

**PUBLICA VNIVERSITAS
STVDIORVM MOSCOVIAE
«LOMONOSOV»
FACVLTA IVRIDICA**

**ACADEMIA SCIENTIARVM
RVSSIAE
INSTITVTVM
HISTORIAE VNIVERSALIS**

CENTRVM IVRIS ROMANI INVESTIGANDI

IVS ANTIQVVM



I (XXXV)

Moscoviae MMXVII

МОСКОВСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
им. М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

РОССИЙСКАЯ
АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ
ВСЕОБЩЕЙ ИСТОРИИ

ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА

ДРЕВНЕЕ ПРАВО

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ



1 (35)

Москва 2017

УДК 34(075.8)
ББК 67.99(2)95
Д 73

Настоящий номер издается при поддержке
Университета г. Сассари, Италия

Questo volume è pubblicato con il contributo
dell'Università di Sassari, Italia

ДРЕВНЕЕ ПРАВО: Научно-практический журнал. No. 1 (35). — М.: ИД В. Ема, 2017. — 224 с.

ISSN 2309-4567

Данный том продолжает периодическое издание общероссийского научного журнала по римскому праву и его рецепции. Издание рассчитано на публикацию статей не только российских ученых, но и западных романистов, с тем чтобы ближе познакомить отечественных исследователей с достижениями западной романистики. Вместе с тем совместные публикации позволяют установить более тесный и плодотворный научный контакт между российскими и западными учеными. В целях ввода в научный оборот России возможно большего числа источников по римскому праву и его рецепции в каждом номере публикуются новые, ранее не переводившиеся на русский язык труды древних юристов. Приглашаем юристов и историков России и других стран присылать свои статьи, рецензии и другие материалы для публикации в нашем журнале.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

М.В. Бибииков, С.И. Герасимов, Я. Заблоцки, А. Корбино, Ф. Сини
(зам. гл. редактора), Е.А. Суханов (председатель редакционного совета),
А.О. Чубарьян

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Л.Л. Кофанов

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

О.В. Ауров, Е.В. Белякова, С.С. Бугрова, В.В. Дементьева, А.А. Иванов,
А.С. Карцов, А.В. Копылов, Н.А. Крашенинникова, Е.В. Ляпустина,
А.В. Марей, И.Л. Маяк, П. Ничипорук, Р. Орту, А.Д. Рудоквас, В.А. Савельев
(зам. гл. редактора), О. Сакки, М. Скрейпек, А.Л. Смышляев, И.Е. Суриков,
А.И. Солопов, А. Тайцлин, К. Танев, П. Тодини, В.А. Томсинов,
В.И. Уколова, Ф.Р. Фернандес де Бухан Фернандес,
И.С. Филиппов, Э.Д. Фролов, А.М. Ширвиндт

РЕДАКЦИЯ

А.В. Еремин, Д.А. Литвинов, И.В. Лушникова,
А.А. Панов (отв. секретарь), Е.С. Марей, Д.Ю. Полдников,
А.В. Рудаков, С.Я. Сомова

К 1203020200-003 без объявл.
4Ф3(03)-95

© Центр изучения римского права, 2017
© «Издательский дом В. Ема», редподготовка, оформление, 2017

INDICE

СОДЕРЖАНИЕ

DIRITTO GRECO

ГРЕЧЕСКОЕ ПРАВО

- Danilov E.S.** (Yaroslavl), **8** **Данилов Е.С.** (Ярославль).
Tre leggi di Demonassa
di Cipro Три закона Демонассы
Кипрской

