

Дождев Дмитрий Вадимович
ведущий научный сотрудник Сектора
истории государства, права и правовых учений
Института государства и права РАН

Добросовестность (bona fides) как правовой принцип.

Спецификой права как фундаментального социального регулятора является синтетическое единство объективного и субъективного уровней согласования интересов. Формальное равенство участников правового общения существует не только как внешнее общее требование к субъектам, но и как устойчивое внутреннее убеждение, которое проявляется в готовности признать самоценность другого лица, самостоятельность его воли, его значимость в отношении, равную значению собственной роли. В отсутствие этих субъективных реквизитов притязание утрачивает правовой характер, а отношение сводится к тому или иному виду насилия и произвола. Столь абстрактный и общий принцип как формальное равенство конкретизируется на уровне индивидуальных установок и ценностных ориентаций как согласие со сложившейся системой поведенческих ролей, готовность выступать в одной из них и иметь дело с другими лицами, выступающими в той или иной признанной роли. При этом добровольное принятие на себя субъектом именно той роли, которая считается правом порядком соответствующей данному интересу, означает и согласие с тем, чтобы самому получить признание со стороны других участников отношения именно в качестве носителя такой формально определенной роли. Конформность этим принципам взаимного признания по устойчивому формальному основанию определяет отказ от непосредственного воздействия на волю контрагента, от поиска личного преобладания над ним, от попытки навязать другому собственное видение отношения, поставить свои интересы выше интересов других. Если кто-то согласился, например, на роль покупателя, он тем самым согласился и на то, что его контрагент выступит в роли продавца, а все отношение будет строиться по схеме

договора купли-продажи, предусмотренной обществом для оформления интересов возмездного приобретения и отчуждения.

Признание воли другого, уважение к автономии контрагента оказывается одной из форм выражения собственной автономии, заявления о социальной ценности собственной личности. Соблюдая установленные правила поведения, субъект обеспечивает действенность своего волеизъявления, защиту и прочность той или иной созданной им социальной связи. Рефлексия по поводу собственной значимости, творческом потенциале собственной воли и жизнеспособности созданных ею правовых ситуаций, выступая одной из форм правосознания, оборачивается защитой волеизъявлений других лиц и правопорядка в целом. Совпадение таких убеждений, которое и составляет нормативную основу социальной жизни, получает вид абстрактных и устойчивых требований к участникам правового взаимодействия. На этом уровне обобщения правило разделяется всем обществом, независимо от индивидуальных отклонений и разночтений (мораль), и мыслится как нравственный принцип, в котором каждый волен найти оценку своего поведения и оправдание собственного существования.

Самоидентификация по линии конформности нравственным принципам, таким образом, просто выражает на более абстрактном уровне желание и готовность быть участником правового общения, то есть быть воспринятым и оцененным обществом в соответствии с достигнутой мерой признания отдельной личности и самому судить о других, сознательно ориентируясь на общепринятые стандарты поведения (справедливость)¹.

На уровне индивидуальных поведенческих установок и ценностных ориентаций такая конформность принципам справедливости выражает понятие добросовестности. Этот психологический аспект правового поведения, являясь продуктом и отражением правового принципа формального равенства и соразмерности в отношениях обмена,

¹ О соотношении права и справедливости, выражении правового принципа формального равенства в понятии справедливости см.: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997, с.28 сл.

отражает необходимое соучастие субъекта правового общения в формировании и поддержании правовых установок и принципов².

Диалогичность правосознания, когда абстрактная норма и индивидуальное представление о норме пребывают в процессе постоянной взаимной корректировки, при абсолютизации одного из полюсов этой диалектической связи (социального требования, фиксированного в виде принципа, и индивидуальной оценки, подвижной в зависимости от уровня субъективности) создает впечатление внешнего по отношению к правовому взаимодействию контроля за соответствием нормы права норме справедливости и возможности содержательного совершенствования формального правового принципа в его конкретных проявлениях. Иными словами, сознательный характер индивидуального участия в правовом общении и необходимость субъективной рефлексии как составной момент этого типа социального взаимодействия находятся в видимом противоречии с заданностью правовой формы, ее предпосланностью конкретному согласованию воли и интересов.

Отсюда представление о том, что абстрактность правового принципа формального равенства и всеобщность правовых норм отрицают (или во всяком случае не предполагают) полного и адекватного соответствия запросам участников правового отношения и параметрам каждой конкретной ситуации. При такой трактовке добросовестность контрагентов выступает дополнительным по отношению к самому правовому принципу требованием, присутствие которого, якобы, говорит о том, что эта нормативная система не чужда нравственности и правовая форма принимает известные содержательные ограничения, которые способны, если не снять, то смягчить ее абстрактный уравнивающий характер: насколько правовая система отвечает этому внешнему требованию, настолько высока ценность сложившегося типа права, правовых форм и конструкций, настолько она приближается к идеалам добра и справедливости.

² Сходная интерпретация на обобщенно-философском уровне - в одной из последних работ П.Фреццы, опубликованной уже после его смерти: Frezza P. A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale. - SDHI, 1991, 57, p.297 sq.

Сходное понимание добросовестности (bona fides) сложилось и в науке римского права: доктрина, различающая строгое право (ius strictum), установленное право (ius positum) от естественного права (ius naturale) и справедливости (aequitas), относит принцип bona fides ко второй группе. Эта классификация опирается на разделение исков, четко проведенное в Институциях Юстиниана (I.4,3,28):

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris.

Из исков же одни являются исками доброй совести, другие - исками строгого права.

Указанное деление исков сегодня признается юстиниановским нововведением³: выражение "actiones stricti iuris" встречается только в приведенном тексте Институций Юстиниана; в двух местах в Дигестах Юстиниана (Marc. D.12,3,5,4; Ulp. D.13,6,3,2) оно интерполировано со следами вторичной правки текстов⁴. Однако выделение исков доброй совести в особую категорию восходит к классическим образцам. Термин "iudicia bonae fidei" известен Гаю и Папиниану (Gai., 4,62; D.22,1,3,1). Не считается больше постклассическим и выражение "контракт по доброй совести" (bonae fidei contractus - D.19,1,11,18; 19,1,11,48; 22,1,32,2)⁵.

Противопоставление строгого права и справедливости, в римской литературе особенно ярко выраженное у Цицерона, нередко сопровождается рассуждениями о доброй совести (bona fides) и злом умысле (dolus malus: Cic., de off., 3,13,54; 3,15,61). Такое аналитическое разделение правовой реальности, казалось бы, свидетельствует о том, что принцип добросовестности имеет принципиально отличное нормативное

³ См.: Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd.II. München, 1976, S.353, Anm.11. Там же см. литературу вопроса.

⁴ В тексте Марциана (D.12,3,5,4) стоит "actione stricti iudicii", в тексте Ульпиана (D.13,6,3,2) слова "иск" нет вовсе и присутствует лишь прилагательное ("stricti"), тогда как само противопоставление исков доброй совести искам строгого права в плане допустимости присяги на первой стадии процесса (ius iurandum in litem) классическому праву неизвестно.

⁵ Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd.II, cit. S.353, Anm.13.

основание и противостоит *ius civile* как внешнее требование или критерий по отношению к правовому формализму.

Таксономическая интерпретация указанных принципов социального взаимодействия в римском праве (*bona fides* и *ius civile*) позволит критически оценить априорно постулируемую иерархию нормативных ценностей, когда этике отводится исторически и логически первенствующая роль по отношению к праву.

1. *Ius gentium* и *ius civile*.

Ограничиться рамками правовой реальности при рассмотрении этого вопроса позволяют представления Цицерона о соотношении между понятиями "естественное право" (*ius naturale*) и "цивильное право" (*ius civile*), которые являются исходными и для доктрины, господствующей как в романистике, так и в более широком контексте истории правовых учений.

Рассуждая в сочинении "Об обязанностях" о недопустимости коварства и обмана (*fraus* и *dolus* - антиподы *bona fides*) в социальных отношениях, Цицерон сетует на слабость позитивного права для обуздания этих пороков (Cic., *de off.*, 3,17,69):

Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim (quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius), latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.

Хотя я понимаю, что из-за порчи наших нравов это нельзя ни признать позорным по обычаю, ни запретить по закону или по цивильному праву, все же это воспрещено

правом природы. Ведь существует товарищество (хотя об это и часто говорилось, однако следует говорить еще чаще), распространяющееся весьма широко, общее для всех, более узкое среди тех, кто принадлежат одному народу, специфическое среди тех, кто принадлежат одной гражданской общине. Поэтому наши предки пожелали, чтобы право народов было одно, гражданское право другое: то, что является гражданским, не являлось в то же время правом народов, то же, что является правом народов, должно в то же время быть гражданским правом. Но мы не подчиняемся полному и ясному представлению об истинном праве и о настоящей правовой справедливости, а пользуемся лишь их тенью и подобием. Если бы мы следовали хотя бы им! Ведь они проистекают из превосходных примеров самой природы и правды.

В качестве таких примеров Цицерон приводит именно отношения, основанные на принципе доброй совести (Ibid., 3,17,70)⁶. Из приведенного противопоставления нельзя понять, относятся ли отношения, построенные на доброй совести, только к *ius civile* или также к *ius gentium*, которое, согласно требованиям предков, должно в то же время быть и *ius civile*. Ясно, однако, что для Цицерона эти принципы выражают требования природы (*ius naturae*), хотя и не являются их непосредственным воплощением. Императивность, обуславливающая правовой, справедливый характер "права народов", которая заключается в том, что оно должно одновременно являться и гражданским правом, в контексте указанной философом иерархической структуры трех сфер социального взаимодействия: все люди - люди одного "племени" ("*gens*") - граждане одной *civitas*, - означает, что естественное право свойственно всем людям вообще, людям как таковым, и именно в нем воплощена подлинная правовая справедливость ("*germana iustitia*").

В то же время, представленное соотношение между *ius gentium* и *ius civile* может быть выдержано только, если допустить, что *ius gentium* является составной частью *ius civile*. Поскольку данное соотношение восходит к заветам предков и является

⁶ Цит. ниже., с. [14].

требованием к нормативной системе, не обязательно воплощенным на практике в современном Цицерону мире, действительный смысл этих слов следует видеть в том, что принципы *ius gentium* должны быть усвоены *ius civile*, которое, однако, не утратит при этом своей специфики. Таким образом, честность и добросовестность, следовать которым призывает Цицерон, и которые являются лишь отражением естественного права, коренятся в *ius gentium*.

Ius gentium, собственно означает "право, существующее повсюду", то есть всеобщее право, в отличие от *ius civile* как национальной правовой системы, свойственной римской *civitas*.

Gai., Inst., 1,1 = D.1,1,9 = I.1,2,3:

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

Все народы, которые управляются законами или обычаями, частью пользуются своим собственным, частью правом, общим всем людям; ведь то право, которое каждый народ постановил сам себе, является его собственным и называется гражданским правом, как бы собственным правом гражданской общины; то же, что установлено между всеми людьми естественным разумом, это одинаковым образом соблюдается среди всех народов и называется правом народов, как бы правом, которым пользуются все роды людей.

