчика о времени и месте судебного разбирательства.

Уже в Законах XII таблиц упоминается о порядке извещения ответчика о судебном разбирательстве. В данном законе была установлена возможность «захвата личности» ответчика, предполагающая впоследствии, по решению претора, переход ответчика в полное распоряжение истца на все время продолжения судебного процесса, определялись особенности вызова в суд отдельных категорий лиц (родителей, патронов и др.). Если ответчик не мог явиться в суд немедленно, он представлял за себя поручителей и обещал явиться к назначенному сроку. При этом поручителем лица, ведущего свое хозяйство, мог стать только тот, кто имел свое хозяйство, а поручителем «бесхозяйственного» лица – тот, кто пожелает¹.

Вышеназванные меры обеспечения явки ответчика в суд, характерные для легисакционного процесса, были обусловлены тем, что взыскание в последующем по решению суда обращалось не на имущество должника, а на его личность.

Формулярный процесс (120 г. до н.э. – конец III в.) делился на две стадии. Производство в стадии *in jure* также предусматривало обеспе-

чение явки в суд ответчика истцом в соответствии с процедурой *in jus vocatio*, сохранение поручительства. «Захват должника» был заменен штрафом. В более поздний период вместо *in jus vocatio* использовалось добровольное обещание (*vadimonium*) явиться в суд в определенный день.

Вызов в суд ответчика приобрел официальный письменный характер только в экстраординарном процессе. Жалоба истца заносилась в протокол судебного заседания и затем официально сообщалась ответчику – *denuntiatio*. Существовала и такая форма способа вызова в суд ответчика, как *Litis denuntiatio* – письменное заявление о начале спора истца ответчику с одновременным указанием оснований для предъявления иска. Для явки ответчика в суд устанавливался любой день по желанию истца, но не ранее чем через четыре месяца после предъявления иска. Это время предоставлялось ответчику для собирания доказательств и предоставления своих возражений².

С введением Юстинианом либеллярного процесса судьей через посыльного (*apparitor*) передавалось ответчику заявление истца с предложением явиться в суд в назначенную дату. Посыльный обязан был получить от ответчика какое-либо обеспечение. В противном случае ответчик мог быть подвергнут аресту³. В Дигестах Юстиниана были установлены также уважительные причины неявки ответчика: болезнь, непогода, беременность и т.п. Если ответчик или истец не являлись в суд,

то производилось заочное разбирательство иска.

Таким образом, римское право положило начало существованию официальной письменной процедуры извещения сторон о времени и месте судебного разбирательства и установило последствия их неявки в суд.

Современное российское законодательство устанавливает порядок извещения сторон о времени и месте судебного разбирательства в главе 10 ГПК РФ.

Основной формой извещения сторон о времени и месте судебного заседания и совершения отдельных процессуальных действий в гражданском процессе является судебная повестка. Данные лица могут быть также извещены заказным письмом с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова и его вручение адресату. Вместе с извещением в форме судебной повестки или заказного письма лицу, участвующему в деле, направляются копии процессуальных документов. Формы повесток, извещений и уведомлений предусмотрены Инструкцией по судебному делопроизводству в районном суде, утвержденной Приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2003 г. № 36⁴.

Извещением должны быть обеспечены вызов адресата и подтверждение факта его вручения. Если дело будет рассмотрено в отсутствие лица, извещенного надлежащим образом, необходимо, чтобы в материалах дела было доказательство направления и вручения извещения. Рассмотрение спора в отсутствие стороны, не извещенной о времени и месте судебного заседания, – основание к отмене решения суда (п. 2 ч. 2 ст. 364 ГПК РФ). В случае неявки сторон в судебное заседание могут наступать последствия, предусмотренные ст. 167 ГПК РФ.

Несмотря на достаточно четкие, законодательно установленные требования к форме и процедуре извещения сторон в гражданском процессе, судебная практика выявляет несовершенства механизма такого извещения, которые являются предметом дискуссий на протяжении многих лет не только ученых, но и практикующих юристов⁵.

