Handwritten signature in blue ink, appearing to read "Ширвиндт А.М." with a large flourish above it.

*На правах рукописи*

Ширвиндт Андрей Михайлович

ЗНАЧЕНИЕ ФИКЦИИ В РИМСКОМ ПРАВЕ

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

Автореферат

диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Москва, 2011

Работа выполнена в секторе истории государства, права и политических учений Учреждения Российской академии наук Института государства и права РАН

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор  
Дождев Дмитрий Вадимович

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор  
Кофанов Леонид Львович

кандидат юридических наук  
Сорокина Елена Александровна

Ведущая организация: Российский государственный  
гуманитарный университет

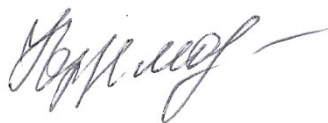
Защита состоится «27» сентября 2011 года в 11-00 часов на заседании Диссертационного совета Д.002.002.07 по защите докторских и кандидатских диссертаций при Учреждении Российской академии наук Институте государства и права РАН по адресу: 119991, Москва, ул. Знаменка, дом 10.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Учреждения Российской академии наук Института государства и права РАН

Автореферат разослан 05 августа 2011 г.

Ученый секретарь  
Диссертационного Совета

Кандидат юридических наук, профессор



Н.Н. Ефремова

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность темы исследования.** Правовая фикция принадлежит к числу самых востребованных инструментов римской юридической техники. Достаточно вспомнить знаменитую фикцию в формуле *adrogatio* (усыновления), с помощью которой усыновляемый объявлялся сыном так, как если бы он родился от усыновителя в законном браке, или фикцию, будто незаконное или невозможное условие сделки, например, завещания, не было написано. Фикции встречаются в законах, императорских конституциях, постановлениях сената, преторском эдикте<sup>1</sup>, сочинениях юристов; они задействованы едва ли не во всех областях античного правопорядка. И хотя специалисты обнаруживают фикции уже в законах Хаммурапи и даже осмеливаются утверждать, что не существует правопорядков, которые обходились бы без этого приема, пожалуй, ни у кого не вызывает сомнений, что именно в римском праве мы сталкиваемся с «сознательной разработкой и систематическим обращением к фикции как техническому инструменту», и что римляне использовали фикции «с таким усердием и таким постоянством, какие не встречаются ни в одном другом правопорядке – историческом или современном»<sup>2</sup>. Если к тому же учесть, что исследования в области юридической методологии составляют одно из основных направлений современной романистики, ориентированной на познание античного права с учетом его конкретно-исторических особенностей, фикция оказывается чрезвычайно привлекательным объектом научных изысканий: раз римскому юридическому методу свойственно обращение к столь причудливому приему, объяснение логики функционирования фикции и выявление причин ее частого использования способны обогатить современные представления о правовой

---

<sup>1</sup> См., например, у Д.В. Дождева: «Фикция (*fictio*) – важнейший инструмент претора по совершенствованию позитивного права (*adiuvare ius civile*)» (Римское частное право. М., 2008. С. 220).

<sup>2</sup> См., например: Pugliatti S. *Finzione* // *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVII. [Milano], 1968. P. 660-662.

методологии древних римлян – народа, которому удалось создать образцовую и, в этом смысле, классическую правовую систему. Сложно переоценить теоретическую значимость исследований такого рода. Обнаружение специфики римской юридической методологии, которым, безусловно, чревато изучение фикции, способно пролить свет на представления античного общества о своем праве и процессе его позитивации, о месте права в системе социальной регуляции, о соотношении правового и фактического в социальной реальности. Кроме того, определив значение фикции в принципе, романист получает ключ к адекватной интерпретации отдельных институтов и текстов, эксплуатирующих этот прием, и тем самым открывает для себя путь к новому знанию, заключенному в хорошо известных источниках.

**Степень разработанности темы.** Предметом настоящей работы является фикция как прием юридической техники, поэтому философские течения, в частности, фикционализм Г. Файхингера, оказавший когда-то большое влияние на юридическую литературу, остаются за рамками нашего внимания – тем более что осмысление юридической фикции на основе одноименной философской категории встретило в свое время убедительную критику<sup>3</sup>. Современные теории юридической фикции восходят в большинстве своем к исследованиям XIX века, которые концентрировались, главным образом, на изучении римского опыта. Изначальное единство историографической традиции не означает, разумеется, что выводы, полученные при анализе современного материала, можно автоматически распространять на Античность, но в то же время позволяет учитывать их при интерпретации данных, полученных из римских источников<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Kelsen H. Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob // Annalen der Philosophie. Bd. I. Leipzig, 1919. S. 631-658.