Эта систематика, таким образом, отождествляет *ius gentium* и *ius naturale*⁷, что проявляется и в трактовке ряда институтов⁸.

Специфика *ius civile* заключается в способе его позитивации, моделью которой признается закон (*lex*), устанавливаемый народом как суверенным коллективом (*quod quisque populus ipse sibi ius constituit*)⁹. В то же время, проведенное различие отнюдь не отрицает того, что и римский народ обладает правом, установленным естественным разумом, правом, которым пользуются все народы. Уже О.Ленель¹⁰ именно на основе анализа приведенного выше текста Цицерона (*de off.*, 3,16,69), обоснованно критиковал тезис Т.Моммзена о том, что *ius gentium* - это право чужестранцев (перегринов, не римских граждан)¹¹. Ныне в науке господствует понимание того, что *ius gentium* - это особая сфера *ius civile*, общая римлянам с перегринами¹². *Naturalis ratio* и *naturalis aequitas* (естественная справедливость), на которых основано "право народов" как важнейшая составляющая нового *ius civile* (в отличие от древнейшего, свойственного только римлянам, строгого права), были выработаны римской юриспруденцией¹³ и стали главным достижением той правовой системы, которая преобладала во всем Средиземноморье и которую мы теперь именуем римским классическим правом.

⁷ Ср.: Ulp., 1 inst., D.1,1,6 pr; J.1,2,1.

⁸ Например, Гай, соблюдая традиционную для римской юриспруденции классификацию способов приобретения права собственности на способы *iure civile* и *iure gentium*, говоря о формах *iure gentium* (Gai., Inst., 2,65-79), преподносит их как основанные на естественном разуме (*naturalis ratio*) или на естественном праве (*naturali iure*).

⁹ Ср. Gai., Inst., 1,3: *Lex est quod populus iubet atque constituit* (Закон - это то, что народ приказывает и постановляет).

¹⁰ Behrends O. Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellung. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationischen Methode. - Index, 19, 1991, p.181.

¹¹ Mommsen T. Römisches Staatsrecht. Bd.3. Stuttgart, 1889, S.9, Anm.2. В XX в. только Кюблер (Conferenze per il XIV centenario delle Pandette. Milano, 1931, p.123) полагал, что *ius gentium* это неримское по происхождению, преимущественно, греческое право.

¹² Kaser M. *Ius gentium*. Köln; Weimar; Wien, 1993, S.41. Остаются фундаментальными работы Г.Ломбарди: Lombardi G. *Ricerche in tema di 'ius gentium'*. Roma, 1946 (= Milano, 1973); *Sul concetto di 'ius gentium'*. Roma, 1947 (= Milano, 1974).

¹³ Именно право, основанное исключительно на интерпретации юристов, существующее без записи и подверженное постоянному совершенствованию, юрист II в. Помпоний и называет "собственно гражданским правом", выделяя его из других форм позитивации (закон, законные иски, плебисциты, эдикты магистратов, постановления сената, конституции принцепсов) (D.1,2,2,12): "*est proprium ius civile, quod sine crypto in sola prudentium interpretatione consistit*".

Упоминание *fides* в договоре Рима с Карфагеном 509 г. до н.э. (Polyb., 3,22,8; 3,24,12) не только не доказывает, что *bona fides* это принцип международных отношений, который мог проникнуть в *ius civile* только из *ius gentium*, но отражает центральное значение, которое имела *fides* в нормативной системе самой глубокой древности и, таким образом, свидетельствует, скорее, против господствующей теории.

Сходную трактовку допускает и хронологическая близость учреждения должности претора peregrinorum (242 г. до н.э.) и освящения храма Fides на Капитолии в 250 г. до н.э. (Cic., de nat. deor., 2,61), поскольку должность городского претора (*praetor urbanus*), магистрата ведавшего делами среди римских граждан, древнее. Социальная актуализация принципа *fides* сделала возможным его применение и к судебным разбирательствам по сделкам среди peregrinorum и между римлянами и peregrinorum, — сделкам, которые издревле строились на признании и уважении к контрагенту (личной верности) и честности (верности слову).

Однако и такая, более адекватная исторически, трактовка *ius gentium* отводит принципу доброй совести место либо среди институтов преторского права, либо среди этических коррелятов строгого *ius civile*, якобы привнесенных в римскую юридическую науку из греческой (Аристотель и стоики) философии.

Между тем, *bona fides* была основой ряда контрактов и нормативным принципом функционирования гражданского оборота. То, что она иногда противопоставляется гражданским принципам, отнюдь не предполагает, что *ius civile* чуждо добросовестности. Следуя логике и даже лексике Цицерона, триста лет спустя Трифонин (юрист начала III в.) предпринимает следующее рассуждение, в котором принцип доброй совести подвергается всестороннему изучению.

Tryph., 9 disp. D.16, 3, 31 pr-1:

Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

1. Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione.

Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. Sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.

Добросовестность, требуемая в договорах, предполагает высшую справедливость: но должны ли мы судить о ней, ориентируясь лишь на право народов или же принимая также во внимание предписания цивильные и преторские?

Например, обвиненный в уголовном преступлении сдал тебе сто на хранение, затем он подвергся высылке, а его имущество было конфисковано: следует ли вернуть эти деньги ему или же сдать властям? Если мы исходим исключительно из требований естественного права или права народов, их следует вернуть тому, кто дал; если же из гражданского права и порядка, установленного законами, - то скорее сдать властям: ибо тот, кого порицает общество, чтобы он послужил другим примером, отвращающим от злодеяний, должен претерпеть и невзгоды.

Здесь следует учесть и иное. Должны ли мы судить о добросовестности, принимая во внимание лишь тех, кто связан сделкой, исключая посторонних, или учитывая также тех, кого затрагивает сделка? К примеру, разбойник сдал на хранение Сею отнятое у меня добро, и тот не знал о его злокозненности: должен ли Сей выдать это разбойнику или мне? Если мы станем рассматривать дающего и принимающего самих по себе, добросовестность состоит в том, чтобы сданную вещь получил обратно тот, кто дал; если же справедливость всего дела в целом, которая охватывает всех лиц, которых касается эта сделка, мне следует вернуть то, что у меня было отнято в результате гнусного деяния. И я утверждаю, что подлинная правовая справедливость та, которая воздает каждому свое таким образом, чтобы ни у кого ничего не отнималось посредством более правомерного требования.

Если же я не явлюсь потребовать эти вещи, их все же надо будет выдать тому, кто сдал на хранение, хотя он и сдал неправомерно приобретенные вещи. Это пишет и Марцелл о грабителе и воре. Если, однако, разбойник по неведению оставит добычу на хранение у неосведомленного домовладыки или хозяина того подвластного сына или раба, у которого он ее отнял, такая поклажа ничтожна и по праву народов, ибо суть ее в том, чтобы другому, а не собственнику сдавалась на хранение как чужая его собственная вещь. И если вор мою вещь, похищенную тайно от меня, оставит у меня на хранение, пока я все еще не знаю о его деянии, правильно говорится, что договор поклажи ничтожен, поскольку противно доброй совести заставлять собственника возвращать свою вещь похитителю. Но и в том случае, если

собственник, все еще пребывая в неведении, вернет ее как принятую на хранение, он все же получит право на кондикционный иск об исполнении недолжного.

В этом рассуждении добрая совесть (bona fides) выступает материально-правовой основой контракта поклажи (depositum), а вовсе не моральным критерием решения. Именно несовместимость с нормативной конструкцией отношения, когда собственник по договору обязан выдать вещь поклажедателю, который в действительности является вором, прежде укравшим эту вещь у того, кому она впоследствии сдана на хранение, позволяет дать юридическую оценку казуса. В начале текста, где "право народов" (ius gentium) противопоставляется гражданским порядкам, основанным на законе, конфликт принципов определяется различием частного и публичного аспектов отношения. Ius civile здесь выступает как более широкая нормативная система, нежели ius gentium, поскольку речь идет о внутренней римской ситуации (deportatio – высылка преступника из Рима с лишением гражданских прав и соответствующей конфискацией имущества). В этой сфере ius gentium представлено исключительно частноправовыми отношениями, а именно некоторыми типами контрактов, среди которых и договор поклажи.

Мы еще обратимся к истории этого контракта и проблемам его включения в систему ius civile. Подчеркнем, что принцип доброй совести и у Цицерона, и у Трифонина связан с вопросом о правовой справедливости (iustitia), которая состоит в восстановлении нарушенной эквивалентности (равенства в обмене) и носит юридический, а не моральный характер. Aequitas (справедливость), которую Трифонин ставит рядом с bona fides, говоря о квалификации отношения с точки зрения одних только контрагентов или же с точки зрения всех затрагиваемых сделкой лиц, – это ни что иное, как принцип распределяющей справедливости, основа правовой теории Аристотеля, изложенной в 5 главе "Никомаховой этики". Специфика доброй совести заключается лишь в том, что она непосредственно связана с участниками контракта, отношение между которыми (в отличие от третьих лиц)

основано на прямом и свободном волеизъявлении и оказывается поэтому и строже определенным формально, и само по себе более приближенным к требованиям формального равенства. Взаимозависимость контрагентов, связанных сделкой, может быть выражена указанием на конкретную добросовестность, свойственную данному контракту, тогда как взаимосвязь между всеми лицами, затронутыми сделкой, носит более общий и абстрактный характер. Эта добросовестность, воспринимаемая не как установка на соблюдение конкретного договора, а как общий принцип равного распределения, адекватно передается понятием справедливости.

Взаимное признание через формальное уравнивание как предпосылка правового общения является характерным приемом, засвидетельствованным как в сфере международного общения (*ius gentium*), так и в плане исключительно римского *ius civile*¹⁴. Техническое выражение "*se in fidem (alicuius) dedere*" – "отдаться в *fidem* (кого-либо)" – применялось для обозначения действий как отдельных лиц (Terent., Eun., 885 sq; 1039 sq), так и целых общин по установлению клиентской связи с влиятельным человеком¹⁵.

Об эффекте *fidem* в сфере международных отношений можно судить по словам Ливия об условиях, в каких оказался Кампанский народ, отдавшийся в *fidem* римлян¹⁶. Историк (Liv., 7,31,4) приводит формулу '*deditio in fidem*':

Populum Campanum urbemque Capuam, agros, delubra deum, divina humanaque omnia in vestram, patres conscripti, populi que romani dicionem dedimus, quidquid deinde patiemur, dediticii vestri passuri.

¹⁴ Beseler G. 'Fides' // Atti del Congresso Internazionale di diritto romano. V.I. Roma, 1933. P.140-167; Id. Zum römischen Frührecht // Hermes. 1942. 77. S. 78-88; Nörr D. Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafeln von Alcántara. München, 1989, S.145 sqq.

¹⁵ Harmand L. Le patronat sur les collectivités publiques des origines au bas-empire. Paris, 1957. P.13 sqq; Badian E. Foreign clientelae (260 - 70 B.C.). Oxford, 1958. P.5 sq; 47 sq, 154 sq.

¹⁶ Liv., 8,2,13: "Campanorum aliam condicionem esse, qui non foedere, sed per deditioem in fidem venissent... (положение кампанского народа было иным: они установили союз не по договору, но сдавшись на милость...)"; ср. Polyb., 21,4.