Необходимо отметить, что установленный ч. 2 ст. 115 ГПК РФ процессуальный порядок передачи судебного извещения лицом, которому судья поручил его доставить, предусматривающий возвращение в суд корешка судебной повестки или копии иного судебного извещения с распиской адресата в их получении, на практике зачастую влечет недобросовестное

поведение стороны, так как одна из сторон не всегда заинтересована в присутствии другой в судебном заседании. Данный способ не может гарантировать надлежащее извещение сторон процесса. На наш взгляд, для исключения таких злоупотреблений целесообразно использовать опыт ГПК РСФСР 1923 г., который устанавливал, что подпись лица, получающего повестку в данном случае, должна быть удостоверена милицией, администрацией по месту жительства извещаемого, и закрепить соответствующее положение в действующем ГПК РФ.

Наиболее распространенным способом доставки судебной повестки является ее отправление по почте. Данная процедура не только регламентирована процессуальным законодательством, но и основана на нормах Федерального закона «О почтовой связи»⁶, Правил оказания услуг почтовой связи, утвержденных Правительством РФ 15 апреля 2005 г., № 22⁷, приказов федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» по поводу введения и действия особых условий приема, вручения, хранения и возврата почтовых отправлений и введения особых условий приема, вручения, хранения и возврата почтовых отправлений разряда «судебное»⁸. В ведомственных актах зафиксированы сроки хранения судебных заказных отправлений, но данные сроки не всегда соблюдаются, а сама процедура доставки заказной корреспонденции с уведомлением о вручении непосредственно лицу, которому она адресована по месту жительства, давно уже превратилась в фикцию и в конечном итоге сводится к необходимости явки адресата в почтовое отделение для получения судебного извещения, а не явки почтальона к адресату. Как следует из п. 3 приложения к Приказу ФГУП «Почта России» от 31 августа 2005 г. № 343, если лицо в течение установленного срока не получает заказное почтовое отправление, то его возврат в суд производится не с реальной формулировкой «за истечением срока хранения», а с формулировками, во многих случаях не соответствующими действительности: «отказ адресата (совместно проживающих совершеннолетних членов семьи) от получения судебного заказного отправления» или «отсутствие адресата по указанному адресу проживания (пребывания)», что, безусловно, влечет негативные правовые последствия для не явившейся в судебный процесс вследствие такого «извещения» стороны.

По нашему мнению, устранению вышеназванных проблем во многом способствовало бы введение в ГПК РФ статьи, предусматривающей нормы ответственности виновных должностных лиц и исполнителей за невыполнение обязанностей по своевременному

вручению или возврату судебной корреспонденции с указанием действительных причин ее невручения.

Стороны могут быть также извещены телефонограммой, телеграммой по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или его вручение адресату. Вместе с тем, зачастую результаты уведомления с использованием технических средств фиксируются таким образом, что суд не может сделать однозначный вывод о должном извещении⁹.

В целях совершенствования института судебных извещений правоведами предлагаются различные меры. Так, В. И. Решетняк, опираясь на опыт дореволюционного судопроизводства, считает необходимым использовать возможность вызова ответчика в суд посредством соответствующего сообщения в прессе. В публикации должно содержаться подробное указание, в какой суд, в какой срок, кто, по чьему и какому иску вызывается к ответу¹⁰.

Согласимся с мнением И. В. Уткиной, считающей, что такой способ извещения не является перспективным, так как у граждан будет отсутствовать интерес к подобным публикациям, кроме того, затруднительно будет решать вопрос о финансировании печатных изданий, содержащих такие объявления¹¹.

Наиболее целесообразным представляется мнение авторов, предлагающих введение института рассыльных (курьерской службы) при суде¹². Необходимо также четко установить меры ответственности за ненадлежащее исполнение ими своих обязанностей. Такая процедура использовалась успешно в дореволюционной России, когда извещения и вызовы в суд вручались специальными должностными лицами – судебными приставами и рассыльными, а по почте документы посылались только при отсутствии в данной местности этих лиц (ст. 278 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.)¹³.

Определенный интерес вызывает также инициатива Высшего Арбитражного Суда РФ по введению обязанности «самоизвещения» стороны: когда лицо, подающее исковое заявление или жалобу, должно самостоятельно контролировать движение дела, равно как и противная сторона после получения определения о принятии иска или жалобы другой

стороны. На наш взгляд, данное положение может найти применение и в гражданском процессе, но при условии сохранения в отдельных, установленных законом случаях судебных извещений.