<sup>4</sup> Если советские авторы, касаясь фикции, обходились краткими замечаниями (С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, В.М. Горшенев, И.Д. Ильинский, В.Б. Исаков, В.А. Ойгензихт), то в последние годы интерес российских юристов к этому приему вылился в целый ряд специальных диссертационных исследований – общетеоретических (Л.А. Душакова,

Литература, посвященная фикации в римском праве, богата (Г.Ф. Дормидонтов, Д.И. Мейер, С.А. Муромцев, И.А. Покровский; П. Беркс, Дж. Броджини, Э. Бунд, Э. Бьянки, Ф. Виакер, Г.Й. Вилинг, М. Гарсия Гарридо, Р. Деккер, Г. Демелиус, Р. Иеринг, В. Кербер, В. Колачино, Д. Медикус, Г.С. Мэн, Ф. Прингсхайм, С. Пульятти, У. Роббе, К. Хакль и др.). Но с одной стороны влиятельных обобщающих исследований не так много, а с другой – при всех бесспорных достижениях романистов, работавших в этом направлении, один из главных вопросов – вопрос о значении фикации – не получил, как представляется, удовлетворительного ответа.

Современная история исследования фикации в (римском) праве открывается специальной монографией Г. Демелиуса 1858 года «Правовая фикация в ее историческом и догматическом значении»<sup>5</sup>, где на основе реконструкции истории фикации в римском праве преодолеваются искаженные антиисторичные представления об этом явлении, которые получили хождение в предшествующей литературе, и формулируется понятие фикации, которое в основных чертах находит поддержку современной науки (например, К. Хакль, К. Ларенц, Й. Эссер).

Предложенная Г. Демелиусом концепция истории фикации, где ключевым признается процесс постепенного заимствования этого приема сначала сакральным правом из религии, а затем и светским правом – из сакрального, нашла подтверждение и развитие в недавнем специальном исследовании Э. Бьянки<sup>6</sup>. Догматические выводы ученого сводятся, по сути дела, к тому, что

---

Е.Ю. Марохин, Н.А. Никиташина, О.А. Курсова) и отраслевых (Е.А. Джазоян, Р.К. Лотфуллин, Е.А. Нахова, К.К. Панько, О.В. Танимов, И.В. Филимонова). Зарубежная литература по этой проблематике если и не безбрежна, то, по крайней мере, чрезвычайно обильна. Среди самых цитируемых – монографии Л.Л. Фуллера и Й. Эссера.

<sup>5</sup> Demelius G. Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Weimar, 1858.

<sup>6</sup> Bianchi E. Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea. Verona, 1997.

фикция – это просто удобный способ кратко сформулировать новое правило по аналогии со старым. Фикция не делает новую норму возможной, она лишь оформляет ее.

Не встретили широкой поддержки в европейской науке возражения Р. Иеринга<sup>7</sup>, который настаивал на более узком понятии фикции, полагая, что оно не обнимает тех случаев, когда речь идет о простой отсылке или о «догматических фикциях», какова, например, «фикция», лежащая в основании понятия юридического лица, и должно использоваться только применительно к «историческим фикциям», компенсирующим отставание понятийного аппарата юриспруденции от насущных потребностей юридической практики. Так, давно подмечено, что едва ли не каждая фикция может быть охарактеризована как «историческая» и как «догматическая» одновременно<sup>8</sup>, что, очевидно, требует переноса предложенной классификации с самих фикций на выполняемые ими задачи.

Й. Эссер<sup>9</sup>, подходя к проблеме с политико-правовых позиций, делит фикции с точки зрения решаемых с их помощью задач на две группы: маркированные положительно, «безвредные» фикции, выполняющие чисто техническую отсылочную функцию, и маркированные отрицательно фикции, используемые для целей «тайного нарушения и саботирования» «внешне», «формально» неприкосновенных правовых норм и принципов, «скрытого изменения и развития права».

---

<sup>7</sup> Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Theil 3. Abt. 1. Leipzig, 1871. S. 280-281, 293-301.

<sup>8</sup> Gény F. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Vol. 3. Paris, 1921. P. 377 (сам Ф. Жени полагает, что внимание на это обстоятельство обратил уже Ф.К. Савиньи).

<sup>9</sup> Esser J. Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Frankfurt am Main, 1969. Хотя его исследование касается не античной, а современной юридической методологии, оно принадлежит традиции, восходящей к сочинению Г. Демелиуса, и представляет большой интерес как одна из самых ярких работ, посвященных догматическому измерению рассматриваемой проблематики.

