

41. *Olafsen, O.* Jordfaelleskab og sameie. En historisk undersogelse / O. Olafsen. — Kristiania, 1914.
 42. *Olsen, M.* Farms and Fanes of Ancient Norway / M. Olsen. — Oslo, 1928.
 43. *Ostberg, K.* Norsk bonderet / K. Ostberg // Sedvaner i granneforhold. Bind. V. — Oslo, 1928.
 44. *Shteteling, H.* Scandinavian Archaeology / H. Shteteling, H. Falk. — Oxford, 1937.
 45. Гуревич, А.Я. Норвежская община в раннее средневековье / А.Я. Гуревич // Средние века: сб. — М.: АН СССР, 1958. — Вып. 11.
 46. *Гуревич, А.Я.* Большая семья в северо-западной Норвегии в раннее средневековье (по судебнику Фростатинга) / А.Я. Гуревич // Средние века: сб. — М.: АН СССР, 1956. — Вып. 8.
 47. *Norges gamle love indtil 1387* / Ung. ved. R. Keyser, P. Munch. — Christiania, 1846. — Bd. 1.
 48. Ландслаг короля Магнуса Эрикссона / пер. со старошвед. и прим. С.Д. Ковалевского // Средние века. Сб. Вып. 26. — М.: Наука, 1964.
 49. *Gierke, O.* Deutsches privatrecht / O. Gierke. — Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1895. — Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht.
 50. *Gierke, O.* Deutsches privatrecht / O. Gierke. — Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1905. — Bd. 2: Sachenrecht.
 51. *Capitant, H.* Cours élémentaire de droit civil Francais / H. Capitant, A. Colin. — T. 1. — Paris, 1923.

(Окончание в следующем номере.)

А.А. ШАФАЛОВИЧ

ПАРАДОКС ВОЛИ В ДЕЛЕНИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Деление правовых фактов по волевому признаку на события и действия очень важно для современной их классификации. В отношении к римскому праву такой подход неприемлем, так как ставит вопрос поиска иного, соответствующего римскому правопониманию, критерия для подобного деления.

Воля является слишком абстрактным для римского правосознания критерием деления правовых фактов. Историография указывает на явную проблему в римском праве с делением фактов на события и действия [1, 493–494]; на то, что различие между естественными событиями и актами человеческого поведения имело “интуитивный характер” [2, 158], а волевой критерий “имел ограниченное употребление” [3, 178]. Это подтверждается анализом латинских терминов и можно объяснить природной тождественностью события и действия. Та же ситуация характерна для современного права: В.П. Павлов приводит любопытное утверждение, что, согласно ст. 14 Гражданского кодекса Российской Федерации, юридическим фактом, в основании которого лежит волевое поведение человека, признается “предусмотренный законом результат этих действий, т.е. событие”. Поэтому закономерно мнение, что воля сама по себе слишком абстрактна и несет много неясностей [4, 49].

В связи с проблемой различия событий и деяний в римском праве В. Ша-лоя [5, 24–25] наряду с актами и событиями предлагает выделить еще одну категорию фактов — “факты по закону”. Формулировка не вполне корректная, но отражает идею выведения этого широчайшего вида, поскольку это не вид в полном смысле слова, а “ящик, куда складывают все то, что нельзя положить в другие ящики”. Данные факты не имеют общего логического основания для выделения в один вид, кроме как произведение юридического эффекта в силу закона, что является признаком всех правовых фактов.

Таким образом, волевой критерий создания теории, применимой ко всем юридическим фактам, в силу ограниченного употребления в римском праве является

спорным исторически и догматически. К тому же наличие фактов (например, приращение), не поддающихся делению по общему признаку, лишний раз свидетельствует о недопустимости абсолютизации этого и любого иного подхода к делению. Это касается и современной классификации юридических фактов. Просто в Древнем Риме это проявлено четче. Вместе с тем волевой критерий применим к делению правовых актов, хотя и здесь есть определенные сложности.

Вопрос воли в правовых актах в римской юриспруденции — это также, на первый взгляд, необъяснимый парадокс. С одной стороны, источники доносят до нас сведения о концепте воли в актах, особенно в отношении сделок (D. 50, 17, 40). Такое внимание римской правовой мысли к проблемам воли объяснялось влиянием стоицизма. Проблематика волевого начала присутствует в источниках настолько, что романистика настойчиво считала волеизъявление видообразующим элементом сделок, к существенным элементам которых относили структуру волеизъявления, содержание, значение воли в отношении к юридическим эффектам [3, 177]. Романисты более раннего поколения считали волю в актах самым абстрактным и общим концептом, выработанным римской юридической традицией. Последующее поколение, например К. Фадда, более сдержанно в выводах и считает “преувеличением отрицание самой возможности наличия в римском праве другого общего абстрактного понятия” [6, 175–176]. Именно концепт воли в источниках позволил сделать вывод, что уже позднеклассическая римская юриспруденция была сориентирована на общее знание о сделках [7, 370] и “начала вырабатывать современную модель правовых фактов” [8, 497].