¹ См.: Памятники римского права : Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 5.

² См.: Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. М., 1997. С. 24.

³ См.: Покровский И. А. История римского права. СПб., 1999. С. 222.

⁴ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2010.

⁵ См., например: Александров В. А., Величко М. Г. Потенциал правового регулирования судебных извещений // Законодательство. 2007. № 5. С. 20–25 ; Алиэксеров М. А. Последствия неявки сторон и третьих лиц в судебное заседание // Российский судья. 2006. № 4. С. 19–21 ; Диордиева О. Н. Рассмотрение гражданского дела в отсутствие ответчика // Там же. 2005. № 8. С. 13–16, и др.

⁶ О почтовой связи : федер. закон от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ (с изм. от 28.06.2009 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 29. Ст. 3697.

⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 17. Ст. 1556.

⁸ Приказ Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» от 30 июля 2004 г. № 305 «О введении в действие Временного порядка приема и вручения внутренних регистрируемых почтовых отправлений». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2010 ; Приказ Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» от 31 августа 2005 г. № 343 «О введении особых условий приема, вручения, хранения и возврата почтовых отправлений разряда «судебное» // Там же.

⁹ См.: Черных И. И. Заочное производство в гражданском процессе. М., 2000. С. 41.

¹⁰ См.: Решетняк В. И. Постановления суда первой инстанции по гражданским делам : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 13.

¹¹ См.: Уткина И. В. Заочное решение в гражданском процессе. М., 2003. С. 98.

¹² См., например: Решетняк В. Суд постановляет заочное решение... // Российская юстиция. 1995. № 2. С. 15–16 ; Черных И. И. Указ. соч., и др.

¹³ См.: Змирлов К. П. Устав гражданского судопроизводства. СПб., 1913. С. 313.

Воронежский филиал Московского гуманитарно-экономического института

Боева М. В., кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин

E-mail: bmv11101976@yandex.ru

Тел.: 8-908-143-57-60

Voronezh branch of Moscow Humanitarian-Economic Institute

Boyeva M. V., Candidate of Law Science, Associate Professor, Head of the Civil Disciplines Department

E-mail: bmv11101976@yandex.ru

Tel.: 8-908-143-57-60

И. Г. Фильченко

Воронежский государственный университет

АПЕЛЛЯЦИЯ В РИМСКОМ И СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Статья посвящена сравнительной характеристике института апелляции в римском праве и современном российском гражданском процессе. Совпадение основных правил обжалования судебных актов в римском и современном гражданском процессе свидетельствует о влиянии римского частного права на формирование не только современного материального, но и процессуального законодательства.

К л ю ч е в ы е с л о в а : римское право, гражданский процесс, судебное решение, апелляция.

APPEAL IN ROMAN LAW AND IN MODERN RUSSIAN CIVIL PROCEDURE

This work is dedicated to the comparative analyses of appeal in Roman law and in modern Russian civil procedure. Coincidences of general rules of appeal in Roman law and in modern Russian civil procedure indicate the influence of Roman law to modern procedural legislature as well as to material one.

К e y w o r d s : Roman law, civil procedure, court decision, appeal.

Поступила в редакцию 30 июня 2011 г.

Существование механизма проверки принятых судебных актов является необходимым элементом любой системы правосудия. Гарантированность судебной защиты прав и законных интересов возможна лишь при наличии действенных средств, обеспечивающих исправление судебных ошибок, допущенных при рассмотрении и разрешении дела в суде первой инстанции. Зарождение института обжалования судебных решений связано с римским гражданским процессом, а именно с его экстраординарной формой. В период существования данной, наиболее поздней, формы римского гражданского процесса судебные функции стали осуществляться различными государственными чиновниками, которые находились между собой в отношении подчиненности. Так, судебные дела рассматривались префектами городов и преторий, проконсулами (в провинциях), а также самим императором, который являлся конечной судебной инстанцией.

Появление иерархии судебных органов обусловило возникновение возможности обжалования решений низших инстанций в высшие. Жалоба на решения нижестоящего суда называлась апелляцией (от *appellare* – призывать). Данный термин впоследствии

прочно вошел в гражданское процессуальное законодательство европейских государств.