По мнению Э. Бунда «для фикции характерно, что она содержит суждение, не отражающее действительность. Однако это суждение ни по форме, ни по содержанию не несет утверждения, грешащего против истины». Речь идет, напротив, о применении к одному случаю правил, установленных для другого, об оценке одной ситуации по мерке, обычно прикладываемой к другой, о сообщении одному составу правовых последствий другого. «Посредством этой техники подстановки («Substitution») фикция выполняет задачу отсылки»<sup>10</sup>.

Описанное направление, не видящее принципиальной, содержательной разницы между фикцией и отсылкой, лежит в основе большинства существующих теорий. Известны, однако, отдельные попытки подойти к исследованию этого приема с других концептуальных позиций. Иногда в поисках адекватного античному материалу понятия фикции отталкиваются от технического термина «*fictio*». Его употребление фиксируется рядом юридических источников: G.3.56; 4.32-38; UE.28.12; Paulus D.35.2.1.1; 35.2.18pr.; Paulus (Marcellus) D.41.3.15pr.; Papinianus D.37.7.5pr.; Ulpianus D.44.4.4.26; Paulus D.38.1.39pr.; C.8.50.1.1; I.1.12.5-6. Современные лексикографические исследования отмечают, как правило, особое терминологическое значение глагола «*fingere*» и отглагольного существительного «*fictio*». Сам факт объединения ряда конкретных приемов с помощью единого термина показывает, что уже античной юриспруденцией сделаны, по крайней мере, первые шаги к построению понятия фикции. Известны даже попытки реконструировать римское понятие фикции посредством перебора всех известных случаев употребления слова «*fictio*» (и других родственных) в юридических источниках<sup>11</sup>. Вместо того, чтобы предпосылать анализу источника заранее сформулированное понятие фикции, М. Гарсия Гарридо извлекает само это понятие из античных текстов, определяя значения лексического ряда «*fingere*», «*fictor*», «*fictus*», «*fictio*».

---

<sup>10</sup> Bund E. Untersuchungen zur Methode Iulians. Köln, 1965. S. 122-177.

<sup>11</sup> Garcia Garrido M. Sobre los verdaderos limites de la ficcion en derecho romano // Anuario de historia del derecho Español. 1957-58. T. XXVII-XXVIII. P. 305-342.

Полученное таким образом понятие фикции характеризуется тремя чертами: фикция представляет собой 1) «коррекцию конкретной юридической реальности», 2) осуществляемую судьей 3) во исполнение властного веления. Источники регистрируют применение слова «*fictio*» только к преторским и законным фикциям, следовательно, т.н. «юриспруденциальных» фикций не существовало.

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

Использование римлянами термина «*fictio*» как технического информативно и с другой точки зрения. Закрепление за определенной группой явлений того или иного наименования свидетельствует, очевидно, о том, что выбранное для этих – терминологических – целей слово обладает общеязыковым значением, способным более или менее удачно описать и эти особые явления. Учитывая, что уже сами римляне предложили термин для передачи понятия фикции, реконструкция значения этого термина – в том числе, и с общеязыковой точки зрения – способна дать дополнительные сведения о некоторых специфических чертах, характеризовавших, по мнению римских юристов, этот прием юридической техники<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Таким путем следует, в частности, К. Хакль: Hackl K. Sulla finzione nel diritto privato // Studi in onore di Arnaldo Biscardi. Vol. 1. Milano, 1982. P. 245, 247-248. Основу для подобных исследований дают не только перебор контекстов, в которых употребляются слова соответствующей лексической группы, но и сообщения источников, сохранившие



Большую популярность в XX веке приобрели исследования языковых форм, которые особенно часто использовались римлянами при обосновании правовых решений. Внимание романистов привлекли прежде всего языковые средства, служившие юристам для сопоставления различных казусов или институтов, – слова и выражения, с помощью которых проводились аналогии, гипотетические сравнения, конструировались фикции. Речь идет, например, о таких единицах, как «quasi», «quodammodo», «perinde ac», «perinde atque»<sup>13</sup>. Важным результатом этой работы стал вывод, что одни и те же языковые средства призывались для описания самых разных приемов, так что само по себе употребление определенного слова или оборота не дает еще оснований констатировать использование фикции<sup>14</sup> или, скажем, гипотетического сравнения.

Отечественная традиция изучения фикции в римском праве разделила судьбу всей отечественной романистики: три значительных исследования, оставленные дореволюционной наукой, оказались последними в российской

---

результаты грамматических исследований античных и средневековых авторов. В этом смысле хорошо известны три текста: «О латинском языке» Марка Терренция Варрона (прежде всего, Varro LL VI.8), «Комментарии к «Энеиде» Мавра Сервия Гонората (Serv. Ad Aen. VIII.634) и «Этимологии» Исидора Севильского (Isid. Etymol., XX.4.2).