Народ кампанский и город Капую, поля, святилища богов, все [вещи] божественные и человеческие мы отдаем под ваше, отцы сенаторы, и римского народа покровительство; отныне, что бы ни пришлось на нашу долю, случится с отдавшимися вам.

"Venire in dicionem", упомянутое в этой формуле, создает впечатление полной подчиненности одного народа другому¹⁷, но именно безусловность такой покорности акцентирует идею доверия и соответствующую ей идею покровительства, патронажа¹⁸. Критикуя понимание *fides* в международных отношениях как власти народа победителя над побежденным, защищаемое в работах А.Пиганьоля и Л.Ломбарди, А.Каркатерра показал, что Рим также нес определенные обязательства в отношении *dedicti*, интересы которых получали судебную защиту (Liv., 28,21,1: "*arbitrium dicioque*"). В выражении '*deditio in fidem*' идея подчинения сосредоточена в слове "*deditio*", а не в "*fides*"¹⁹. Некоторые тексты говорят о '*venire in fidem*', противопоставляя *fides* и *potestas*²⁰. Наиболее примечательное противопоставление содержит диалог этолийских послов с консулом Манием Ацилием в 191 г. до н.э. (Polyb., 20, 9-10; Liv., 36, 28,3-5), где ситуативное понимание римлянином безусловной капитуляции врага натолкнулось на устойчивую, основанную на обычаях, трактовку сдачи на милость победителя, которая предполагала признание самостоятельности и автономной субъектности побежденных²¹. В новейшем исследовании опубликованной в 1984 бронзовой таблицы из Алькантары с договором 105 г. до н.э. между римским полководцем Л.Цэзией и лузитанской общиной Сеянов Д.Непп убедительно доказал, что содержащееся в формуле *deditio* выражение «*dum populus [senatusque] Romanus vellet*» (пока того желает римский народ и сенат) в

¹⁷ Piganiol A. Venire in fidem // RIDA. 1950. N.5. P.5; Lombardi L. Dalla "fides" alla "bona fides". Milano, 1961. P.48-51.

¹⁸ Nörr D. Aspekte, cit., S.146 sqq.

¹⁹ Carcaterra A. Intorno ai 'bonae fidei iudicia'. Napoli, 1964. P.195.

²⁰ Liv., 39,54,7: "*dedisse se prius in fidem quam in potestatem populi Romani* (отдаться скорее под покровительство, чем во власть Римского народа)"; Val.Max., 6,5,1: "*Faliscos non potestati, sed fidei se Romanorum commississe* (Фалиски передали себя не во власть, но под покровительство Римлян)".

²¹ Проблема существования общесредиземноморского публично-правового койнэ, общепризнанных обычаев международных отношений, на примере данного эпизода обсуждается в работе: Nörr D. Die Fides in römischen Völkerrecht. Heidelberg, 1991, S.4 sqq. Cp. Id. Aspekte, cit., S.32 sqq.

отношении сохранения личной свободы и имущества покоренных отражает признание статуса данной общины со стороны римской публичной власти, а вовсе не ее подчинение произволу Рима²². Сама ритуальная диалоговая форма *deditio* (Liv., 1,38,1-2), предполагает установление формального равенства между сторонами, основу взаимного признания и доверия. Именно как доверие (*Vertrauen, confiance*) трактуют *fides* крупнейшие исследователи, как юристы, так и лингвисты²³.

Было бы продуктивнее, следуя М.Фойхту²⁴, принять за исходное более широкое значение термина – "связь". Это значение отвечает этимологической близости '*fides*' с термином "*foedus*", договор (от глагола *foede-sum* (**foidesom*), *foidere*, засвидетельствованного в гимнах жрецов-Салиев: Varro, de l.l., 7,27)²⁵. Оно же прослеживается в распространенных выражениях юридической и бытовой лексики, как "*fidem rumpere*", "*fidem frangere*" ("ломать, разбивать *fides*")²⁶, которое несет в себе и идею долга, конформности общим правилам, правомерности. Нарушение *fides* (*fidem frangere*) эквивалентно коварству и предательству: "*perfide agere*" (Tryph. 14 disp. D.26,7,55,1 со ссылкой на XII таблиц), "*fraudem facere*" (Serv., ad Aen., 6,609: XII таблиц, 8,22).

Идентичность публичной и частной *fides* отражена в тексте Авла Геллия (Gell., 20,1,40):

Sic consules, clarissimos viros, hostibus confirmandae fidei publicae causa dedit, sic clientem in fidem acceptum cariorum haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit, neque peius ullum facinus existimatum est quam si cui probaretur, clientem divisui habuisse.

Так, римский народ в подтверждение публичной *fides* выдал врагам консулов, славнейших мужей; так, считал, что в отношении клиента, принятого в *fides*, следует

²² Nörr D. Aspekte, cit., S. 52 sqq.

²³ Nörr D. Aspekte, cit., S.32 sqq; 102 sq; Freyburger G. 'Fides'. Etude sémantique et religieuse depuis des origines jusqu'à l'époque augustéenne. Paris, 1986, p.31 sqq.

²⁴ Voigt M. Die XII Tafeln. Bd.2. S.709.

²⁵ Э.Норден усматривал в этом древнейшем термине латинской публичной лексики выражение правового (!) и религиозного чувства (*Rechtsgefühl und Religiosität*) римского народа: Norden Ed. Aus altrömischer Priesterbüchern. Leipzig, 1939, S.224.

²⁶ Dumezil G. 'Credo' et 'fides' // Idées romaines. Paris, 1969. P.47-59.

проявлять большую заботу, чем о родственниках, и защищать его от родных, и не было известно более тяжкого преступления, чем если кто-то обвинялся в разрыве с клиентом.

Эпизод с выдачей консулов, возможно, относится к войне с самнитами 321 г. до н.э., когда в заложники, чтобы гарантировать Кавдинский мир, заключенный консулами посредством клятвы (sponsio), были выданы шестьсот всадников (Liv., 9,5,1-5). В другом месте своего сочинения Авл Гелий приводит слова анналиста Клавдия Квадригария о шестистах гражданах, выданных самнитам в заложники (Gell., 17,2,21). При этом отношение описывается словом 'arrabo', эквивалентом 'pignus' ("залог"), в котором идея нерушимой связи выражена наиболее сильно. Идея связи преобладает в значении 'fides' над идеей подчинения как в международных отношениях, так и в частных.

Gell., 5,13,2:

Conveniebat autem facile constabatque, ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniūque nostrum dediderunt; tum tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque.

По обычаям римского народа было принято и широко известно, что после родителей в первую очередь следует заботиться о детях, вверенных в нашу fides и опеку; после них ближайшее место занимают клиенты, что поступили к нам в fides и под наше покровительство; затем на третьем месте - лица, связанные гостеприимством; затем - родственники и свойственники.

Опека над несовершеннолетними и женщинами также понималась как пребывание в fides опекуна, что в классической юридической терминологии выражалось как состояние свободного человека в особой potestas. По словам Сервия Сульпиция, опека (tutela) – это "vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum... iure

civili data ac permissa", "сила и власть над свободным человеком, для его защиты ...данная и дозволенная по гражданскому праву" (D.26,1,1 pr Paul., 38 ad ed.).

"*Vis ac potestas*" – идеоматическое выражение (*hendyadis*), распространенное в классической юриспруденции для указания на функцию или юридическую силу акта или нормативную суть отношения, и вовсе не свидетельствует о потестарной трактовке опеки в доклассическую эпоху. В Институциях Юстиниана (J.1,13,1), которые воспроизводят этот текст, стоит: "*iūs ac potestas*", – что соотносится с идеей *iūs*, которая лежит в основе различения лиц на самовластных и подвластных: *personae sui iuris* и *alieni iuris*²⁷. Здесь "*iūs*" выражает автономию семейства – *familia*, его творческую силу, которая концентрируется в личности домовладыки (*pater familias*), но обогащает и других домочадцев (*filiī familias*). *Potestas* опекуна восполняет дефект дееспособности подопечного, который, будучи домовладыкой, лицом *sui iuris*, просто не может состоять во власти другого лица. Эта связь служит формированию одной полноценной личности участника оборота, отнюдь не предполагая подчинения подопечного власти опекуна, подобной отцовской *patria potestas*. Ряд текстов различает "*fides*" и "*tutela*", снимая с первой потестарную семантику²⁸.

Fides, связывающая клиента с патроном, опекуна с опекаемым, воспринимается как полное личное подчинение, "*abandon total*"²⁹ только с точки зрения господствующих в древности правовых конструкций, когда лицо, лишенное *familia* - источника властных полномочий субъекта, – игнорировалось правовой системой, и личная связь с самовластным субъектом позволяла компенсировать дефекты правосубъектности в условиях неразвитого индивидуализма³⁰. Между тем, о личной ответственности сторон в отношении, основанном на *fides*, речь может идти только тогда, когда за лицом, отдавшимся "под покровительство" признается волевая основа

²⁷ Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право. М., 1993, с.52 слл.

²⁸ Liv., 24,22,15: *omnia quae suae fidei tutelaequae essent*; 38,31,2: *cum in fidem... tutelamque*; Sen., clem., 1,1,5: *omnia quae in fidem tutelam(que tuam venerunt)*; Gell., 5,13,5; 5,19,10; 20,1,39 sq; Apul., Plat., 2,25; Paneg., 11,[3],1,5.

²⁹ Выражение Ж.Эмбера, адепта концепции, понимающей древнюю '*fides*' как безусловное личное подчинение: Imbert J. De la sociologie au droit: la "*fides*" romaine // *Mélanges H.Lévy-Bruhl*. Paris, 1959. P.407-415. См. также: Imbert J. "*Fides*" et "*Nexum*" // *Studi V.Arangio-Ruiz*. V.I. Napoli, 1953. P.339-363; Lémousse M. L'aspect primitif de la '*fides*' // *Studi P.De Francisci*. V.2. Milano, 1954. P.39-52; Lombardi L. Dalla "*fides*" alla "*bona fides*", cit. P.48 sqq, 69 sq, 90 sq.

³⁰ Magdelain A. Remarques sur la société romaine arcaïque // REL. 1972. N.49. P.107 sqq.

личности: иными словами, *fides* позволяет воспринимать субъекта, самость которого отрицается господствующими в обществе представлениями об источнике частного волеопределения, в индивидуалистической парадигме, как отдельное самоценное лицо.

Среди широкого круга институтов римского гражданского права, в которых принцип *bona fides* выступает критерием типа правоотношения и взаимной ответственности сторон, немало древнейших или строго национальных форм.

На *bona fides* основаны не только контракты купли-продажи, аренды, подряда, перевозки, найма услуг, поручения, товарищества, залога, которые первоначально были сделками *iuris gentium*, ведение чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*), безымянные контракты, такие как мена, комиссия (*aestimatum*) и другие, признанные контрактами *iuris civilis* под влиянием Лабеоны (то есть не ранее конца I в. до н.э.), и фидеикомиссы (доверительное поручение завещателя наследнику), получившие исковую защиту лишь в конце I в. до н.э. и только в экстраординарных судах, – но и древний фидуциарный договор (*fiducia*), оформлявший самые разнообразные отношения, в том числе установление реальной гарантии обязательства, договоры ссуды, поклажи и поручения, а также такие гражданские институты, как приобретение по давности (*usucapio*), опека, имущественные отношения между супругами, а также поручительство (различные формы личной гарантии обязательств).