DIRITTO ROMANO

РИМСКОЕ ПРАВО

- Sacchi O.** (Napoli), **18** **Сакки О.** (Неаполь).
“*Iudici finis est ius, ex quo etiam
nomen*” (Cic. *top.* 91): qualche
riflessione sul processo come *ius*
e su D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*)
«*Iudici finis est ius, ex quo etiam
nomen*» (Cic. *top.* 91): некоторые
мысли о судебном процессе как
ius и о D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 *Inst.*)
- Kofanov L.L.** (Mosca), **59** **Кофанов Л.Л.** (Москва).
Le Actiones populares tra processo
pubblico e privato nella
Roma repubblicana *Actiones populares* между
частным и публичным судебным
процессом в Римской республике
- Stloukalová K.** (Praga), **82** **Стлукалова К.** (Прага).
La transitio ad plebem come mezzo
di lotta per il potere Переход из патрициата в плебс
как средство борьбы за власть
- Kostova Ilieva M.** (Plovdiv), **106** **Костова Илиева М.** (Пловдив).
Principi universali nel sistema
del diritto e della procedura
giudiziaria Универсальные принципы
системы права и юридической
процедуры
- Zabłocka M.** (Varsavia), **112** **Заблоцка М.** (Варшава).
Alle origini del principio
“*audiatur et altera pars*” К происхождению принципа
«*audiatur et altera pars*»
- Šurkala J.** (Bratislava), **117** **Шуркала Я.** (Братислава).
Actio Publiciana e naturalis ratio *Actio Publiciana* и *naturalis ratio*

**DIRITTO ROMANO
E ATTUALITÀ**

Tanev K. (Sofia),
L'interesse come obiettivo dell'atto
giuridico, rispettivamente come
precondizione della correlativa
azione civile oppure come misura
di utilità del attore nella
procedura civile

ATTIVITÀ SCIENTIFICA

Ivanchik A.I., Kofanov L.L.
(Mosca),
Commemorazione di Boris
Georgievich Peters (1926–2016)

Kofanov L.L. (Mosca),
Cronaca del XII seminario
internazionale “Diritto romano
e attualità” sul tema “Processo
romano e odierno tra interessi
pubblici e privati”
(Bratislava, 3–5 novembre 2016)

Galeotti S. (Roma),
Cronaca del convegno
internazionale ARISTEC sul tema
“Ingiusto arricchimento, *condictio*
e *in integrum restitutio*”. Convegno
in memoria di Berthold Kupisch,
Roma, 27–29 ottobre 2016

SUPPLEMENTO

**Il Codice di Giustiniano del diritto
tributario, libro 10, titoli 22–30.**
Traduzione, preparazione del testo
latino, introduzione e commento
di L.L. Kofanov
(Mosca)

**РИМСКОЕ ПРАВО
И СОВРЕМЕННОСТЬ**

134 Танев К. (София).
Интерес как цель юридического
акта и как предварительное
условие для коррелятивного
цивильного иска или же как
размер пользы истца в особой
гражданской процедуре

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

150 Иванчик А.И., Кофанов Л.Л.
(Москва).
Памяти Бориса Георгиевича
Петерса (1926–2016)

156 Кофанов Л.Л. (Москва).
Хроника XII международного
семинара «Римское право
и современность» на тему
«Римский и современный
процесс между публичными
и частными интересами»
(Братислава, 3–5 ноября 2016 г.)

169 Галеотти С. (Рим).
Хроника международной
конференции АРИСТЕК
«Неправомерное обогащение,
condictio и *in integrum*
restitutio». Конференция
памяти Бертольда Купиша,
Рим, 27–29 октября 2016 г.

ПРИЛОЖЕНИЕ

**202 Кодекс Юстиниана о налоговом
праве, книга 10, титулы 22–30.**
Перевод, подготовка
латинского текста, введение
и комментарии Л.Л. Кофанова
(Москва)

Я. ШУРКАЛА*

**ACTIO PUBLICIANA
И NATURALIS RATIO****

Статья посвящена взаимосвязи между naturalis ratio и Публициановым иском. Независимо от того что прямого упоминания относительно naturalis ratio в источниках о Публициановом иске нет, автор находит некоторые косвенные данные о том, что naturalis ratio допускала преторское вмешательство в ius civile для обеспечения дополнительной легитимности. Во-первых, в Юстиниановских источниках утверждается, что этим иском претор намеревался смягчить суровость гражданского права. Во-вторых, формула иска содержит некоторые элементы, указывающие на его происхождение из естественного права. Наконец, общее представление о развитии этого иска вполне очевидно свидетельствует о тенденции постоянного расширения сферы его применения на основе аналогии с некоторыми ссылками на справедливость.