<sup>13</sup> См.: Solazzi S. «Quodam modo» nelle Istituzioni di Gaio // *Studia et documenta historiae et iuris*. 1953. 19. P. 104-133; Kerber W. Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung. Würzburg, 1970; Wesener G. Zur Denkform des quasi in der römischen Jurisprudenz // *St. in memoria di G. Donatutti*. T. III. Milano, 1973. P. 1387-1414; Hackl K. Vom «quasi» im römischen zum «als ob» im modernen Recht // *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*. Heidelberg, 1999. S. 117-127; Calero M.A. Perinde ac y perinde atque, dos expresiones indicativas de equiparaciones analógicas // *Boletín De La Facultad De Derecho UNED*. 2001. 18. P. 83-108 и др.

<sup>14</sup> Уже Р. Деккер по этим соображениям говорит об отсутствии «лингвистического критерия для обнаружения фикции» (Dekkers R. *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit compareé*. Paris, 1935. P. 45-47).

истории<sup>15</sup>. Как и большинство других авторов того времени, Д.И. Мейер, С.А. Муромцев и Г.Ф. Дормидонтов вели с европейскими учеными своего рода односторонний диалог: испытывая большое влияние зарубежных коллег (особенно это касается С.А. Муромцева, во многом следовавшего за своим научным кумиром Р. Иерингом), они воспринимали и критически перерабатывали их достижения, но сами по большей части оставались незамеченными общеевропейской дискуссией.

Влияние на отечественную литературу по фикации в римском праве оказали, прежде всего, Р. Иеринг и некоторые французские авторы<sup>16</sup> (к сожалению, исследование Г. Демелиуса, которое легло в основу современной мировой дискуссии, в России не было оценено по достоинству). Кроме того, чрезвычайно популярным оказалось «Древнее право» Г.С. Мэна: переведенное на русский язык и изданное в 1873 году<sup>17</sup>, оно стало одной из самых цитируемых работ по фикации. Впрочем, надо сказать, что наблюдения Г.С. Мэна пользуются немалым авторитетом и у зарубежных авторов.

---

<sup>15</sup> Современные публикации носят, как правило, реферативный характер, поскольку имеют своей основой не самостоятельный анализ материала источников, а краткий обзор двух-трех учебников или старых монографий. Редкие фрагменты античных текстов, встречающиеся на страницах таких работ, обсуждаются без учета достижений мировой романистики. См., например: Джазоян Е.А. Фикции в римском праве // Право: теория и практика. № 14 (66). М., 2005. С. 37-45; Лотфуллин Р.К. Юридические фикции в римском гражданском праве // Бюллетень нотариальной практики. 2006. № 2. С. 44-48; Савельев В.А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 108-115; Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права // Советское государство и право. 1984. № 1. С. 98-105.

<sup>16</sup> Duméril H. Les fictions juridiques. Paris, 1882; Chassan [J.P.] Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. P. 47-50.

<sup>17</sup> Мэн Г.С. Древнее право, его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873.

В своем сочинении 1854 года «О юридических вымыслах и предположениях, скрытых и притворных действиях»<sup>18</sup> Д.И. Мейер предложил краткий обзор фикций римского права, высказал ряд тонких замечаний в адрес слишком широкого понимания фикции некоторыми немецкими авторами и пришел к выводу, что этот прием появился как средство преодоления юридического формализма древности, сослужил развитию права на определенном историческом этапе хорошую службу и теперь подлежит забвению, поскольку не находит в современности своей необходимой предпосылки – формалистических представлений о праве. Диалектически понимает фикцию и С.А. Муромцев, уделивший ей большое внимание в своем знаменитом труде 1875 года «О консерватизме римской юриспруденции»<sup>19</sup>, и объявивший фикцию средством преодоления консерватизма античных правоведов: «римский юрист был консерватором не на практике, а лишь в теории, и в этом-то несоответствии теории практике и заключается консерватизм юриспруденции... В силу чувства не отказывали вновь народившемуся отношению в защите, но объясняли эту защиту с точки зрения неизменности понятий...». «Большинство фикций образовалось потому, что без них пришлось бы ломать строй установившихся понятий...». «Юридические фикции... составляют наиболее юный вид аналогии». «Их источник лежал в самой юриспруденции, в ее консерватизме... Этим аналогия римской юриспруденции отличается резко от аналогии современной и составляет в истории юридического мышления факт строго отграниченный». Вслед за Р. Иерингом автор обрушивается с не вполне справедливой критикой на Г. Демелиуса. Основная цель, которую преследует Г.Ф. Дормидонтов в своей монографии 1895 года «Классификация явлений юридического быта,

---

<sup>18</sup> Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, скрытых и притворных действиях // Ученые записки, издаваемые Императорским Казанским Университетом. 1853. IV. Казань, 1854. С. 1-127.