Вместе с тем в силу архаической ментальности воля сама по себе не принимается в расчет. Б. Бьенди точно подмечал: “Вначале юридический эффект правового акта более связан с “agege”, чем с волей” [9, 189]. Поэтому для достижения юридического эффекта недостаточно иметь волю, требуется выполнение действия. В частном римском праве есть примеры, когда волеизъявление может (не) произвести юридический эффект в силу внешних обстоятельств: например, в зависимости от формы волеизъявления (C. 4, 21, 17) или внутренних свойств субъекта (D. 50, 16, 209). Так, “ius civile” знает только формальные сделки, и, более того, по справедливому замечанию Б. Бьенди, “юридические эффекты намного больше привязаны к точному соблюдению формы, нежели к самому волеизъявлению” [3, 179]. М. Таламанка писал [10, 189]: “Категория демонстрации знания, субъект которой оповещает других субъектов, чтобы они знали факт, который знает он, имеет в римском праве ограниченное употребление. И даже в практическом плане отсутствуют проблемы, которые могли бы показать разное отношение к декларации воли и к декларации знания”. Предположив, что концепт волеизъявления “вероятно, не римский”, Б. Бьенди занял крайнюю позицию: “В отличие от современной классификации сделки и других правовых актов в римском праве фактором юридического эффекта является не воля, а форма или слишком подвижные термины, определяющие виды сделок” [3, 177–178]. Последнее утверждение, образно говоря, ставит телегу впереди лошади, так как термин не может возникнуть раньше обозначаемого явления и не влечет правового следствия само по себе — это делает явление. Более того, виды сделок, деликтов и исков в римском праве основывались на концепте “causa”, которая в сделках приближена к хозяйственной цели (D. 35, 1, 72, 6).

Современная доктрина в определении деяния исходит в первую очередь из волевого начала. Римляне не считали волю определяющим признаком действия. Поэтому нет однозначного разделения событий и действий. Так, если в современном праве рождение выступает фактом, то в римском праве рождение в браке — это действие, а вне его — факт. Квалификация рождения как действия не просто подтверждает сложность в римском праве (и в современном) с делением юридических фактов на события и деяния, сколько показывает важность для права этого факта, требующего подтверждения действием, признанием, схожим с нотариальным засвидетельствованием факта.

Современная (по крайней мере, русскоязычная) правовая доктрина признает деление правового деяния на правовые акты и правовые поступки. Отдельно выделяют “результативные действия” как поступки, сопряженные с созданием объективированного результата (например, изготовление вещи). Критерий деления таков: акты совершаются с изначально задуманной правовой целью (завещание, процессуальные акты, сделки), в них важна воля; поступки изначально не направлены на достижение правового эффекта (“occupatio”). В них важно действие.

На всех стадиях развития “*ius Romanum*” частная автономия всегда была жестко ограничена: практикуемые сделки были немногочисленными; общеизвестен формализм при заключении сделок и т.п. Вследствие этого в источниках не находим осознанной постановки проблематики, связанной с юридическими актами или сделками, и соответственно нет явного разделения между ними. Впрочем, когда противопоставляют современное право не современному, в действительности обращаются лишь к опыту XIX в., когда (в противоположность современному и римскому праву) автономия была значительной, и в договорах содержание могло быть установлено почти “*ad libitum*”. В римском праве отсутствие принципа свободы договора восполнялось системой типичных договоров, и нетипичные договоры не получали исковой защиты — D. 2, 12, 7, 4.

Деление юридических актов на предписанные акты и сделки в узком смысле зарождается только в немецкой доктрине, получает полное развитие в итальянской доктрине и, как считает В. Джуффре, “давно переживает кризис, так как вся полемика на этот счет представляется порождением двусмысленности или недоразумения” [11, 81—83]. Суть недоразумения он видит в следующем. В сделке на первый план выступает правовая конструкция: воля — форма — основание “*causa*”. И если иногда проводят различие по автономности воли, то это — “ошибочный критерий”. Указанное верно с уточнением, что в разные эпохи для разных сделок соотношение и очередность элементов конструкции сделки были разными: форма для формальных (D. 17, 1, 46, 48, 2), “*causa*” для каузальных и т.д. Да и сами элементы теории сделки в римском праве развивались неравномерно. Более развиты положения о (не)действительности сделки и ее форме, чего нельзя сказать о правилах его заключения.