Ключевые слова: naturalis ratio, Публицианов иск, претор, bona fides, справедливость, praetor urbanus, профессия юриста.

J. Šurkala, *Actio Publiciana and Naturalis Ratio*

The article deals with a relationship between naturalis ratio and the Publician action. Notwithstanding the absence of any explicit reference to the naturalis ratio in the sources on the Publician action, the author finds some indirect clues that naturalis ratio was a source of the additional legitimacy in relation to the praetor's interference with the ius civile. Firstly, as the Justinian sources testify, a praetor intended to mitigate the hardness of civile law. Secondly, the formula of the action contains some

* Ян Шуркала – доктор философии Департамента римского и канонического права юридического факультета Университета Comenius в г. Братиславе (Словакия); e-mail: jan.surkala@flaw.uniba.sk.

** Статья написана при поддержке гранта VEGA č. 1/0531/14 «Vývoj notárstva», предоставленного юридическим факультетом Университета Comenius в г. Братиславе. В основе статьи лежит доклад, прочитанный на XII международном научном семинаре «Римское право и современность» на тему «Римский и современный судебный процесс между публичными и частными интересами», проходившем 3–5 ноября 2016 г. в г. Братиславе (Словакия). Перевод с английского сделан Л.Л. Кофановым.

elements, which points to its natural law origin. Finally, the general overview of the action evolution soundly evidences the tendency of the continual enlargement of the scope of its application by means of analogy, with particular references to justice.

Keywords: *naturalis ratio, Publician action, praetor, bona fides, justice, praetor urbanus, legal professions.*

Введение

Основная цель данной работы — изучение влияния природных причин (*naturalis ratio*)¹ на Публицианов иск как с точки зрения формальных, так и материальных аспектов. Поскольку оригинальные источники права не дают никакой прямой связи между этими двумя юридическими концепциями, то нам следует выявить возможное наличие функциональных связей между ними. Если мы сможем найти такую связь, то затем постараемся найти причины вмешательства претора в содержание гражданского права (*ius civile*).

1. Форма и содержание *actio Publiciana*

В этой главе мы рассмотрим форму² и содержание *actio Publiciana*. Этот иск описан в 6-й книге Дигест Юстиниана, во втором титуле «*De Publiciana in rem actione*», сразу после виндикационного иска. В дополнение к этому Институции Юстиниана предлагают нам его краткое описание в своей 4-й книге. Последнее, но не менее важное определение Публицианова иска дает Гай в 4-й книге своих Институций, что позволяет нам обрисовать основные тенденции развития иска со II по VI в. н.э.³

1.1. Фрагмент *Gai. Institutiones IV.36*

«Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana uocatur. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit uelut hoc modo: IVDEX

¹ Подробнее о концепции *naturalis ratio* см.: Leist 1860, 60 pp; Koschenbahr-Łyskowski 1929, 469–498; Sobotta 1969, 111 pp.

² Формула *actio Publiciana* восстановлена Отто Ленелем следующим образом: «Si quem hominem As As bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem quod de agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret, q. d. r. a., si ea res... Ao Ao non restituentur, q. e. r. e., t. p. rel.» (combined version). См.: Lenel 1927, 169–173.

³ Об общем развитии *actio Publiciana* см.: Kováčiková 2015, 519–523.

ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ET IS EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM, DE QVO AGITVR, EIVS EX IVRE QVIRITIVM ESSE OPORTERET et reliqua».

Гай явно относит *actio Publiciana* к более широкой группе исков под названием «*formulae ficticiae*»⁴. Они включали в себя определенные фикции; т.е. предположение, что какой-то факт, который не является правильным, на самом деле является правильным. В силу этого претор модифицировал первоначальные иски *ius civile* таким образом, чтобы в них были включены или из них были исключены некоторые элементы, благодаря этому он включал или исключал какой-то предмет из интенции, совершаемой перед ним на первом этапе формулярного судопроизводства⁵.