<sup>19</sup> Муромцев С.А. О консерватизме римской юриспруденции. М., 1875.

относимых к случаям применения фикций»<sup>20</sup>, – правильно скоординировать понятие фикции с другими родственными или похожими категориями. Этот систематизаторский проект, предпринятый не в последнюю очередь в связи с недовольством автора выводами Д.И. Мейера, безусловно, удовлетворял насущную потребность отечественной науки того времени, но с высоты сегодняшнего состояния исследований в этой области выглядит не слишком продуктивным.

К специальным работам по фикции примыкает и крупное исследование И.А. Покровского 1890-х годов, посвященное римскому различению исков с *formulae in factum conceptae* (формулами, составленными на основании факта) и *formulae in ius conceptae* (формулами, составленными на основании права). Разрабатывая эту тему, ученый подробно обсуждает вопрос об отнесении *formulae ficticiae* (формул с фикцией) к одной из названных категорий и дополнительно обосновывает и развивает вывод, к которому пришел в свое время и Г. Демелиус, что иски с фикцией имели формулу *in factum*<sup>21</sup>.

Проведенный обзор позволяет отметить основные вехи в истории научной разработки фикции, выделить ключевые идеи, вокруг которых вращается большинство теорий, и сформулировать вопросы, требующие разрешения. Распространившееся в Средние века понимание фикции как чего-то ложного, основанного на обмане, на несоответствии действительности, европейской литературе удалось постепенно преодолеть в XIX столетии. Сознательно

---

<sup>20</sup> Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

<sup>21</sup> Pokrowsky J. Die actiones in factum des classischen Rechts // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1895. Bd. 16. S. 18-20, 69-80 passim; Покровский И.А. Право и факт в римском праве. Ч. 1. Право и факт как материальное основание исков (*Actiones in ius* и *in factum conceptae*). Киев, 1898. С. 12-14, 64-75, passim; Pokrowsky J. Zur Lehre von den actiones in ius und in factum // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1899. Bd. 20. Passim. См. об этом вкратце: Покровский И.А. История римского права. М., 2004 (по изданию 1917 года). С. 185-186.

наделяя одну ситуацию правовым значением другой, юридическая фикция не вступает и не может вступить в конфликт с реальностью: утверждения типа «А не есть Б» и «да будет Б рассматриваться так, как если бы это было А» не находятся в состоянии противоречия, учитывая что второе не содержит суждения об истинном положении дел. Поэтому до сих пор господствующие в российской доктрине объяснения фикции, которые выстроены в понятиях истинности и ложности, приходится признать устаревшими.

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

Наконец, в абсолютном большинстве теорий фикция предстает инструментом развития права. Поскольку речь идет именно о развитии, а не о дискретном процессе замены одного права другим, функционирование фикции описывают диалектически, говоря, что она позволяет продвигаться вперед без изменения освященного традицией порядка. Частое использование фикций римлянами создает впечатление зависимости античного правотворчества от существующего нормативного строя (эту зависимость объясняли, в частности, формализмом или консерватизмом римской юриспруденции).

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

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

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

**Источники.** При формировании корпуса источников для настоящего исследования, а также при работе с конкретными памятниками мы руководствовались общепринятыми в современной романистике

методологическими установками, сформировавшимися в середине XX в.<sup>22</sup>. В поле нашего зрения попали не только так называемые юридические источники (законы, постановления сената, императорские конституции, сочинения юристов), но и произведения античных интеллектуалов – историков, грамматиков, ораторов, антикваров, комедиографов. Что касается юридических источников, то они представлены в работе как текстами, доведенными до нас рукописной традицией, так и папирологическими и эпиграфическими материалами, которые содержат нормативные акты и документы повседневной практики. Большое значение для исследования имели реконструкции не дошедших до нас античных текстов (законов XII таблиц<sup>23</sup>, Вечного эдикта и сочинений юристов<sup>24</sup>). Преодоление интерполляционизма, обоснованное учеными прошлого столетия, позволило нам опираться на презумпцию содержательной подлинности античных текстов даже тогда, когда в них обнаруживались формальные дефекты. Большим подспорьем при работе с источниками стала электронная база «*Bibliotheca iuris antiqui*».

**Хронологические рамки исследования.** История фикции уходит корнями глубоко в раннюю предклассику или даже архаику: есть все основания утверждать, что, по крайней мере, в конце III в. до н.э. этот прием был уже хорошо знаком римлянам, но законы XII таблиц середины V в. до н.э., насколько мы можем судить о них, фикцией еще не содержат. Для последующих эпох фикция – привычный элемент юридического инструментария, находящий широкое и частое применение. Понятно, что изучение первого опыта обращения к новому техническому приему сулит

---

<sup>22</sup> См., прежде всего: Kaser M. Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1952. Bd. 61. S. 60-101; Id. Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung. Wien, 1972; Orestano R. Diritto romano // Novissimo digesto italiano. Vol. V. Torino, 1960. P. 1024-1047.