В римском гражданском процессе право на апелляцию принадлежало как сторонам, так и любым заинтересованным лицам, которые могли неоднократно воспользоваться данным правом (в период правления императора Юстиниана не допускалось более двух жалоб). Апелляционная жалоба могла быть подана в течение двух дней, если лицо, подающее жалобу, защищало свой интерес, и в течение трех дней, если защищало чужой интерес. Впоследствии (в период правления императора Юстиниана) был установлен единый десятидневный срок обжалования принятого судебного решения. Следует учитывать, что решение суда могло затрагивать интересы лица, не присутствовавшего при рассмотрении дела. В этом случае срок на апелляционное обжалование исчислялся с момента, когда лицо узнало о принятом решении.

Появление апелляционного обжалования совпало с развитием письменности в римском гражданском процессе. В связи с этим подача апелляционной жалобы могла быть совершенна как в устной, так и в письменной форме¹. Если жалоба подавалась в устной форме, то после объявления решения сторона, желающая апеллировать, должна была заявить об этом судьбе. Письменная форма предполагала

обязательное указание в жалобе того, кто ее подает, на какое решение и против кого направлена жалоба.

Апелляционная жалоба должна была быть обращена в вышестоящий суд (согласно существовавшей иерархии), однако подавалась судье, вынесшим решение. Судья решал вопрос о допустимости и обоснованности апелляции. Отклонение апелляции возможно было, например, в случае очевидного желания ответчика затянуть вступление решения в законную силу. Если апелляция не принималась, судья должен был разъяснить причины отклонения жалобы.

При положительном решении вопроса о допустимости апелляции судья составлял апостол (apostoli), в котором указывал, кто подает апелляцию, на какое решение, по спору между какими сторонами. Затем судья отправлял все относящиеся к делу документы в вышестоящий суд. В более поздний период сторона, подающая жалобу, должна была самостоятельно передать полученные документы в вышестоящий суд.

Суд вышестоящей инстанции рассматривал дело исходя из имеющихся материалов, объяснений сторон и нижестоящего суда. Впоследствии при Юстиниане сторонам предоставлялась возможность представлять дополнительные доказательства, которые исследовались непосредственно в судебном заседании.

Подача апелляции приостанавливала исполнение принятого судебного решения. Причем данные последствия наступали независимо от того, принята она или нет. До вынесения решения вышестоящей инстанцией в рассматриваемом деле ничего не могло измениться.

В римском гражданском процессе существовали некоторые ограничения на подачу апелляции. Так, невозможно было подать апелляцию на решение принцепса, так как он являлся вышестоящей инстанцией по отношению ко всем магистратам. Кроме того, в различные периоды для апеллирования императору необходимо было заплатить апелляционную сумму.

При Юстиниане появился запрет на обжалование частных решений, который до этого применялся лишь в некоторых случаях.

Невозможность подачи апелляции могла быть вызвана отказом самой стороны от апелляции. В частности, такой отказ, заявленный при рассмотрении дела, лишал сторону права на обращение в вышестоящий суд.

Современное гражданское судопроизводство Российской Федерации предусматривает

также возможность обжалования принятых судебных актов в апелляционном порядке. Апелляционное производство в российском гражданском и арбитражном процессах имеет много схожего с апелляцией в римском гражданском процессе, что свидетельствует о влиянии рецепции римского права на гражданское судопроизводство.

И в гражданском, и арбитражном процессе предусмотрено несколько форм обжалования принятых судебных актов: апелляционное производство, кассационное производство, надзорное производство и пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам. Объектом обжалования только в апелляционном производстве выступают не вступившие в законную силу судебные акты. При этом подача апелляционной жалобы приостанавливает вступление в силу оспариваемого решения. Данное обстоятельство указывает на тождественность функций апелляции в римском праве и современном гражданском процессе.

Обжалование судебных актов в гражданском и арбитражном процессах основано, как и в римском праве, на наличии судебных инстанций, т.е. судебных органов, находящихся в определенной иерархии. В частности, проверка судебных актов в апелляционном порядке в арбитражном процессе осуществляется арбитражными апелляционными судами, которые являются вышестоящими судами по отношению к арбитражным судам первой инстанции².