В случае *actio Publiciana* там работала фикция о сроке давности, необходимой для приобретения собственности по *usucapio*. Это был срок в два года для недвижимости и один год — для движимых объектов согласно Законам XII таблиц⁶. Поскольку Гай ничего не говорит о приостановке других реквизитов *usucapio* — таких как *possessio*, *iustus titulus*, *bona fides* или *res habilis*, — они по-прежнему были применимы и должны были исполняться. Однако он конкретно упоминает «*traditio ex iusta causa*» как необходимое условие для использования этого иска. Существует также мнение, что владение должно было утрачиваться до получения права собственности на недвижимость по *usucapio*, в противном случае имелось полное право использовать *rei vindicatio* для его защиты. Таким образом, владение должно было длиться в течение некоторого времени, а затем утрачивалось до истечения времени, необходимого для *usucapio*. Правовым последствием действия этой фикции являлась эффективная защита субъективных прав человека в положении держателя, который терял свое владение, полученное посредством *traditio*, и на втором этапе ему предоставлялась возможность получить вещь в квинтскую собственность.

1.2. Фрагмент из *Just. Institutiones* 4.6.4

«Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret, se quasi usucapisse quod usu non ceperit, vel ex diverso possessor diceret, adversari-

⁴ Подробнее об этом типе преторского иска см.: Riccobono 1928, 1–61.

⁵ Вообще о роли претора в формулярном процессе см.: Kaser 1964, 329–362.

⁶ См.: XII tab. IV.3.

am suum usu non cepisse quod usuceperit. Namque si cui ex iusta causa res aliena tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amisit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est».

Комментируя этот фрагмент, мы, во-первых, попытаемся найти его отличия в сравнении с вышеприведенным фрагментом из Гая. Самым важным отличием является отказ от *traditio ex iusta causa* как соответствующего основания Гая для того, чтобы «habere ex legitimis et civilibus causis»: вот первое значительное расширение сферы применения иска. В тон с этим мы видим краткое поясняющее перечисление некоторых гражданских и легитимных оснований — *causa emptoris, donationis, dotis, legatum*, — что подтверждает наше наблюдение о том, что *traditio* является не единственно возможным способом получения разрешения на *actio Publiciana*.

Другие условия и обстоятельства, а также формальные реквизиты были более или менее те же, что и во фрагменте Гая. Однако наша главная исследовательская задача может быть поставлена именно здесь, так как именно здесь серьезная подсказка, почему претор ввел в свой эдикт Публицианов иск. Во-первых, ясно, что согласно *ius civile* вещный иск использовался только в отношении собственности. Но поскольку представлялось трудным («sed quia sane durum erat») то, что в таких случаях не было соответствующего средства, то претор нашел Публицианов иск («*inventata est a praetore actio*»). Таким образом, вмешательство *ius honorarium* в самую суть содержания гражданского права было обусловлено необходимостью противостоять несправедливости или чрезмерной строгости (жесткости) писаного права.

1.3. Фрагмент из D. 6.2.1 (Ulp. 16 ad ed.) и последующие

«Ait praetor: «si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo». (1) Merito praetor ait «nondum usucaptum»: nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. (2) Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum».

Последнее определение *actio Publiciana*, предложенное Ульпианом, является исключительным по нескольким причинам. Во-первых, новое условие — «non a domino» — скорее вводит в заблуждение. Распространенным является мнение, что данное условие является интерполяцией

в первоначальный текст Ульпиана⁷, — спор между учеными идет о ее цели. Также не ясно, каково было изначальное содержание нормы, до внесения интерполяции.