Римские юристы не оставили исчерпывающего списка отношений доброй совести. Наиболее полное перечисление, представленное у Гая, не включает исков из договоров ссуды, залога и исков из безымянных контрактов (Gai., 4,62):

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae...

Иски доброй совести таковы: из купли-продажи, найма, ведения чужих дел, поручения, поклажи, фидуциарного договора, товарищества, опеки, о вещах супруги...

В соответствующем месте Институций Юстиниана, помимо перечисленных, названы даже иски о разделе общего имущества и общего наследства (I.4,3,28):

...[actio] commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit.

...[иск] из ссуды, из залога, о разделе наследства, о разделе общей собственности, иски посредством предписанных слов, [а именно], который дается по договору комиссии и тот, что следует из договора мены.

Расширение класса исков доброй совести следует считать вторичным, связанным у упадком дихотомии гражданского права в постклассический период, строгого выдерживавшейся в эпоху классики (когда деление исков на actiones in rem и actiones in personam – иски вещные и личные – было основным: Gai., 4,1)³¹. В процессах о разделе общего имущества по доброй совести разбирались только личные отношения между сособственниками, связанные с нанесением ущерба или с тем, что один из них произвел необходимые расходы на общую вещь³²; такие отношения трактуются в юстиниановском праве как квазиконтракты (I.3,27,3-4), так как они возникают без договора, как например, опека.

³¹ Представляются обоснованными сомнения М.Таламанки в правомерности отнесения исков о разделе общего имущества (actiones divisoriae) к категории bonae fidei iudicia, достаточно распространенном в литературе (см. например, Kaser M. Das römische Privatrecht, Bd.I. München, 1971. S.486; 592), тем более, что формулы этих исков не содержат слов "ex fide bona" (Lenel O. Das Edictum perpetuum. Leipzig, 1927, S.208; ср. Iul.D.10,2,52,2); Talamanca M. Processo civile (diritto romano). - ED, vol. 36. Milano, 1987, nt.457.

³² Именно в этих случаях bona fides упоминается в качестве критерия судебного решения в iudicia divisoria: Iul.D.10,3,24 pr (= Gai., 41,1,45); Ulp., 10,3,4,2; Paul. D.10,3,14,1. В последнем тексте даже говорится, что "bonae fidei iudicium est communi dividundo", и на этом основании обсуждаются обязанности общих собственников по отношению друг к другу, подобные членам товарищества (socii). Данное утверждение (ср. D.10,3,4,2: Hoc iudicium bonae fidei est) справедливо трактуется как уподобление, приравнивание (gleichhalten) а не как определение: Kaser M. Das römische Privatrecht, Bd.I. S.592.

С другой стороны, Юстиниан причисляет к искам по доброй совести и иск об истребовании наследства (petitio hereditatis), на вторичность которого прямо указывают источники (C.3,31,13,3 а.531)³³. В этом случае смешение принципов личного и вещного иска засвидетельствовано источниками (Ulp. D.5,3,25,18), что позволяет именно с этим процессом связать неоправданное расширение списка исков доброй совести в юстиниановской систематике, который в доклассическую эпоху был также весьма обширен³⁴.

Уже первый систематизатор ius civile, основатель европейской юридической науки Квинт Муций Сцевола (консул 95 г. до н.э.) отводил отношениям доброй совести центральное место в римской правовой системе (Cic., de off., 3,17,70):

Nam quanti verba illa 'uti ne propter te fidemve tua captus fraudatusve sim'! quam illa aurea 'ut inter bonos bene agier et sine fraudatione'! Sed, quid sint 'boni', et quid sit 'bene agi', magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus eos arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis... in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerique essent iudicia contraria, quid quemque praestare oportet.

Ведь насколько значительны эти слова: "да не пострадаю от тебя, и от нарушения твоей fides, и от коварства твоего"! сколь золотые эти: "как надлежит поступать по-доброму между добрыми мужами и без коварства"! Но что значит "добрые" и что значит "поступать по-доброму", – большой вопрос. К тому же Кв.Сцевола, великий понтифик, говорил, что величайшей силой обладают те иски, в которых добавляется "на основании доброй совести", полагая, что термин "добрая совесть" имеет широчайшее распространение и применяется в делах об опеках,

³³ Schindler K.H. Justinians Haftung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen. Köln; Graz, 1966, S.177 sq.

фидуциарных сделках, договорах поручения, купли-продажи, найма... При этом, главная задача судьи установить, тем более что во многих делах существуют обратные иски, кто и что обязан предоставить.

Как видим, Квинт Муций, говоря об отношениях доброй совести, называет иски, будто сводя действие принципа к процессуальному феномену. Прежде чем непосредственно проанализировать этот вопрос, следует познакомиться с категорией исков по доброй совести (iudicia bonae fidei).

2. Иски "по доброй совести".

Формулы исков по доброй совести, считались гражданскими, основанными на праве (ius) в отличие от преторских исков, основанных на факте (factum).

Формула³⁵ – это процессуальное выражение правоотношения, ставшего предметом судебного разбирательства, в форме приказа претора (высшего судебного магистрата) судье, как разбирать дело. Формулы исков bonae fidei призывали судью определить объем обязанности ответчика на основании принципа доброй совести: "quidquid ob eam rem dare facere oporteret ex fide bona" (все что по этому делу следует дать, сделать по доброй совести). Например, формула иска из договора поклада (actio depositi) звучала таким образом:

QUOD AusAus APUD NumNum MENSAM ARGENTEM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NumNum AoAo DARE FACERE OPORTET

³⁴ Упоминание иска о вещах супруги – action rei uxoriae – в тексте Гая (Gai., 4,62) реконструируется по буквам RU, в которых видят сокращенное название (siglum) иска. См.: Kaser M. 'Oportere' und 'ius civile'. - ZSS, 1966, 83, S.24 sqq.

³⁵ Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996, с.181 слл.

EX FIDE BONA, EIUS IUDEX NumNum AoAo CONDEMNATO. SI NON PARET ABSOLVITO.

ПОСКОЛЬКУ А.АГЕРИЙ ОСТАВИЛ НА СОХРАНЕНИЕ У Н.НЕГИДИЯ СЕРЕБРЯНЫЙ СТОЛ, ПО КАКОМУ ДЕЛУ СЕЙЧАС ИДЕТ СПОР, ВСЕ ЧТО ПО ЭТОМУ ДЕЛУ А.АГЕРИЙ ДОЛЖЕН ДАТЬ СДЕЛАТЬ Н.НЕГИДИЮ НА ОСНОВЕ ДОБРОЙ СОВЕСТИ, СУДЬЯ, ОСУДИ К ЭТОМУ Н.НЕГИДИЯ В ПОЛЬЗУ А.АГЕРИЯ, ЕСЛИ ОН НЕ ВЕРНЕТ САМ. ЕСЛИ НЕ ВЫЯСНИТСЯ, ОПРАВДАЙ.

Критерием объема предоставления, ожидаемого от ответчика ("dare" – перенести собственность, "facere" – сделать), выступает именно bona fides. Хотя она и не является источником его обязанности (oportere), притязание истца будет признано обоснованным настолько, насколько оно соответствует принципу добросовестности. Например, если какое-либо требование из правомерной сделки предполагает предоставление, нарушающее основы нравственности, иск в этом отношении не будет иметь силы.

Pap., 28 quaest. D.22,1,5:

Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.

Можно сделать общее заключение, что иск по доброй совести не распространяется на то предоставление, притязание на которое противоречит добрым нравам.

Если обе стороны при заключении сделки или на стадии исполнения поступали с умыслом (обманом), ни одна из них не получит преимущества в процессе, так как принцип доброй совести, на котором основано судебное разбирательство по такому делу (iudicium, quod ex bona fide descendit – Paul. D.18,1,57,3), предписывает судье считать сам процесс неправомерным. Возможно, что дело в таком случае даже не

дойдет до судьи, так как уже претор откажет истцу в иске, считая саму сделку ничтожной. Принцип доброй совести не совместим с умыслом (D.3,3,34; 19,2,35 pr; C.2,3,5). Например, договор товарищества, относящийся к сделкам, основанным на доброй совести, при наличии умысла (dolus malus) одной из сторон, автоматически (ipso iure) признается ничтожным изначально.

Paul., 32 ad ed. D.17,2,3,3:

Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

Если товарищество составлено по злему умыслу или ради обмана, оно ничтожно в силу самого права, так как добрая совесть не совместима с коварством и умыслом.

Интенция³⁶ рассматриваемого иска "QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA" призывает судью учесть весь объем интереса истца и все возможные оправдания ответчика и привести отношение между сторонами к стандарту bona fides, которым определяется сама конструкция договора поклажи. Так, в случае, если судья выявит наличие обязанности и на стороне поклажедателя, то есть истца (например, возместить расходы, которые поклажеприниматель произвел на вещь, взятую на хранение), то он в рамках одного процесса произведет зачет встречных требований, вплоть до полного оправдания ответчика³⁷. Если же расходы поклажепринимателя превысят правомерные требования поклажедателя, он сможет взыскать их по встречному иску³⁸.

³⁶ Формула иска bonae fidei состоит из demonstratio (демонстрации, где называются юридические факты, состав дела), intentio (интенции – части, в которой излагается правовое притязание истца) и condemnatio (кондемпнции, где претор наделяет судью властью осудить или оправдать ответчика).

³⁷ Gandolfi C. Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana. Milano, 1976, p.69 sqq.

³⁸ Например, если принятое на хранение животное погибло в результате действия непреодолимой силы, то поклажеприниматель, не вернувший вещь, не несет никакой ответственности, тогда как поклажедатель все же должен будет компенсировать ему расходы на содержание животного до его гибели. Для взыскания расходов оправданному поклажепринимателю необходимо установить со своей стороны новый процесс: в рамках одного судебного разбирательства роли истца и ответчика строго определены и решение может быть вынесено только против одного из них. В литературе высказывалось мнение, что в процессе по иску доброй совести решение

Iudicia bonae fidei отличались особой гибкостью: ответчик по такому иску мог указать на пороки воли при заключении контракта, не прибегая к специальным исковым возражениям (*exceptio pacti, doli, metus*), как при сделках со строго определенной интенцией³⁹. Например, в процессе по иску о возврате данной взаймы денежной суммы (*actio certae creditae pecuniae*) или иной вещи (*condictio certae rei*), обманутый при заключении сделки должник будет осужден, если он не озаботится специально включить в формулу возражение об умысле. Истец по иску с определенной интенцией (кондикционному) мог добиваться только номинальной оценки объекта предоставления на момент установления процесса, даже если неисполнение долга ставило должника в более выгодное положение, так что он мог предпочесть намеренно удержать вещь у себя с тем, чтобы подвергнуться осуждению. Строгий иск не позволял кредитору даже вернуть свое - удовлетворить негативный интерес (как если бы сделки не было).