<sup>23</sup> Schöll R. Legibus duodecim tabularum reliquiae. Lipsiae, 1866.

<sup>24</sup> Lenel O. Das Edictum perpetuum. Leipzig, 1927; Id. Palingenesia iuris civilis. Lipsiae, 1889.

богатую информацию о причинах его появления. Вместе с тем известно, что тот период развития римского права, когда зародилась фикция, обеспечен источниками скудно.

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

Эти обстоятельства определили хронологические рамки исследования: большое внимание в работе уделяется первым известным случаям использования фикции (до конца III в. до н.э.); ограниченность источников по этому периоду требует обращения к более поздним эпохам, поэтому выводы, полученные при анализе ранних фикций, проверяются на материале поздней предклассики, классики и постклассики (I в. до н.э. – V в. н.э.); римские представления о фикции реконструируются в рамках периода с конца I в. до н.э. до середины II в. н.э.

**Методология исследования.** При работе с текстами античных источников использовался стандартный набор приемов юридической экзегезы: достижения полноценного понимания текста сочетались лингвистический, систематический, логический и исторический методы толкования. В соответствии с господствующими в романистике методологическими установками<sup>25</sup> оценка полученных таким образом результатов осуществлялась, как правило, без обращения к понятийному аппарату современной юридической догматики, который был востребован лишь с целью перевода некоторых выводов на язык сегодняшней правовой теории. Изучение техники работы римских юристов было ориентировано феноменологически: нашей

---

<sup>25</sup> См. об этом: Gallo F. Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica. Torino, 2010. P. 28-30



задачей был не поиск чистых и правильных форм аргументации, а осмысление действительного методического опыта античных правоведов<sup>26</sup>.

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

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

#### **Основные положения, выносимые на защиту**

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

2. Фикция как прием римской юридической техники, нашедший широкое и частое применение, вызвана к жизни именно такими натуралистическими представлениями о праве, которые в глазах римлян выставляли существующий нормативный социальный порядок объективной данностью, не подвластной сознательному нормотворчеству. Фикция – способ преодолеть зависимость

---

<sup>26</sup> Ср.: Bund E. Juristische Logik und Argumentation. Freiburg, 1983. S. 9.

субъекта правотворчества от этой объективной нормативной реальности. Такое понимание фикции известно уже самим римским юристам: источники позволяют реконструировать концепцию Лабеона и Гая, в рамках которой фикция предстает объективно необходимым элементом юридического метода, позволяющим правотворческой инстанции преодолевать связанность природными ограничениями.

3. Римлянам была чужда трактовка фикции в категориях «истина – ложь», восходящая к концепциям средневековых юристов и обоснованно отброшенная современной европейской наукой. Дело не только в том, что античные юристы не интерпретировали этот прием как основанный на лжи, обмане или притворстве, но и в том, что подобные интерпретации не согласуются с материалом источников: все участники правового общения отдавали себе отчет, что фиктивно принятые обстоятельства не соответствуют действительности.

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

5. Законы, призванные заполнить пробел в системе назначения опекунов, прибегают к фикции, будто назначенный магистратом опекун – ближайший агнатский родственник подопечного. Обращение к фикции с целью наделить опекунов нового типа статусом законных продиктовано все тем же убеждением в объективности и незыблемости исконного порядка назначения опекунов, который не может быть изменен законом: при недопустимости

наделения ролью законного опекуна того, кто не был ближайшим агнатом подопечного, ввод на эту роль лица, назначенного магистратом, требовал допущения, что оно состоит с подопечным в ближайшем агнатском родстве.

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

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

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

**Рекомендации по использованию научных выводов.** Полученные в результате настоящего исследования выводы могут быть использованы юридической романистикой, историей и теорией права и государства при дальнейшей разработке проблем юридического метода, а также цивилистическими дисциплинами, например, при изучении истории

отдельных институтов частного права. Сделанные выводы и содержащийся в работе фактический материал могут использоваться в преподавательской деятельности.

**Апробация результатов исследования** осуществлялась посредством публикации в научных изданиях статей, отражающих его результаты<sup>27</sup>, в форме сообщений на конференциях и семинарах<sup>28</sup>, путем использования

---

<sup>27</sup> Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве на примере Дигест Юстиниана // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 1. С. 45-52 (0,4 п.л.); он же. Юридическая фикция в древнеримской формуле усыновления: к вопросу о зависимости правотворчества от нормативной структуры общества // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 6. С. 59-72 (0,75 п.л.). Две статьи приняты в печать: он же. Значение фикции в римском праве на примере формулы усыновления (*adrogatio*) // Вестник древней истории. 2011. № 3 (1,8 п.л.); он же. Фикция в законодательстве об опеке // Древнее право. 2011. № 26 (1,7 п.л.).