Некоторые ученые утверждают, что только тот, кто приобрел вещь от собственника, мог воспользоваться *actio Publiciana*, а компиляторы расширили круг потенциальных бенефициаров иска путем включения оговорки «*non a domino*»⁸. Вторая группа ученых отстаивает противоположную точку зрения: включение нового условия фактически сузило сферу применения Публицианова иска. Или, выражаясь точнее, данная интерполяция была сделана вследствие отказа в Юстиниановом праве от института *traditio* как единственного способа передачи права собственности, и компиляторы должны были объяснить, почему право собственности в данном случае было дано вместо неформальной передачи по *usucapio*⁹. На наш взгляд, второй подход является более верным, так как он лучше отражает другие фрагменты, а именно D. 6.2.9.4 (*Ulp. 16 ad ed.*)¹⁰.

Во-вторых, Ульпиан во фрагменте D. 6.2.1.2 (*Ulp. 16 ad ed.*), вводя выражение «*pondum usucapum*», препятствует всякому, кто уже приобрел квинтское право собственности по *usucapio*, использовать Публицианов иск, так как он уже имеет в своем распоряжении виндикационный иск. Практический аспект этого отрывка вполне ясен, если мы не будем принимать во внимание ожесточенный спор о так называемой *probatio diabolica*. Однако его теоретическое влияние может быть и более плодотворным.

Принимая во внимание стремление претора смягчить строгость *ius civile*, представляя *actio Publiciana*, — как об этом говорится в I. 4.6.4¹¹, — прочтем

⁷ Lenel 1927, 170.

⁸ De Visscher 1956, 105; Sturm 1962, 415.

⁹ Wubbe 1961, 438; Kaser 1959, 214; Diósdí 1970, 158.

¹⁰ D. 6.2.9.4 (*Ulp. 16 ad ed.*): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

¹¹ Известно, что данный фрагмент не может считаться аутентичным источником классического права, так как был создан авторами Институций Юстиниана с образовательными целями для юристов Византийской империи VI в. н.э. Однако источники классического права не объясняют мотивов, с которыми связано создание Публицианова иска. Расширение целей применения Публицианова иска на основе аналогий — это тот мотив, который вполне совпадает с данными источников классического права. Фактически у нас нет оснований считать, что авторы Институций Юстиниана сфабриковали такую мотивацию преторского нововведения. Таким образом, их объяснение — это реальная историческая информация, внесенная в их учебник с целью познакомить студентов с некоторыми историческими перспективами по данной теме.

еще раз этот фрагмент. Применение Публицианова иска квинритским собственником в этом случае исключается, потому что он достаточно защищен посредством *ius civile*. Нет никаких оснований для предоставления ему другой защиты, потому что *ratio civilis*, обоснованное в *rei vindicatio*, в достаточной степени защищает его справедливые требования. Но когда формальные недостатки *ius civile* выражают правомерные указания бывших владельцев на несправедливость, приходит место вмешательству *naturalis ratio*, которая — при содействии преторского империя — устраняет дефект. Поэтому в обоих случаях применяются не различные способы, но только те же рациональные, т.е. защита справедливых требований выражалась в двух разных формах. Таким образом, *ius civile* содержит такую же *ratio naturalis*, которая заложена в основах его положений, но она выходит на поверхность, когда *ius civile* неправильно использует ее из-за своих формальных дефектов.

Третья любопытная вещь видна в том формальном способе, с которым компиляторы расправились с институтом *traditio*. Как мы уже отмечали выше, Гай признавал *traditio* (*ex iusta causa*) как основное условие для предоставления Публицианова иска. Напротив, фрагмент из Институций Юстиниана расширил это путем признания других цивильных и законных оснований. Анализируемый фрагмент на первый взгляд кажется совпадающим с Гаевым. В первой части нормы прямо упоминается «*traditio ex iusta causa*» — это то же самое выражение, которое было использовано Гаем. Однако в третьем предложении нормы основания применения иска расширяются в порядке, совершенно неортодоксальном для нормативного текста, — посредством риторического вопроса.