По способу выражения и закрепления воли действие заключается в молчании, жесте, документе и др. Получение сообщения, распоряжения тоже относится к правовым актам, для эффективности которого необходима способность лица, получающего информацию, воспринимать ее. Иными словами, для совершения акта нужно сознание. В тексте Флорентина (D. 50, 16, 209) есть любопытный отрывок: когда Тицию говорится что-то сделать, то он не считается присутствующим, если не понимает, что делается, как не считается присутствующим малолетний, бешеный, спящий. Достаточно, чтобы он был поставлен в известность и знал.

В другом фрагменте (D. 29, 2, 25, 10) по завещательному распоряжению завещатель велит вызванному лицу принять завещание, заявив о том другому лицу. Такое распоряжение действительно настолько, насколько этот “некто” осознает значимость данного юридического акта. Иначе цель заявления не достигнута. Это можно сравнить с устным (даже властным) распоряжением, сделанным глухому. Заявление — несомненно юридический акт, поскольку эффект связывается именно с осознанием и знанием сделанного заявления. Принимающая заявление сторона исключительно пассивна: не важно, хочет ли она получать информацию или нет; достаточно способности ее принять и осознать. Любопытно, что правовой акт принятия информации происходит вопреки воле действующего субъекта права.

По общему правилу, “любое действие, предназначенное для того, чтобы быть воспринятым другим лицом, предполагает волевое отношение со стороны реципиента и установление взаимозависимости соответствующих прав участников правового общения” [12, 130]. Вместе с тем, как видно из текста Флорентина, деяния, сводимые к действию или бездействию, не всегда являются только волевы-

ми. Связь субъекта, принимающего сообщение, с волей не прямая или даже не видимая, но признаваемая существующей только правом. Однако такая связь должна быть, иначе деяния не ведут к субъекту и юридически не существуют.

В результате приходим к выводу, что парадоксальное, на первый взгляд, отношение к воле у римских юристов объясняется соотношением действия и воли в понимании правового акта. Если в современной доктрине воля чуть ли не системообразующий критерий видового деления фактов и действие упускается из виду, то в римском праве на первый план выходило действие, так как все существенные характеристики сделки (воля, форма, основание) являются свойствами действия. Более того, в расчет бралась не воля, а ее выражение, что тоже можно свести к действию. В этом смысле римское право есть право действия.

Продолжение проблемы волевого критерия в делении юридических фактов — проблема с выделением среди правомерных актов категории сделки. Проблема изучения волевого аспекта сделки свойственна современному праву.

Как “родовое понятие”, сделки объединяют юридические акты и договоры [13, 80]. Абстрактная категория сделки после того, как была выведена пандектистикой, получила самое пристальное внимание в цивилистике. Однако романистика изучала ее однотипно: с точки зрения формы, воли и структуры, с некоторыми незначительными вариациями. За конкретными деталями и автономностью этого института романисты не видели и не пытались выявить общих закономерностей и особенностей, характеризующих сделку как вид юридических фактов. Скорее наоборот, упоминая юридические факты, имели в виду в первую очередь сделки и изучали их обособленно. Такой половинчатый подход к изучению взаимосвязи “правовой факт — сделка” неприемлем, хотя и отражен в современном отечественном и российском законодательстве. Так, Гражданские кодексы Российской Федерации и Республики Беларусь, в отличие от определения договора, данного в них, не содержат прямого определения сделки и не наделяют понятие сделки родовыми признаками. По верному замечанию В.П. Павлова, отсюда возникают следующие “погрешности в классификации юридических фактов” [13, 78–80]: на основе этой статьи нельзя восстановить определение сделки, так как договоры, предполагающие действия нескольких лиц, остаются за пределами понятия сделки; неоднозначны и неопределенны содержание условий, достаточных для ее совершения, и место, которое она занимает в системе юридических фактов.

В отношении к римскому праву романистика постоянно подчеркивала, что там “никогда не было ни общего режима, ни общей теории юридической сделки” [14, 41]. У римлян “родовые представления возникают позднее видовых” [15, 133]. Однако сделка и частная автономия существуют в любом обществе. Поэтому закономерно, что концепт сделки есть в римском праве. Исходя из того, что “первая и основная юридическая догматика заключена в термине” [9, 184], римская теория сделки могла бы заключаться в “архивированном” виде в термине, определяющем их. Отсутствие единого термина сделки в римском праве компенсируется наличием нескольких терминов (“negotio”, “gestum”, “contractum”), освещающих ее различные аспекты. Кроме того, разработаны принципы сделки, подтверждающие формирование категории и теории сделки: “нет никакого договора (никакого обязательства), который не содержал бы в себе соглашения” — D. 2, 14, 1, 3; “соглашения частных лиц не отменяют (норм) публичного права” — D. 50, 17, 45 и др.