В отличие от такого иска посредством *actio bonae fidei* истец истребовал не только положительный интерес по сделке (*id quod interest*)⁴⁰, но и тот, что основывался на дополнительных соглашениях, заключенных в момент контракта или позже (*pacta adiecta in continenti* или *ex intervallo*). Судебное решение должно было учитывать все эти привходящие моменты, так что трактовка каждой конкретной юридической ситуации с позиций соответствия критерию доброй совести входило в обязанности судьи (*officium iudicis*).

Поскольку судья может вынести решение, лишь установив наличие соответствующих фактов, тогда как интенция *ex fide bona* не называет состав дела, необходима *demonstratio* (демонстрация - часть формулы, вводимая союзом "*quod*", "поскольку"). По форме, *demonstratio* соответствует фразе преторского эдикта⁴¹, введившей формулу:

могло быть вынесено даже против истца (например, Biondi B. *Iudicia bonae fidei*. - AP, 1920, p.61 sq), но оно не встретило поддержки. Ср. Kaser M. *Das römische Civilprozessrecht*. München, 1966, S.265.

³⁹ Knütel R. Die Inharenz der "exceptio" in "Bonae fidei iudicium". - ZSS, 84, 1967, S.133 sqq.

⁴⁰ Honsell H. *Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum römischem Schadenersatzrecht*. München, 1969.

⁴¹ Эта фраза, собственно, и называется "edictum".

QUOD QUISQUE DEPOSUISSE DICETUR, DE EO IN HAEC VERBA IUDICIUM DABO...

ЕСЛИ УТВЕРЖДАЕТСЯ, ЧТО КТО-ТО ЗАКЛЮЧИЛ СДЕЛКУ ПОКЛАЖИ, Я ДАМ ИСК В ТАКИХ СЛОВАХ...

Ответственность по иску ex fide bona оказывается связана именно с преторским решением. Однако это не означает, что сам принцип добросовестности принадлежит к плану преторской нормативной системы (ius honorarium, ius praetorium).

Как сообщает Гай в "Институциях" (Gai., Inst., 4,47), иск из договора поклажи (также как и иск из договора ссуды) имел и другую формулу, основанную на самом факте поклажи (т.н. formula in factum concepta):

SI PARET AumAum APUD NumNum MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NiNi AoAo REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX NumNum AoAo CONDEMNATO. SI NON PARET ABSOLVITO.

ЕСЛИ ВЫЯСНИТСЯ, ЧТО А.АГЕРИЙ ОСТАВИЛ НА СОХРАНЕНИЕ У Н.НЕГИДИЯ СЕРЕБРЯНЫЙ СТОЛ И ПО ЗЛОМУ УМЫСЛУ Н.НЕГИДИЯ ОН НЕ БЫЛ ВОЗВРАЩЕН А.АГЕРИЮ, СУДЬЯ, ОСУДИ Н.НЕГИДИЯ В ПОЛЬЗУ А.АГЕРИЯ НА ТУ СУММУ, СКОЛЬКО БУДЕТ СТОИТЬ ЭТА ВЕЩЬ. ЕСЛИ НЕ ВЫЯСНИТСЯ, ОПРАВДАЙ.

Формула состоит из intentio и condemnatio в объеме стоимости вещи на момент вынесения судебного решения. Истец должен доказать сам факт сделки и умысел (dolus malus) ответчика, не вернувшего вещь. Умысел презюмируется, если доказано отсутствие объективных препятствий для возвращения вещи. Для удовлетворения своего интереса (например, для взыскания расходов на содержание вещи) поклажеприниматель располагал встречным иском (actio depositi contraria). Таким

образом, если выяснялось наличие фактов, указанных в *intentio* (*SI PARET...*), ответчик подлежал осуждению, если не выяснялось (*SI NON PARET...*) оправданию. Право истца существует лишь в процессуальном смысле, поскольку только судебный магистрат (претор) связывает с договором поклажи юридические последствия.

В отличие от этой формулы вышеприведенный иск *bonae fidei* считается основанным на праве - *formula in ius concepta*: требование по доброй совести (*ex fide bona*) опирается на принципы *ius civile* и существует в материальном плане.

Формулы *in factum conceptae* отражают древнейший этап в развитии преторской защиты, когда претор, наделенный высшей властью (*imperium*), предписывал судье принять во внимание факт, не признанный *ius civile*. Иск может иметь формулу *in ius concepta*, только если требование истца основано на *ius civile*. Наличие двух формул для договора поклажи (а также ссуды – *commodatum*, ведения чужих дел без поручения – *negotiorum gestio*, реального залога - *pignus*⁴² и, видимо, договора поручения – *mandatum*) указывает на этап в развитии контракта, когда он не был признан гражданским правом и имел только преторскую защиту⁴³. Так, в списках исков доброй совести, приводимых Цицероном, еще отсутствуют иски из договоров поклажи, ссуды, поручения и залога (*Cic., de off., 3,17,70; top., 17,66; 10,42; de nat.deor., 3,30,74*)⁴⁴.

В древности отношения поклажи, ссуды, поручения и залога обслуживал гражданский фидуциарный договор – *fiducia* (*Gai., Inst., 2,60*)⁴⁵, само название которого показывает, что он основывался на *fides*. Ограниченность двойных формул кругом

⁴² Не представляются обоснованными распространенные сомнения в том, что личный иск о залоге (*actio pignoratitia in personam* – ср. I.4,6,28) имел формулу *ex fide bona* (Kaser M. *Das römische Privatrecht*. Bd.I, S.537, там же литература): о *fides* как основании иска и его помещении в рубрику эдикта "De rebus creditis" прямо говорит Цельс (*D.12,1,1,1*). Ср. *Afr.D.47,2,62(61),3; Alex.C.4,24,6; 8,27,4; Diocl.C.8,27,9*.

⁴³ См.: Segre G. *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno* [1906]. - *Scritti vari di diritto romano*. Torino, 1952, p.83 sq.

⁴⁴ Такое заключение в современной романистике общепринято: Kaser M. *Das römische Privatrecht*. Bd.I, S.486; Talamanca M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p.547.

⁴⁵ *Erbe W. Die Fiduzia im römischen Recht*. Weimar, 1940, S.137 sqq; Noordraven G. *De fiducia in het Romeinse recht*. Deventer, 1988, S.79 sqq. Ставит под сомнение многофункциональность фидуциарной сделки, сводя ее к двум фигурам: особой поклаже или залогу, П.Дзаннини: Zannini P. *Spunti critici per una storia del commodatum*. Milano, 1983, p.28 sqq.

контрактов, генетическим предшественником которых была гражданская сделка *fiducia*, не позволяет распространять указанный факт истории гражданского процесса на все *actiones bonae fidei*, как это принято сегодня в науке⁴⁶.

Показательно также, что формулы *in factum conceptae* сохраняются и после возникновения параллельных формул *in ius*, что было бы невозможным, если бы соотношение между этими средствами защиты прав состояло бы в степени признания правовой системой. Следует полагать, что возникновение исков доброй совести наряду с преторскими исками *in factum* связано именно со спецификацией отношений, которые прежде оформлялись единообразным фидуциарным договором (защищенным – уже в III-II вв. до н.э. - иском *bonae fidei* (*actio fiduciae*) с формулой *in ius concepta*)⁴⁷.

Можно указать и на практические удобства, и на специфику предмета судебного разбирательства при исках *bonae fidei*, отличавшие их как от иска из фидуциарного договора, так и от исков с формулой *in factum concepta*.

Демонстрация формулы *in ius concepta* не согласована с кондемпнацией, в которой фраза "если не выяснится..." оказывается искусственным довеском. Вслед за В.Аранджо-Руйцем⁴⁸, логично предположить, что она введена позднее по аналогии: глобальная интенция формулы обнимает все возможные ситуации между сторонами, включая и тот случай, когда ответчика следует оправдать. Вторичность фразы "если не выяснится...", призывающей судью разобраться в самом наличии юридических фактов, указанных в демонстрации, позволяет, таким образом, трактовать союз *QUOD* ("поскольку") в том смысле, что первоначально стороны могли обратиться к претору лишь по взаимному согласию, когда само наличие договора (например, поклада), принималось за исходный пункт для разбирательства. Иными словами, к суду

⁴⁶ Противоречия в господствующей теории, связывающей появление исков *bonae fidei* с деятельностью претора перегинов выявил Ф.Виакер: Wieacker F. Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia' // ZSS, 1963, N80, S.3-41.

⁴⁷ О формуле *actio fiduciae* см. ниже.

⁴⁸ Arangio-Ruiz V. Formule con demonstratio // Rariora. Napoli, 1946. P.38 sqq.

прибегали для лучшего согласования интересов, когда добрая воля (bona fides) каждой из сторон была налицо⁴⁹.

Наличие доброй воли сторон в том, чтобы признать наличие правоотношения, ставшего основанием для судебного разбирательства, позволяло сосредоточить внимание на том, чтобы как можно лучше учесть все привходящие моменты, в деталях оценить конкретную ситуацию и вынести наилучшее из возможных решений, которое бы удовлетворило интересы обеих сторон. О необычайно высоких требованиях к судье в процессе по иску, основанном на bona fides, говорит Цицерон (Cic., Top., 17,66):

In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi (vero) etiam UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est QUOD EIUS MELIUS AEQUIUS, parati esse debent. illi DOLUM MALUM, illi FIDEM BONAM, illi AEQUUM BONUM, illi QUID SOCIUM SOCIO, QUID EUM QUI NEGOTIA ALIENA CURASSET... tradiderunt.

Во всех этих тяжбах по формулам, в которых содержится фраза "по доброй совести" или "как следует поступать по-доброму между добрыми [мужами]" и прежде всего при иске о вещах супруги, в формуле которого [стоит]: "что является более добрым и более справедливым", - [судьи] должны иметь соответствующую подготовку. Там упомянули "злой умысел", там - "добрую совесть", там - "правильное и доброе", там - "что товарищ товарищу", "что тот, кто вел чужие дела..."

В ссылках на "злой умысел" и на "добрую совесть" можно усмотреть указание на формулы исков из консенсуальных (купля-продажа, аренда, подряд, трудовой договор, поручение) и реальных (поклажа, ссуда, залог) контрактов; слова

⁴⁹ Сходная логика представлена в работах: Amirante L. L'origine dei contratti di buona fede. - Studi in onore di A.Biscardi, v.6. Milano, 1988, p.85-86; Nörr D. Sulla specificita del mandato romano. - SDHI, 1994, 60, p.390; Marotta V. Tutela dello scambio e commerci mediterranei in eta arcaica e repubblicana. - Ostraka, 1996, 5, p.38.

"справедливое и доброе" стояли в иске об имуществе супруги (приданом)⁵⁰, требуемом после развода (actio rei uxoriae), а слова "что товарищ товарищу" - в иске из договора товарищества (societas)⁵¹; фраза "кто вел чужие дела" употреблялась в иске о ведении чужих дел без поручения (negotiorum gestio)⁵².