Спрашивается, почему в первом предложении нормы один и тот же фрагмент содержит только два возможных основания для иска, т.е. *traditio* и *usucapio*, тогда когда есть много других положений закона, по которым тоже можно получить право собственности. И в том же фрагменте приводится первый пример этого — *legatum*. Точно так же во фрагменте затем приводится *donatio mortis causa*, потому что она аналогична *legату*¹²; затем перечисляются *dos* и *traditio ex causa iudicata*, потому что они представляются связанными с *iusta causa*¹³ или с *causa solvendi*¹⁴, или с *causa noxae deditiois*, независимо от того, совершены они по добросовестным основаниям или нет¹⁵, или с *causa noxali*¹⁶, или с *res adiudicata*¹⁷, или с *litis aesti-*

¹² D. 6.2.2 (*Paul.* 19 ad ed.).

¹³ D. 6.2.3.1 (*Ulp.* 16 ad ed.).

¹⁴ D. 6.2.4 (*Paul.* 19 ad ed.).

¹⁵ D. 6.2.5 (*Ulp.* 16 ad ed.).

¹⁶ D. 6.2.6 (*Paul.* 19 ad ed.).

¹⁷ D. 6.2.7 (*Ulp.* 16 ad ed.).

matio¹⁸, или с передачей от безумного¹⁹, или с дарением²⁰, или с передачей от несовершеннолетнего²¹, или с обменом²², или с передачей собственности в пользу наследников или преторских преемников²³; или случаи самовольного захвата рабов, деятельности агента, охранника, чьего-либо попечителя²⁴; или для возврата утраченного *ususfructus*, городских и сельских сервитутов²⁵, *vestigal*²⁶ и ребенка краденой рабыни²⁷.

Список подобных ситуаций довольно длинный, и, кстати, из того, как они представлены, можно сделать вывод, что ситуации эти постоянно увеличивались, в основном по аналогии с уже признанными основаниями. Обобщая процесс создания Публицианова иска, во-первых, отметим, что в начале I в. до н.э. еще не существовало Публицианова иска²⁸, но была только *vindicatio*. Публицианов иск был введен с целью смягчения чрезмерно строгого права, которое создавало несправедливость. В то время Публицианов иск защищал только тех субъектов, которые получили вещь посредством *traditio ex iusta causa*, с обсуждением вопроса о том, была это *traditio non a domino* или нет. Но между I и VI вв. н.э. многие другие основания, большинство из которых не имеет ничего общего с *traditio*, были признаны правомерными для предоставления Публицианова иска.

Для нас очевидно, что это расширение выполняло ту же функцию и ту же причину, которые привели к введению Публицианова иска, т.е. смягчение строгости *ius civile* с помощью *ratio naturalis*, которая служила идеологическим обоснованием вмешательства претора.

¹⁸ D. 6.2.7.1 (*Ulp.* 16 ad ed.).

¹⁹ D. 6.2.7.2 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²⁰ D. 6.2.7.3 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²¹ D. 6.2.7.4 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²² D. 6.2.7.5 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²³ D. 6.2.7.9 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²⁴ D. 6.2.7.10 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²⁵ D. 6.2.11.1 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²⁶ D. 6.2.12.2 (*Paul.* 19 ad ed.).

²⁷ D. 6.2.11.2 (*Ulp.* 16 ad ed.).

²⁸ Ср.: Kelly 1966, 349.

2. Ограничения и условия *actio Publiciana*

Несмотря на общую тенденцию увеличения степени применения Публицианова иска, все же было несколько ограничений. Например, иск предоставлялся тому, кто принимал присягу в ходе тяжбы о восстановлении собственности, но он был эффективен только против того лица, которому эта присяга была дана. То же самое происходило и в случае эсцепции²⁹. Украденные документы и беглые рабы тоже не могли быть объектами Публицианова иска³⁰.

2.1. *Общее ограничение*

Иногда, однако, кто-то мог получить вещи по правомерному основанию, но все же исключался из сферы применения Публицианова иска, как говорит Гай в следующем фрагменте:

«Quaecumque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

(1) Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit publicianum iudicium: namque pigneraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse»³¹.