В гражданском процессе существуют также суды второй инстанции, которые рассматривают дела в рамках апелляционного производства. В соответствии с действующим Гражданским процессуальным кодексом РФ апелляционное производство направлено на проверку не вступивших судебных решений мировых судей. Решения районных судов, не вступившие в законную силу, могут быть обжалованы в рамках кассационного производства. Кроме терминологических различий данные виды судопроизводств отличаются правилами, по которым осуществляется проверка судебных актов. В соответствии с Федеральным законом от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»³ с 1 января 2012 г. в результате создания единой апелляционной инстанции будет действовать единый регламент проверочной деятельности судов второй инстанции. Единую апелляционную инстанцию в судах общей юрисдикции теперь также закрепляет Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»⁴.

Таким образом, с 1 января 2012 г. проверка всех судебных решений, принимаемых в рамках гражданского судопроизводства и не вступивших в законную силу, будет осуществляться в апелляционном производстве.

Аналогично римскому праву современный гражданский процесс предоставляет право апелляционного обжалования только заинтересованным лицам, т.е. лицам, участвовавшим в деле. Подача апелляционной жалобы в российском гражданском процессе ограничена временными рамками. Так, в арбитражных судах апелляционная жалоба может быть подана в течение месяца после принятия арбитражным судом первой инстанции обжалуемого решения. В судах общей юрисдикции на данный момент апелляция возможна, как и в римском праве, в течение десяти дней с момента принятия судебного решения. Однако с 1 января 2012 г. данный срок будет равняться одному месяцу⁵.

Апелляционная жалоба в арбитражном и гражданском процессе подается через суд, принявший обжалуемое решение. Суд первой инстанции обязан направить жалобу вместе с материалами дела в вышестоящий суд. Апелляционная жалоба должна соответствовать требованиям, которые предъявляются к ее форме и содержанию. Нарушение данных требований влечет оставление жалобы без движения или ее возвращение. Схожие правила подачи апелляции действовали и в римском гражданском процессе.

Как отмечалось ранее, в римском праве вышестоящий суд осуществлял проверку принятого решения на основании объяснений сторон, суда, а также имеющихся материалов дела. Только при императоре Юстиниане у сторон появилась возможность представлять дополнительные доказательства, которые могли быть учтены судьей. Апелляция в современном гражданском процессе в данном вопросе строится по правилам римского процесса юстиниановского периода. Так, и Арбитражный процессуальный кодекс РФ, и Гражданский процессуальный кодекс РФ предусматривают право сторон представлять в суд апелляцион-

ной инстанции дополнительные доказательства. Однако дополнительные доказательства принимаются судом в арбитражном процессе только в том случае, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными. Аналогичное правило будет действовать в апелляционном производстве в судах общей юрисдикции с 1 января 2012 г. До этого же времени в суд апелляционной инстанции в судах общей юрисдикции можно представлять дополнительные доказательства без каких-либо ограничений.

Подача апелляционной жалобы в российском гражданском (арбитражном) процессе, как и в римском праве, не имеет бесповоротного характера. Лицо, подавшее апелляционную жалобу, имеет право отказаться от нее (в арбитражном процессе – направить отзыв). Последствием такого отказа является прекращение апелляционного производства, если судебное решение не было обжаловано другими лицами.

Краткая сравнительная характеристика апелляции в римском гражданском процессе и современном российском гражданском (арбитражном) процессе демонстрирует схожие черты данных институтов. Это обстоятельство свидетельствует о том, что римское право не только оказало огромное влияние на формирование европейского материального права, но и стало основой для возникновения и развития процессуального законодательства, в том числе российского.

¹ См.: *Дождев Д. В.* Римское частное право : учебник / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2008. С. 257.

² Об арбитражных судах в Российской Федерации : федер. конституц. закон от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 18. Ст. 1589.

³ Рос. газ. 2010. 13 дек.

⁴ Там же. 2011. 11 февр.

⁵ О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ // Рос. газ. 2010. 13 дек.