Различие в формулировке указывает на постепенное формирование абстрактной конструкции, выражающей ту степень близости и взаимного признания, которая возникает среди участников товарищества или среди друзей, по собственной инициативе принимающих на себя ответственность за состояние чужих дел (при negotiorum gestio). Слова "quod melius aequius" ("что лучше и правильнее") в иске о приданом соответствуют принципу bonum et aequum как наиболее естественному и адекватному критерию правового (праведного, правомерного) в человеческих отношениях. Вспомним знаменитое определение права у Цельса: "Ius est ars boni et aequi", которое можно, памятуя о правовом значении понятия справедливость перевести так: "Право – это система знаний о добре и справедливости"⁵³.

Принцип bonum et aequum в представлении римских юристов совпадает с принципом bona fides.

Сравним два текста в которых говорится о принципе взаимности, свойственном консенсуальным контрактам (когда обязательство возникает не иначе, как на обеих сторонах отношения, например, покупатель обязуется в пользу продавца, только если продавец в то же время становится должником покупателя).

Gai., Inst., 3, 167 (= D.44,7,2,3):

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet...

⁵⁰ Подробнее см.: Söllner A. Zur Vergeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'. Heidelberg, 1969, S.137 sqq.

⁵¹ Arangio-Ruiz V. La società in diritto romano. Napoli, 1950, p.176 sqq.

⁵² Подробнее см.: Wlassak M. Zur Geschichte der 'negotiorum gestio'. Eine Rechtshistorische Untersuchung. Jena, 1879, S.153 sq.

⁵³ Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское частное право, с.30.

В этих контрактах также одна сторона обязуется в пользу другой в отношении того, что одна должна обеспечить другой по принципу доброго и соразмерного...

Gai., 3 aureor. D.44,7,5 pr:

...actiones..., quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet.

...иски..., посредством которых они могут взаимно добиваться того, что одна сторона должна обеспечить другой по доброй совести.

Второй текст взят из позднего сочинения Гая "Res cottidianae" или "Libri aureorum", которое раньше зачастую считали постклассической переработкой его "Институций", но фразеология которого в данном случае основана на классическом слово-употреблении. Дословное совпадение контекста показывает, что понятие ex bono et aequo эквивалентно понятию ex fide bona. Оба выражения призваны указать критерий оценки юридической ситуации и меры ответственности по иску.

Если при исках строгого права, например, из стипуляции (ритуальной формы установления обязательства путем вопросов и ответов), истец мог добиваться только того, что было указано в словах торжественного заявления (nuncupatio), а ответчик - лишь оспаривать формальную сторону сделки, то в исках доброй совести речь шла о типичной для данного отношения воле сторон. Такой принцип интерпретации воли контрагентов выражен в тексте Ульпиана по поводу иска из договора купли.

Ulp., 32 ad ed. D.19,1,11,1:

Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

И прежде всего предметом разбирательства по данному иску становится то, что стороны определили в качестве предмета предоставления: поскольку это иск доброй совести, ничто более не соответствует доброй совести, как обеспечить то, что выражено при заключении контракта. Если же ничего специально оговорено не было, тогда будет обеспечено то, что естественным образом входит в действие этого иска.

Только в эпоху высокой классики римляне несколько отошли от первоначального буквализма в трактовке обязательства из стипуляции и создали ряд презумпций, однако и классическая юриспруденция при установлении предмета такого обязательства по-прежнему исходила из точного смысла произнесенных слов (*id quod actum est*)⁵⁴.

Понятно, что и такой способ интерпретации волеизъявления принимает принцип формального равенства за приоритетный: стипулятор (кредитор) при установлении обязательства всегда имел возможность сформулировать вопрос точнее и избежать неопределенности, промиссор (должник) - отказаться от заключения сделки или переспросить непонятный запрос. Однако стипуляция порождает обязательство именно в силу произнесения слов и таким образом ставит содержание волеизъявления в строгую зависимость от его формы (когда только явная оговорка могла служить извинением), тогда как право призвано оформлять непосредственно сами индивидуальные интересы, выраженные в волеопределениях сторон.

Сделки по доброй совести допускали самую полную свободу манифестации воли, но предписывали сторонам тип возможного волеизъявления (*causa*), которое, таким образом, оказывалось строго определенным по содержанию. Юридическое значение и соответствующую защиту получали только те типы интересов и установок, которые признавались соответствующими социально одобренным целям и принятому поведению. Правовая свобода здесь определяется тем, что волеизъявление признанного типа получает признание и защиту на всеобщем уровне. При допустимом

отклонении (например, в результате простительной ошибки) волеизъявление будет воспринято и зафиксировано как типичное - в соответствии с общественными ожиданиями, установившимися и существующими для данного типа интересов и отношений.

Другим существенным достоинством исков доброй совести была неопределенность интенции и зависимой от нее кондемпнации, когда судья не был связан необходимостью оправдывать ответчика, если притязание истца хоть в чем-то не соответствовало его праву⁵⁴. В этих исках формула содержит столь общий призыв к судье, что истец мог рассчитывать на удовлетворение даже в случае, если во время процесса выяснялось, что большая часть его ожиданий необоснованна. С другой стороны, он мог получить и намного больше, чем рассчитывал, если неправомерное поведение должника отягощало ответственность за неисполнение.

Отсутствие строгого формализма, ориентация на удовлетворение положительного интереса по сделке, а не на компенсацию в виде номинальной денежной оценки, зависимость от заинтересованности сторон в восстановлении справедливости как соответствия общему стандарту поведения, - делают иски доброй совести наиболее совершенным средством защиты в римском праве.

3. Соотношение процессуального и материального в феномене доброй совести.

Принцип *bona fides*, на основании которого определяется объем присуждения по иску, предстает наиболее адекватным выражением идеи гражданского оборота, свободы договора, взаимного признания как условия правового общения, автономии индивидуальной воли.

Остается, однако, открытым вопрос, насколько обязанность ответчика зависит от усмотрения судьи и не сводится ли принцип доброй совести к произволу частного лица, наделенного претором судебной властью по конкретному делу. Присутствие в

⁵⁴ См.: Pringsheim F. *Id quod actum est.* - ZSS, 77, 1960, S.1 sqq

⁵⁵ В исках доброй совести, таким образом, превышение требования (*pluris petitio*) невозможно технически.

формулах исков доброй совести термина "*oportere*", указывающего на гражданскую обязанность ответчика на момент установления процесса (*litis contestatio*), отводит выражению "*ex fide bona*" роль квалифицирующего придатка, маргинального уточнения, лишенного нормативной силы. Один из самых тонких исследователей римского гражданского процесса Г.Броджини видел роль судьи в том, что он определяет лишь объем ответственности, но не наличие обязанности. Иными словами, *ex fide bona* – это критерий для судебного решения, а не основание права истца⁵⁶. А.Каркатерра полагал, что *bona fides*, будучи критерием для решения судьи, определяет содержание (дает форму) *oportere*, создавая тем самым обязанность ответчика⁵⁷. Здесь процессуальный аспект отношения смешивается с материальным: после установления процесса (*litis contestatio*) должник более не несет обязанности, так как происходит преобразование (новация) отношения, превращающая его в ответчика по иску. Вопрос в том и состоит, является ли *bona fides* основанием для требования кредитора и установления процесса. Если бы *bona fides* только определяла объем ответственности, она была бы лишь одним из источников обязанности ответчика по исполнению судебного решения, то есть имела бы исключительно судебную природу. Само выражение "*ex fide bona*" говорит о том, что добрая совесть выступает однопорядковым *ius civile* нормативным источником требования, а не критерием судебной оценки: в противном случае вместо предлога "*ex*" (ср. *actio ex stipulatu* - иск на основании стипуляции, из стипуляции) стояло бы "*secundum bonam fidem*".

По сути соглашаясь с тем, что *bona fides* не является нормативным основанием для *oportere*, Л.Ломбарди отмечает, что "*ex fide bona*" стоит в интенции иска ("*quidquid dare facere ex fide bona oportet*"), а не в кондемпнции: "*quidquid*" – это содержание *oportere*, которое лишь получает определенность в момент вынесения решения. Нормативным основанием обязанности ответчика (*oportere*) является *ius*, что

⁵⁶ Broggin G. Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Köln, 1957, S.194 sq; 209.

⁵⁷ Carcaterra A. La buona fede in diritto romano. Bari, 1956, p.71 sq.

согласуется и с тем, что формулы исков доброй совести это формулы *in ius conceptae*⁵⁸.

Это заключение также противоречиво: с нормативной точки зрения, *oportere* не является содержательно неопределенным, поскольку каузальный характер иска (только отношения определенного типа – *causa* – пользовались защитой посредством *iudicia bonae fidei*) предполагает известность предмета сделки или юридического факта, на котором истец основывал свое притязание. Объем ответственности может быть самым разным в зависимости от обстоятельств дела, но правомерность или неправомерность притязания истца – собственно *oportere* – определяется не судебным усмотрением, а нормативным порядком. И если объект правового ожидания истца – *quidquid* – стоит в зависимости от *bona fides*, то *bona fides* будет однопорядкова *oportere*⁵⁹, а значит – самому *ius civile*.

Неопределенность интенции (как и кондемнации) не означает неопределенности обязанности с точки зрения *ius civile*, напротив именно ясность критерия позволяет отнести определение объема ответственности за неисполнение к ведению частного лица (*arbiter, iudex privatus*), которое не могло быть надлежащим образом профессионально подготовлено, вопреки пожеланию Цицерона. Нормативная роль судьи потому и представляет собой *officium* (долг, общественную обязанность), что она формально определена и является одной из функций правовой системы, в рамках которой – и как момент которой – существуют и отношения, построенные на доброй совести.

Те исследователи, которые видели в *bona fides* основание иска⁶⁰, все же исходили из вторичности признания этих отношений на уровне *ius civile* и полагали, что нормативным источником обязанности ответчика – *oportere* – являлось преторское право⁶¹. В этом они следовали тезису Э.Хушке о том, что *bona fides* получила

⁵⁸ Lombardi L. Dalla “fides” alla “bona fides”, cit., p.197 sqq.

⁵⁹ Ср. Kunkel W. Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht. – Festschrift P.Koschaker. Bd.2. Weimar, 1939, S.13 sqq.

⁶⁰ Krüger H. Zur Geschichte der Entstehung der ‘bona fidei iudicia’. – ZSS, 1890, S.165 sqq;

Karlowa O. Römische Rechtsgeschichte, Bd.2. Leipzig, 1902, S.682 sq.

⁶¹ Lenel O. Das Edictum perpetuum, cit. S.4, A.1. Показательно, что эта точка зрения практически смыкается с взглядом Л.Ломбарди, который, критикуя тех, кто видит в *bona fides* особую нормативную систему для

значение в юрисдикции претора peregrinorum (*praetor peregrinus*) – специального судебного магистрата, ведавшего делами, в которых хотя бы одна из сторон была чужестранцем.

Концепция Хушке основана на том, что большинство контрактов *bonae fidei* принадлежали *ius gentium* (Gai., 3,154; D.2,14,4 pr-1; 18,1,1,2; 19,2,1; 50,17,84,1). Хотя сегодня понимание *ius gentium* значительно изменилось, *bona fides* по-прежнему мыслится как вторичный по отношению к *ius civile* принцип, развившийся в обороте peregrinorum и привнесенный в собственно римское право через преторские процессуальные формы⁶².