Таким образом, лицо, которое приобрело по правомерному основанию, могло быть отстранено от использования Публицианова иска — в случае, если оно не было намерено удерживать вещь как свою собственную. Это основное условие было включено в понятие «*ususcapio*».

2.2. *Другие особые условия*

Подходя к таким условиям, при которых Публицианов иск мог быть использован, обратимся к следующему фрагменту из Ульпиана:

«Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res emptae eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit»³².

В этом фрагменте возникают два новых условия: потребность в физическом осуществлении выдачи вещи до утраты владения и добросовестность покупателя. Первое условие совсем не проблематично, поскольку

²⁹ D. 6.2.7.7 (*Ulp.* 16 ad ed.).

³⁰ D. 6.2.9.5 (*Ulp.* 16 ad ed.) и Apathy 1986, 28.

³¹ D. 6.2.13.pr.-1. (*Gai.* 7 ad ed. provinc.).

³² D. 6.2.7.16 (*Ulp.* 16 ad ed.).

не вызывает возражений. Более интересен институт *bona fides*, во-первых, потому что он может быть перенесен с одной стороны спора на другую, а во-вторых, потому что является отражением *ratio naturalis*.

2.3. Компонент *bona fides*

Только добросовестность покупателя имела значение, и для такого покупателя не было вреда в покупке товар у несобственника, даже если тот мог действовать из злого умысла, потому что применялось правило «*neque enim dolus venditoris (mihi) nocerebit*»³³. *Bona fides* приобретателя всегда имела значение³⁴, так что не было никакого вреда, если его законный преемник не был добросовестным, и наоборот³⁵. В случае приобретения каким-либо рабом была важна добросовестность раба, а не его хозяина³⁶. С точки зрения времени имел значение момент покупки, поэтому ничто мошеннически сделанное до или после этого момента не могло причинить вред этой акции³⁷. Однако добросовестность приобретателя должна продолжаться в течение всего времени покупки, так что было недостаточно присутствовать лишь при начале ее³⁸.

Элемент *bona fides* был ограничен и правильным отношением обладателя к владению. *Actio Publiciana* не могла быть предоставлена тем, кто претендовал на владение каким-то отдельным предметом, зная, что он принадлежит кому-то другому³⁹. И наоборот, тому, кто обманным путем уклонялся от вступления во владение, также не мог быть предоставлен Публицианов иск⁴⁰.

2.4. Изменение *bona fides*

Bona fides и *aequitas* имели близкое значение, и в таких отношениях играл роль тот фактор, какая сторона была в лучшем или в более право-

³³ D. 6.2.7.11 (*Ulp.* 16 ad ed.)

³⁴ D. 6.2.7.15 (*Ulp.* 16 ad ed.).

³⁵ D. 6.2.7.12 (*Ulp.* 16 ad ed.).

³⁶ D. 6.2.7.13 (*Ulp.* 16 ad ed.). Данный фрагмент лишь подтверждает наше утверждение относительно тесной связи между *bona fides* и *naturalis ratio*. Очень важно, что такая способность, как «добросовестное действие», предоставлялась объектам права или *instrumentum vocale*, наделенному дееспособностью, но лишенному прав. Это был метод как *ius civile*, так и *ius gentium*. Только *ratio naturalis* могла наделить раба способностью действовать по доброй совести.

³⁷ D. 6.2.7.14 (*Ulp.* 16 ad ed.).

³⁸ D. 6.2.7.17 (*Ulp.* 16 ad ed.).

³⁹ *Ibidem*.

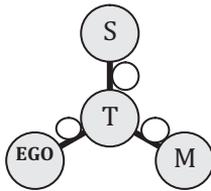
⁴⁰ D. 6.1.70 (*Pomp.* 29 ad sab.).

мерном положении, как мы это увидим на следующем примере, предлагаем Помпонием:

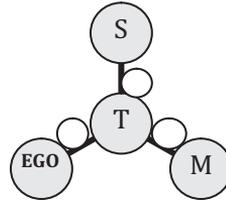
«Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovetur et si ipse titius eum possideret, Publiciana peteres»⁴¹.