Воронежский государственный университет

Фильченко И. Г., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и процесса

E-mail: filchen_ko@mail.ru

Тел.: 8 (903) 856-91-37

Voronezh State University

Filchenko I. G., Candidate of Law Science Lecture of the Civil Law and Process Department

E-mail: filchen_ko@mail.ru

Tel.: 8 (903) 856-91-37

**ПЕРЕЧЕНЬ ТЕМАТИЧЕСКИХ СБОРНИКОВ НАУЧНЫХ ТРУДОВ,
ВЫШЕДШИХ В СЕРИИ «ЮРИДИЧЕСКИЕ ЗАПИСКИ» В 1994–2010 гг.**

1. Вып. 1: Проблемы судебной власти / под ред. Л. Д. Кокорева, 1994 г.
2. Вып. 2: Жизнь в науке: к 100-летию со дня рождения М. С. Строговича / под ред. Л. Д. Кокорева, 1995 г.
3. Вып. 3: Проблемы государственной власти / под ред. Л. Д. Кокорева, 1995 г.
4. Вып. 4: Право и рынок / под ред. Е. И. Носыревой, 1996 г.
5. Вып. 5: Право, труд и экономика / под ред. Н. А. Луниной, 1997 г.
6. Вып. 6: Проблемы государства и права: ретроспективный и современный анализ / под ред. В. В. Ячевского, 1997 г.
7. Вып. 7: Расследование преступлений: вопросы теории и практики / под ред. О. Я. Баева, 1998 г.
8. Вып. 8: Российское уголовное законодательство: проблемы теории и практики / под ред. К. А. Панько, 1999 г.
9. Вып. 9: Конституция Российской Федерации: итоги реализации и перспективы развития / под ред. Т. Д. Зражевской, 1999 г.
10. Вып. 10: Криминалистические средства и методы исследования преступлений / под ред. О. Я. Баева, 2000 г.
11. Вып. 11: Гражданское право и гражданский процесс / под ред. Е. И. Носыревой, 2000 г.
12. Вып. 12: Правопонимание и правоприменительная деятельность / под ред. Ю. Н. Старилова, 2000 г.
13. Вып. 13: Процессуальные проблемы осуществления судебной власти, обеспечения законности и правовой защиты / под ред. Ю. Н. Старилова, 2000 г.
14. Вып. 14: Единое правовое пространство России: материальные и процессуальные проблемы обеспечения и защиты / под ред. Ю. Н. Старилова, 2001 г.
15. Вып. 15: Теоретические и исторические проблемы юридической науки / под ред. В. В. Ячевского, 2002 г.
16. Вып. 16: Конституция Российской Федерации 1993 г. и формирование «новых» отраслей и институтов российского права / под ред. Ю. Н. Старилова, 2003 г.
17. Вып. 17: Государственная власть в России: проблемы осуществления и развития / под ред. Ю. Н. Старилова, 2004 г.
18. Вып. 18: Современный этап развития Российского государства: на пути к «сильному» или правовому государству? / под ред. Ю. Н. Старилова, 2005 г.
19. Вып. 19: Современные принципы гражданского права, гражданского процессуального и арбитражного процессуального права / под ред. Е. И. Носыревой, Т. Н. Сафроновой, 2005 г.
20. Вып. 20: Гражданское общество и государство в России: обеспечение демократии и правомерности / под ред. Ю. Н. Старилова, 2006 г.
21. Вып. 21: Государственные гарантии: правовые декларации или реальность / под ред. Ю. Н. Старилова, 2008 г.
22. Вып. 22: Демократия и правовая система России: преимущества, достижения и противоречия / под ред. Ю. Н. Старилова, 2009 г.
23. Вып. 23: Противодействие коррупции в России: общая теория и отраслевое правовое регулирование / под ред. Ю. Н. Старилова, 2010 г.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЗАПИСКИ

2011. № 1 (24)

РИМСКОЕ ПРАВО И СОВРЕМЕННОСТЬ

Редакторы *Н. Н. Масленникова (отв. за выпуск), З. С. Фоменко*

Художественный редактор *Е. В. Жеребцова*

Компьютерная верстка *Л. О. Мещеряковой*

Корректоры *Г. И. Старухина, М. Г. Щигрёва*

Подписано в печать 19.10.2011. Формат 60×84/8
Уч-изд. л. 22,1. Усл.п.л. 20,5. Тираж 500 экз. Заказ 1348

Издательство Воронежского государственного университета
394000 Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8

Отпечатано в типографии Издательско-полиграфического центра
Воронежского государственного университета
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3