Однако анализ именно процессуальной проблематики вызывает сомнения в основательности утвердившегося в науке взгляда. Цицерон (Cic., de off., 3,15,61) указывает, что процессы, в которых добавлялось "ex fide bona" (т.е., *iudicia bonae fidei*) считались *iudicia sine lege*, судебными разбирательствами без закона. В романистике этот факт интерпретировался по-разному. Одни (Г.Дернбург, О.Карлова) считали, что речь идет об отсутствии правового основания для иска, другие (Б.Арндс, А.Уббелоде), что законного основания было лишено судебное решение. Наибольшим авторитетом пользуется мнение М.Влассака⁶³, по которому, имелись в виду судебные разбирательства, основанные на власти магистратов (преторов) и сведения Цицерона относятся к той эпохе, когда сделки *bonae fidei* еще не вошли в *ius civile*. Такое понимание соответствует фундаментальному различию в римском классическом праве двух видов судебных разбирательств (Gai., 4,103-104): законных – *iudicia legitima* и основанных на высшей власти (*imperium*) судебных магистратов – *iudicia imperio continentia*.

peregrinorum, указывал на отсутствие какого-либо "ius bonae fidei", в отличие от динамично развивавшегося именно в плане регулирования отношений с участием чужестранцев *ius honorarium* (преторского права). См.: Lombardi L. Op. cit., p.189.

⁶² Serrao F. La 'iurisdictio' del pretore peregrino. Milano, 1956. P.38-55; Pugliese G. Il processo formulare. Milano, 1963. P.48 sqq.; Kaser M. Das römische Privatrecht, Bd.I, S.406; Tondo S. Profilo di storia costituzionale romana. Milano, 1991. P.182 sq.

⁶³ Wlassak M. Römische Prozessgesetze. Wien, 1926. Bd.2. S.252.

Это различие имело значение для преклюзивного эффекта *litis contestatio*: повторное разбирательство по тому же делу не допускалось либо *ipso iure* (в силу самого права), так как истец утрачивал требование в материальном плане (в плане *ius civile*) и не мог повторить процесс, либо *ope exceptionis* (в силу искового возражения), когда иск у активной стороны в отношении сохранялся, но его вчинение могло быть парализовано специальным исковым возражением (эксцепцией) - *exceptio rei in iudicium deductae* (о том, что по этому делу однажды уже был установлен процесс, т.е. что оно уже было предметом *litis contestatio*). *Ipso iure* погашалось только требование по личному иску (*in personam*), предъявленное в *iudicium legitimum*, если иск имел формулу *in ius concepta* (Gai., 4,107):

Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intensionem, postea ipso iure deeadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Если же в законном судебном разбирательстве вчинялся личный иск с формулой, которая имеет интенцию, основанную на ius civile, то после иск по тому же делу не допускался в силу самого права и эксцепция была излишней; если же вчинялся вещный иск или иск с формулой, основанной на факте, то после в силу самого права право на иск тем не менее сохранялось и поэтому была необходима эксцепция о том, что по этому делу было вынесено судебное решение, или о том, что дело уже было предметом тяжбы.

Различное действие преклюзивного эффекта *litis contestatio* породило примечательную контрверзу среди классических юристов, которая весьма информативна для вопроса о характере исков доброй совести. Гай (Gai., 4,114; ср. I.4,12,2) сообщает, что его учителя – юристы сабинианской школы – допускали право ответчика на исполнение обязательства после установления процесса, тогда как авторы прокулианской школы придерживались строгого взгляда, что он все равно

должен быть осужден (но мог потом рассчитывать на преторскую защиту, чтобы избежать повторного исполнения в пользу победителя процесса), делая исключение только для исков доброй совести, поскольку в них предусматривалась свобода усмотрения судьи. Иными словами, сабинианцы игнорировали новирующий эффект *litis contestatio*, будто на стороне истца и после установления процесса сохранялось право требования в материальном плане.

Их оппоненты, в соответствии с древним взглядом (Gai., 3,180), полагали, что после *litis contestatio* обязательство ответчика новируется настолько, что исполнение уже не может повлиять на судебное решение. Исключение, которое они делают для *iudicia bonae fidei* означает, что здесь и после *litis contestatio* активная сторона в отношении сохраняла право из обязательства в материальном плане, т.е. в этих судебных разбирательствах требование истца не погашалось *ipso iure*. Поскольку все иски доброй совести представляли собой *actiones in personam*, а формула *in factum concepta* не содержала слов "*ex fide bona*", следует считать, что мнение прокулианцев отражает тот этап в становлении этого вида гражданского процесса, когда он основывался на *impetrium* претора.

Выявленное соответствие показывает, что власти судебного магистрата – как обычно считается, претора peregrinorum – было недостаточно, чтобы парализовать требование истца в материальном плане. Следовательно, правоотношения, защищенные исками *bonae fidei*, принадлежали *ius civile*, даже если не предусматривались законом⁶⁴. Этот вывод согласуется с отмеченной выше структурой формул с *demonstratio*, в которых выражено юридическое значение определенных актов и сделок⁶⁵.

4. Юридический характер *fides* в ритуалах *ius civile*.

⁶⁴ Так, Цицерон (Cic., de off., 3,15,61) противопоставляет защиту от злого умысла (*dolus malus*), основанную на законе, как опека по закону XII таблиц, и отношения, защищенные исками *bonae fidei* без закона, явно оставаясь в рамках *ius civile*.

⁶⁵ Ср. Kunkel W. *Fides als schöpferisches Element*, cit. S.1 sqq.

Мы уже видели, что целый ряд древнейших отношений *ius civile* основан на *bona fides* и защищен исками доброй совести. Осуждение по искам доброй совести вело к *infamia* (бесчестью). Некоторые исследователи⁶⁶ видят в этом реликт древней сакральной санкции "*sacer esto*", делая отсюда вывод о том, что собственно юридическое значение *fides* приобретает только в тех отношениях, которые выходят за рамки квиритской общины, т.е. не ранее учреждения претора peregrinorum. Связь сакральной санкции с *fides* (точнее, ее антиподом - *fraus*) представлена в законе Ромула, воспроизведенном в законах XII таблиц (8,21): "*PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FECIT SACER ESTO* (если патрон совершит коварство в отношении клиента, пусть будет посвящен подземным богам)".

Из разъяснений древних авторов следует, что *sacertitas* ставила человека вне божеского и человеческого закона. Того, кто был объявлен *sacer* дозволялось безнаказанно убить (*Fest.*, p.424 L; *Dionys.*, 2,10,3), его имущество конфисковывалось в пользу храма Цереры (*Cic.*, *pro Tul.*, 48)⁶⁷. На деле это означает тотальную редукцию личного статуса, что в сравнении с бесчестием (*infamia*), последствия которого были намного менее тяжки, создает впечатление архаичной и религиозной по содержанию санкции. Однако древность знает и другие виды редукции статуса должника, которая воплощалась в личном подчинении кредитору (в форме *nexum*, *manus iniectio*⁶⁸).

Сакральный характер санкции за нарушение *fides*, связан, скорее с господствующими в обществе представлениями, семиотическим узусом, и проявляется в плане обозначения, а не явления. Вместе с изменением общественного сознания, меняется и личный эффект санкции за коварство. Во всяком случае, сакральная санкция говорит не в пользу квиритской исключительности отношений, построенных на *fides*, в предполагаемую доюридическую эпоху этого принципа. *Sacertitas* в большинстве ситуаций связана с плебейской частью римской общины. Так, объявляется *sacer* посягнувший на личность плебейского трибуна, о чем и говорят

⁶⁶ Например: Amirante L. *L'origine dei contratti di buona fede*, cit. p.85.

⁶⁷ О значении санкции "*sacer esto*" см.: Fiori R. *Homo sacer*. Roma, 1996. p. 66 sq.

⁶⁸ Подробнее см.: Дождев Д.В. Римское частное право, с.176 слл; Он же. Основание защиты владения в римском праве. М.,1996, с.100 слл.

вышеприведенные источники. Эта неприкосновенность была установлена особыми сакральными законами (*Fest., s.v.leges sacratae*, p.424 L), принятыми после первой сессии плебса в 494 г. до н.э. Церера - плебейская богиня. Клиентами обычно становились непатриции. Религиозное основание утверждается там, где слабо развито юридическое. В эпоху до принятия XII таблиц в таком положении находился именно плебс, который не мог рассчитывать на равенство перед законом⁶⁹. Иными словами, сакральный характер санкции закона Ромула говорит не о сакральном характере *fides*, а о неюридической природе связи патрона с клиентом в начале римской истории. Постепенное "обмирщение" имеет своим предметом не *fides*, а те отношения, которые в глубокой древности были защищены неюридическими средствами, поскольку существовали в той сфере социального взаимодействия, которая не допускала свободу личности и автономию воли.

Если обратиться к первому договору Рима с Карфагеном, заключенному также до принятия законов XII таблиц, можно увидеть, что в торговых отношениях, субъекты которых более свободны от групповых ограничителей, *fides* носит юридический характер, являясь источником нормативности. Текст договора дошел в труде Полибия (*Polyb.*, 3,22,4 и 8-10):

"Быть дружбе между римлянами и союзниками и карфагенянами с союзниками на нижеследующих условиях...

Явившиеся по торговым делам не могут совершить никакой сделки иначе, как при посредничестве глашатая или писца. В отношении всего того, что в присутствии этих свидетелей будет продано в Ливии или в Сардинии, продавец будет пользоваться публичной *fides*. Если кто из римлян явится в подвластную карфагенянам Сицилию, то во всем будет пользоваться одинаковыми правами с карфагенянами..."

Эту цитату Полибий (3,23,4) комментирует следующим образом:

⁶⁹ Значение принятия XII таблиц как акта установления равенства граждан перед законом подчеркивается римской исторической традицией: *Liv.*, 3,31,7; 3,56,9; *Tac., Ann.*, 3,27.

"По торговым делам римлянам дозволяется приходить в Карфаген и во всякий другой город Ливии по сю сторону Прекрасного мыса, а также на Сардинию и подчиненную карфагенянам часть Сицилии, причем карфагеняне ручаются обеспечить на основе публичной *fides* каждому его право".

По словам самого Полибия (3,22,3), он выполнил перевод на греческий с латыни, причем со всей возможной точностью, "ибо и у римлян нынешний язык настолько отличается от древнего, что некоторые выражения договора могут быть поняты с трудом лишь весьма сведущими и внимательными читателями".

Итак, для восстановления смысла договора необходим обратный перевод на латынь и при этом с учетом того, что архаический язык памятника римские знатоки (имеются в виду, очевидно, *prudentes* – юристы) не смогли объяснить греческому историку до конца⁷⁰.

Слова "δημοσία πίστις" в тексте договора и в толковании Полибия соответствуют латинским "*publica fides*" (так что в переводе вместе русского заменителя удобнее было просто поставить латынь).