<sup>28</sup> На IV Международной конференции по римскому праву «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права», проходившей в Москве, Иваново и Суздале 25–30 июня 2006 года, сделан доклад на русском языке «*Beneficium cedendarum actionum* в современном контексте». Текст опубликован: Ширвиндт А.М. *Beneficium cedendarum actionum* в современном контексте // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права. Материалы заседаний IV Международной конференции по римскому праву, Москва–Иваново (Суздаль), 25–30 июня 2006 г. Иваново, 2006. С. 238-242. См. также: Миньери Л. Хроника IV Международной конференции «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права». Иваново (Суздаль) – Москва, 25-30 июня 2006 г. // <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Minieri-Cronaca-gus.htm>. На V Международной конференции по римскому праву «Римское частное и публичное право», которая проходила в Москве и Суздале 25-30 июня 2009 года, сделан доклад на русском языке «*Quodammodo* в текстах Павла». На международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы», которая состоялась в Санкт-Петербурге 27-29 мая 2010 года, сделано сообщение на русском языке «Аргументативное значение фикции на примерах контроверз между сабинианцами и прокулианцами». Тезисы опубликованы: Рудоквас А.Д., Новиков А.А. Хроника международной конференции «Римское частное право и правовая культура Европы» (27-29 мая 2010 г., Санкт-Петербург) // Закон. 2011. № 3. С. 195. В рамках VI

полученных выводов в преподавательской деятельности<sup>29</sup>. Многие результаты исследования обсуждались в рамках Академического семинара по комментированию текстов классической римской юриспруденции в Институте государства и права РАН. Работа обсуждена на заседании Сектора истории государства и права, политических учений Учреждения Российской академии наук Института государства и права РАН.

## ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы исследования и показывается степень ее разработанности, формулируются цель и отдельные задачи исследования, описывается структура работы, определяются источниковая база, хронологические рамки и методология исследования, затем демонстрируется его научная новизна и выдвигаются основные положения, выносимые на защиту, предлагаются рекомендации по использованию полученных научных выводов и указывается, каким образом апробировались результаты исследования.

**Первая глава** «Фикция как продукт натуралистических представлений римлян о праве» включает два параграфа. В **первом параграфе** «Значение

---

международного семинара «Римское право и современность» по теме «Индивидуум и *res publica* в римском и современном праве. Античный опыт юридической онтологии понятия 'persona'», который проходил 26-29 октября 2010 года в Неаполе (Италия), сделан доклад на итальянском языке «L'uso della finzione nel diritto delle persone della Roma antica» («Использование фикции в праве лиц Древнего Рима»). Текст на итальянском языке (0,7 п.л.) принят к публикации в материалах семинара. Хронику семинара см.: Sacchi O. VI Seminario Internazionale "Diritto Romano e Attualità". "Individui e res publica. dall'esperienza giuridica romana alle concezioni contemporanee. Il problema della persona". S. Maria Capua Vetere e Napoli, 26-29 ottobre 2010. Breve cronaca // <http://www.dirittoestoria.it/9/Cronache/Sacchi-Persona-diritto-antico-contemporaneo.htm>.

<sup>29</sup> В рамках общего курса «Римское право», дважды прочитанного на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова в 2010-2011 годах, а также при проведении на юридическом факультете семинарских занятий по гражданскому праву в 2008-2011 годах.

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

**Второй параграф** «Натуралистические представления римлян о праве» посвящен обсуждению натурализма как одной из характерных черт римского правопонимания. Здесь демонстрируется, что соотношение правового и фактического в общественной реальности может быть представлено по-разному: при одном подходе факты социальной действительности сами по себе не обладают никаким правовым значением, обретая его лишь благодаря сознательному и произвольному нормотворчеству; другой подход признает, что социальным фактам объективно присуще правовое значение, что социальная реальность структурирована в правовых понятиях, что в обществе существует правовой порядок, предпосланный сознательному нормотворчеству. Приверженность римлян воззрениям второго типа проявилась в ряде категорий и приемов, многие из которых апеллируют к

природе. Натурализм римского правопонимания иллюстрируется на трех понятиях – естественного владения (*possessio naturalis*), натурального обязательства (*obligatio naturalis*) и естественного родства (*cognatio naturalis*). Эти примеры показывают, что значимые для права типы социальных фактов нередко мыслились римлянами как существующие от природы, независимо от признания законодателя.