По точному замечанию Э.Кантареллы: “В классическую эпоху римляне, не зная общего понятия сделки, но, имея в виду именно их, говорили об актах как волевых действиях” [16, 232]. Римские правовые акты, например, “solutio”, хорошо подходят под схему сделки (D. 50, 16, 47). Сейчас мы отличаем сделки от правовых актов в узком смысле, что в условиях римской типичности и формальности сделок почти уравнивает одни с другими. Однако в римском праве юридический эффект признавался только за строго определенными правовыми актами, каждым со своей структурой и режимом действия.

Римские источники отдельно выделяют “*animus*” (намерение) как субъективную сторону фактического состояния (факта) владения, в отличие, например, от права собственности: “*res facti*”, а не “*res ius*” (D. 41, 2, 1, 3). Однако в источниках, где говорится о намерении, имеются в виду не юридические, а практические цели частных лиц. Тем самым вновь различаются факт и право. Дж. Франчези хорошо формулирует отличие частного акта от чистого юридического акта: “...автономия субъектов распространяется на эффект, который они могут определить сами, по крайней мере, частично” [14, 42]. Сделка направлена на достижение практического результата, признаваемого и гарантируемого правопорядком, а не на получение какого-то юридического эффекта, бесполезного, если он не подтвержден хозяйственной пользой. Говоря словами Б. Бьенди, над волевым критерием в определении сделки превалировало “более упрощенное и расплывчатое понятие юридической полезности сделки” [3, 178].

Как следует из изложенного, римская юриспруденция отдельно не выделяла сделку среди других правовых актов. Наоборот, часто правовые акты квалифицировались как сделки. Такая неразличимость сделок и актов объясняется не отсутствием четкого деления на право публичное и частное, а жесткостью режима частной автономии и особым подходом к роли волевого концепта в фактическом поле. По нашему мнению, в римской юриспруденции шло формирование категории сделки (правовых актов) и имелись соответствующие теоретические положения.

В отношении к воле наблюдается следующая тенденция: наличие развитого концепта воли в отношении сделок чуть ослабевает в отношении других правовых актов и слабо прослеживается в отношении общей совокупности юридических фактов. Римляне говорили об актах, но имели в виду именно то, что современная правовая доктрина определяет как сделку. В наметившейся дифференциации правовых актов в отличие от современной теории права ими за основание берется не воля или форма сама по себе, а и воля, и форма, и “*causa*” как характеристики действия, но в разных пропорциях. Это подтверждают термины, определяющие виды сделок.

Ошибочным представляется мнение о воле как главном элементе сделки. В правовых актах ее “конкурентами” были форма, основание (например, важна правомерная хозяйственная цель). Все термины, определяющие сделки, характеризовали действие. В связи с этим можно говорить о преимуществе действия перед волей, чем обусловлен так называемый парадокс воли в понимании правовых фактов в римском праве. Среди признаков юридических фактов важнее не волевой признак, а признак значимости для права, выраженный в настоящем различении “*ius*” и “*factum*”. Учитывая высокую степень развитости слагаемых теорий и элементов теории юридических фактов в римском праве, мы полагаем, что только отсутствие однозначного различия событий и действий не позволило римской юриспруденции довести создание теории юридических фактов до известного современной правовой науке вида.

Литература

1. *Pastori, Franco*. Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto / Franco Pastori. — 2 ed. — Milano: Cisalpino — Goliardica, 1988.
2. *Marrone, Matteo*. Istituzioni di diritto romano: ius, fonti, processo, fatti e negozi giuridici, persone e famiglia, cose, diritti reali, possesso, obbligazioni / Matteo Marrone. — Palermo: Palumbo, 1989.
3. *Biondi, Biondo*. Fatti giuridici / Biondo Biondi // Istituzioni di diritto romano / Biondo Biondi. — Milano: A. Giuffrè editore, 1972. — Parte 6.
4. *Поляков, А.В.* Общая теория права: курс лекций / А.В. Поляков. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001.
5. *Scialoja, Vittorio*. Negozi giuridici / Vittorio Scialoja. — Roma: Societa' editrice del “Foro italiano”, 1938.
6. *Fadda, Carlo*. Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico / Carlo Fadda. — Napoli: Lorenzo Alvano, 1909.