Слово, традиционно передаваемое в переводах Полибия термином "продавец", в оригинале представлено формой причастия совершенного вида от глагола "ὑποδίδωμι" (от-давать), который может означать также и "покупать" и указывать на осуществление предоставления по договору вообще. Латинским оригиналом этого искусно подобранного Полибием терминологического эквивалента может быть только "*venum dare*" (откуда "*vendere*", продавать), зафиксированное в законе XII таблиц 4,2 b (Ulp., 10,1): *SI PATER FILIUM TER VENUMDUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO* (Если домовладыка трижды продаст подвластного сына, пусть сын будет свободен от домовладыки). Закон приписывается еще Ромулу (Fest., p.336 L). Он ограничивал возможность распоряжаться подвластными как рабочей силой, выдавая их другим лицам на условиях, близких к рабским (*in mancipio*). Выдача производилась в форме

манципации (mancipium) – символической продажи (imaginaria venditio), по словам Гая (Gai., 1,119; ср. 1,113). Итак, "vendere" - эквивалент "mancipare". Косвенно этот вывод подтверждается словами Помпония из комментария к сочинению Кв.Муция Сцеволы (Pomp., 18 ad Q.Muc. D.40,7,29,1):

...lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur...

...считается, что закон Двенадцати таблиц обозначал словом "купля" всякое отчуждение...

"Emere" значит "покупать", "приобретать". Но такое же значение в предклассический период утвердилось за словом "mancipare", которое в эпоху XII таблиц означало "отчуждать" ("venum dare").

Выражение "κῆρυξ καὶ γραμματεὺς" (глашатай и писец) представляет собой передачу латинского словосочетания с единым значением (hendyadis), аналогом которого может выступать "interpres arbiterve", встречающееся в рассказе Ливия о роли Менения Агриппы, выступившего посредником во время первой сецессии плебса. Недавно, опираясь на свидетельства о распространении официальных посредников при сделках в странах Восточного Средиземноморья, А.Мартино отождествил фигуру, упоминаемую в договоре Рима с Карфагеном с семитским 'rb', поддержав на этой основе новую (более убедительную, чем прежние) этимологию термина "arbiter"⁷¹. Эта реконструкция получила продолжение в работе В.Маротты, который выводит из отождествления терминов новую гипотезу о происхождении римских арбитражных судов (arbitria) в сфере международной торговли, тем более что традиция сохранила немало сведений о существовании в Риме эмпория (торжища для иностранцев) с незапамятных времен⁷². Эта концепция, опирающаяся и на

⁷⁰ Это признание Полибия лишь добавляет доверия к его сведениям: Цицерон (de leg., 2,25,64) свидетельствует, что уже Секст Элий (консул 198 г. до н.э., младший современник Полибия), автор комментария к XII таблицам, недостаточно понимал смысл некоторых законов.

⁷¹ Martino A. Arbiter. Roma, 1986, p.46 sqq.

⁷² Marotta V. Op.cit., p.25 sqq. Скептически отнесся к этой гипотезе Д.Непп: Nörr D. Aspekte, cit., S.109.

археологические данные о присутствии восточных купцов в Лации и южной Этрурии уже в VI в. до н.э., открывает новую главу в изучении исков доброй совести и "права народов".

Известно, что первоначально судопроизводство по доброй совести велось третейскими судьями - арбитрами, так что источники строго различают *arbitria bonae fidei* и законные судебные разбирательства – *iudicia legitima* (Cic., *de off.*, 3,17,70; *pro Rosc.*, 4,10-13)⁷³. Противопоставление как будто предполагает, что процесс по доброй совести законным не считается (ср. рассмотренное выше⁷⁴ выражение «*iudicia sine lege*» - Cic., *de off.*, 3,15,61). Именно такую интерпретацию предложил недавно Ф.Галло, полагая, что при этом подходе вторичность гражданского характера *iudicia bonae fidei* выявляет преторское происхождение (естественно, в суде претора peregrinorum) этих форм защиты⁷⁵. В речи в защиту Росция Цицерон противопоставляет *iudicia legitima* и *arbitria honoraria* (Cic., *pro Rosc.*, 5,15). Очевидно, отсюда нельзя делать вывод о том, что все иски доброй совести были в эпоху Цицерона преторскими⁷⁶, однако приведенные данные позволяют рассматривать международную торговлю в качестве источника основных отношений коммерческого оборота (таких, как купля-продажа, во всяком случае).

Представляется более взвешенной позиция прежних исследователей, которые усматривали в первоначальном обособлении *arbitria* от *iudicia* свидетельство того, что *arbiter* обладал значительными автономными судебными полномочиями, основанием которых как раз и выступала *fides*⁷⁷.

Можно также поставить под сомнение параллель между посредником, упомянутым в договоре с Карфагеном, и арбитром, обладавшим судебными полномочиями. Данные о посредниках в обычаях восточносредиземноморской торговли говорят о том, что роль "посредника" никогда не достигала судебной, его

⁷³ См.: Broggin G. Op. cit., S.189 sqq; 227 sqq.

⁷⁴ См. выше, с.[24].

⁷⁵ Gallo F. *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerche degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. Torino, 1992, p.56, nt.84.

⁷⁶ Как это делает Ф.Галло: Gallo F. Op.cit., p.67, nt.109.

⁷⁷ Wieacker F. Op. cit., S.33 sqq; Luzzatto G.I. L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana. - *Rivista di diritto processuale civile*, 1965, p.926 sqq.

функции ограничивались заведательствованием, регистрацией и гарантией действительности сделки⁷⁸. Отсюда распространенная трактовка публичной fides, упоминаемой в договоре, как гарантии сделки, а исходя из конкретной гипотезы, рассматриваемой в тексте, – обеспечения встречного предоставления тому из контрагентов, кто первым произвел исполнение ("продавцу"). Эта роль выявляет нормативный характер данной fides, что отрицает наличие особых полномочий у посредника.

Придерживаясь выявленного латинского соответствия слову "продавать" – "venire dare" (т.е. совершать сделку в формально определенном порядке, подобно мандипации), можно показать, что fides, упоминаемая в договоре, является публичной в том смысле, что она уравнивает участников отношения, ставя их в одинаково обеспеченное положение при соблюдении формальностей, предусмотренных договором. Договор (foedus, от fides) является нормативной базой сделок между римлянами и карфагенянами. Fides обеспечивает формальное равенство сторон, также как договор, преодолевая международный конфликт, – политическую защиту и личную безопасность.

В Институциях Юстиниана декларируется принцип обеспечения права контрагента, первым осуществившего исполнение (J.2,1,41):

... [res] venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignori dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.

...проданная же и переданная вещь приобретается покупателю только в том случае, если он уплатит продавцу цену или даст ему обеспечение каким-либо иным образом, например предоставив поручителя или залог. Это предусматривается даже законом XII таблиц, однако правильно говорится, что этого требует и

⁷⁸ Frezza P. Ius gentium. - RIDA, 1950, p.216, nt.11.

всеобщее, то есть, естественное право. Но и если тот, кто продал, положится на fides покупателя, следует сказать, что вещь сразу же становится собственностью покупателя.

Помимо "права народов" и "естественного права" текст упоминает закон XII таблиц. Таким образом, перед нами принцип, общий как ius civile, так и ius gentium.

Такой вывод подтверждает текст Помпония из комментария к Кв.Муцию, в котором воспроизводится тот же ряд условий перехода собственности при исполнении продавцом обязательства из купли-продажи.

Pomp 31 ad Q.Muc. D. 18,1,19:

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.

То, что я продал, становится собственностью получившего, не иначе как если нам уплачена покупная цена, или с его стороны дано обеспечение или мы доверимся покупателю без всякого обеспечения.

Известно⁷⁹, что выражение "fidem sequi (habere)" в юстиниановских и пост-классических текстах практически не встречается ("fidem sequi" - только в С. 7,58,3; 7,72,2 A.Sev. et Gord.; "fidem habere" - CTh. 10,18,1 a.315 Const.; 11,39,3 a.334 Const. = С. 4,20,9; С. 4,22,5 Diocl.), логично признать, что текст Институций Юстиниана воспроизводит классический источник⁸⁰. Приспосабливая древний принцип⁸¹ к новым правовым системам (ius civile, ius gentium), текст разворачивает прежний синкретичный знак, денотат которого неизбежно указывает на манципацию (как слово

⁷⁹ Feenstra R. Fidem emptoris sequi // Studi U.E.Paoli. Firenze, 1955. P.284 sq.

⁸⁰ Детальную критику текста см.: Дождев Д.В. Основание защиты владения, с.111 слл; 120 слл.

⁸¹ Понятно, что в XII таблицах речь не могла идти об emptio venditio - институте ius gentium - и обсуждалась манципация.

"vendere"), при которой уплата цены символизируется передачей "продавцу" медного бруска (тогда как реальная уплата остается за кадром ритуала).

"Fidem sequi" оказывается одним из эффектов манципационного ритуала, а слова первого договора с Карфагеном получают смысл: если использована ритуальная форма сделки, позиция отчуждателя и его притязание на встречное исполнение получает правовую защиту. В "посреднике" следует видеть функционера, подобного римскому весодержателю (*libripens*), а не эллинистического рыночного надзирателя (или нотауриуса) или (хуже известного) семитского арбитра-судью.

Обобщающим названием для манципационно ритуала в древности было "nexum" (Varro, de l.l., 5,107). Nexum (дословно - "связь") и *fides* синонимы. Так, описывая законодательную отмену nexum в 326 г. до н.э., Ливий (Liv., 8,28,3) говорит об упразднении "оков *fides*" ("*vinculi fidei*"). "Fides" в этом контексте относится не к кредитору, а к должнику⁸²: именно в его лице, в его социально значимой роли происходит обезпризнанная перемена с установлением обязательства, лично подчиняющего его кредитору.

Характер *fides* как основы соглашения между лицами, связанными в одну релевантную в процессе социального взаимодействия *persona* непосредственно зависит от ритуальной формы установления этой связи (nexum), когда контрагенты в формальном аспекте отождествляются друг с другом по одному основанию — обладанию вещью, объектом соглашения.

Индивидуалистически определенное непосредственное отношение к вещи оказывается возможным только с отказом от собственной независимости, но именно в этом отказе — обратной стороной которого является признание самоценности другого лица — осуществляется освобождение участника оборота от групповых форм общежития и мировосприятия, преодолевается зависимость индивида от семейной группы и от иных специально-ролевых связей, подавляющих и подменяющих собственные интересы личности. Fides, позволяя участникам отношения различать

друг друга как субъектов, служит компенсатором неизбежного поглощения личности контрагента (в ее формальном восприятии) при вторжении в сферу признанного контроля другого лица, собственника приобретаемой вещи. Взаимоуважение сторон, взаимное признание, которое формализуется в правовой принцип bona fides, обеспечивает социальную значимость отдельной личности как таковой, ведет к осознанию себя и своих интересов.

Fides - это первичная форма, в которой воплощается самоценность индивида. Этот гуманистический потенциал одного из центральных принципов правосознания демонстрирует социальную ценность самого права.

⁸² Lombardi L. Op. cit., p.127; Nörr D. Aspekte, cit., S.86.