**Глава вторая** «Фиктивное создание юридического факта как способ оформления нового типа отношений по модели признанного правового института» состоит из двух параграфов. В **первом параграфе** «Фикция в формуле усыновления» рассматривается древняя процедура усыновления (*adrogatio*), основанная на фикции: усыновляемого объявляли сыном усыновителя «так, как если бы усыновляемый родился от усыновителя в законном браке». Причины обращения к этому приему юридической техники обнаруживаются в убеждении римлян, что исконный строй семейных отношений, центральным элементом которого была отцовская власть (*patria potestas*), не поддается законодательному изменению: отношения отцовской власти не могут быть установлены между теми, кто не приходится друг другу отцом и сыном. Рождение в законном браке, отношение «отец-сын» и отцовская власть мыслятся как единый правовой институт, части которого связаны от природы и органически, а не искусственно и механически. При таком взгляде членение института на юридический факт и (привязанные к нему) правовые последствия с последующим переносом последних в новый социальный контекст предстает невозможным: *patria potestas* неотделима от ролей отца и сына. Поэтому нельзя просто провозгласить на народном собрании отцовскую власть усыновителя над усыновляемым – необходимо допустить, будто налицо все естественные предпосылки ее возникновения.

Как доказывается во **втором параграфе** «Фикция в законодательстве об опеке», аналогичную интерпретацию выдерживает и фикция, использованная римлянами при конструировании опеки по назначению магистрата. Когда система призвания опекунов, испокон веков представленная опекой по

завещанию и опекой по закону, стала давать сбои, и потребовалось предоставление соответствующих полномочий магистрату, римляне прибегают к фикции, устанавливая, что назначенный магистратом опекун занимает положение законного, «как если бы он был ближайшим агнатским родственником подопечного»: для распространения отношений «опекун-подопечный» на лицо, которое ни по закону, ни по завещанию опекуном не является, необходимо принять, будто оно отвечает признакам опекуна по завещанию или по закону (римляне выбрали второй вариант), поскольку опека немислима в отрыве от традиционных оснований ее возникновения.

В **третьей главе** «Фиктивное устранение или изменение юридического факта как способ ликвидации или модификации его правовых последствий» три параграфа. **Первый параграф** «Соотношение несуществования, ничтожности и недействительности сделок как проблема науки римского права» посвящен воссозданию римских представлений о недействительности сделки. Доказывается, что римская юриспруденция не проводила последовательного различения между несуществованием и недействительностью сделок, полагая отсутствие эффекта (недействительность) несовместимым с существованием сделки: совершенная сделка не может не вызвать своих естественных последствий. Такие воззрения вынуждали римлян лишать нежелательные сделки существования, а не правового эффекта. Однако закон не в силах просто объявить свершившийся социальный факт, от природы обладающий определенным правовым значением, несостоявшимся. Чтобы лишить факт правового значения, его надо лишить существования, но в то же время его существование объективно и не зависит от законодателя. Диалектическое решение этой проблемы достигается посредством фикции, которая принимает неуютный юридический факт за несуществующий, признавая вместе с тем, что в действительности он имел место.

В **параграфе втором** «Недействительность юридического факта и устранение юридических фактов с помощью фикции» адекватность



предложенного объяснения фикции несуществования обосновывается на конкретном материале источников, информирующем об отдельных случаях обращения к этой технике в законах, постановлениях сената, преторском эдикте и сочинениях юристов. Здесь же анализируется использование фикции несуществования для передачи идеи недействительности части сделки.

**Параграф третий** «Изменение юридических фактов с помощью фикции» посвящен конкретным случаям использования фикции для преобразования свершившихся фактов. Здесь обосновывается, что натуралистическая концепция удачно объясняет и такие фикции: поскольку правовые последствия кажутся римлянам неразрывно связанными с порождающим их юридическим фактом, необходимая в некоторых случаях модификация последствий требует изменения самого факта.

**В заключении** подводятся итоги выполненного исследования, формулируются основные выводы.

**Основное содержание диссертации отражено в следующих публикациях автора**

*Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых научных журналах, рекомендованных ВАК для публикации результатов диссертационных исследований:*

1. Значение фикции в римском праве на примере Дигест Юстиниана // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 1. С. 45-52 (0,4 п.л.).

2. Юридическая фикция в древнеримской формуле усыновления: к вопросу о зависимости правотворчества от нормативной структуры общества // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 6. С. 59-72 (0,75 п.л.).

***Материалы конференций:***

3. Beneficium cedendarum actionum в современном контексте // Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права. Материалы заседаний IV Международной конференции по римскому праву, Москва–Иваново (Суздаль), 25–30 июня 2006 г. Иваново, 2006. С. 238-242 (0,3 п.л.).