Для того чтобы более четко выразить то, что здесь происходит, обрисуем два возможных решения этого дела в двух схемах, которые отражает также следующий фрагмент Ульпиана (D. 6.2.9.4 *Ulp.* 16 ad ed.):

Согласно ius civile (stricti iuris)



После вмешательства aequitas



<p>1. Тиций продал мне землю Семпрония, что не имело правовых последствий согласно правилу «nemo plus iuris»⁴¹. Я не собственник: если я утрачу владение, то у меня не будет возможности вернуть его.</p> <p>2. Семпроний умирает, Тиций становится собственником земли. Он берет землю, которой я владел.</p> <p>3. Тиций отдает землю Мевию, traditio действительна и позволяет Мевию получить землю в квинритскую собственность посредством usucapio</p>	<p>1. Тиций продал мне землю Семпрония, что не имело правовых последствий согласно правилу «nemo plus iuris». Я не собственник, но если я потерял владение, то у меня есть actio Publiciana, чтобы вернуть его, так как я добросовестный владелец.</p> <p>2. Семпроний умирает, Тиций становится собственником земли. Однако первоначально недействительная traditio становится действительной.</p> <p>3. Тиций отдает землю Мевию, что не имеет силы, так как применяется правило «cui priori res tradita est»⁴⁵. Я могу потребовать землю обратно посредством actio Publiciana от Мевия или от Тиция. Мевий может судиться с Тицием посредством actio furti или аналогичным иском</p>
--	--

⁴¹ D. 21.3.2 (Pomp. 2 ex plaut.).

⁴² Общий обзор мнений о противоречиях норм nemo plus iuris и bona fides см.: Kováčiková 2014, 70–74.

⁴³ Ср.: Apathy 1982, 165.

Здесь ясно видно, что введение *aequitas* полностью изменило правовую ситуацию. Строго применявшееся *ius civile* создало бы несправедливость в отношении добросовестного приобретателя, который не имел бы никакой формы правовой защиты. Если Мевий был также *bona fidei*, он мог использовать *actio Publiciana* против любого вмешательства со стороны Тиция или кого-либо еще, кроме меня, потому что передача земли мне происходила раньше. Однако в такой ситуации он мог подать в суд на Тиция *actio furti* или аналогичный иск⁴⁴.

Последний фрагмент о *bona fides* также демонстрирует, что принципы справедливости могли переместить институт *bona fides* с того, кто планировал использование *actio Publiciana*, на того, кто стремился защитить свое владение в качестве действительного квинритского собственника.

D. 6.2.17 (*Nerat. 3 membr.*):

«*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio «si ea res possessoris non sit»: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat»*⁴⁵.

Самое очевидное назначение этого фрагмента — это, во-первых, объявить цели и задачи *actio Publiciana*, а именно защитить владение только добросовестного приобретателя, и, во-вторых, установить надлежащий баланс между основной целью и правами реального квинритского собственника имущества. Во фрагменте ясно написано, что Публиция-

⁴⁴ О проблематике двойной продажи несобственником см.: Thielmann 1994, 197–241.

⁴⁵ Мы полагаем, что возможны две вероятных конструкции данного фрагмента, поскольку текст этот достаточно недвусмысленный. Первая конструкция, предложенная выше, основана на убеждении, что выражение «*eiusque rei argumentum est primo aequitas*» связано со значением всего первого предложения, т.е. поддерживает утверждение, что *a. Publiciana* не была создана с целью лишения реального собственника его собственности. Наша конструкция основана на следующих переводах: P. Blaho & M. Vaňková (Slovak, 2008); P. Blaho & Skřejpek (Czech, 2015); S.P. Scott (English, 1952); Ch.H. Monroe (English, 1904); C.E. Otto & B. Schilling & C.F.F. Sintenis (German, 1839) и S. Schipani & L. Lantella (Italian, 2005). С другой стороны, можно связать выражение «*eiusque rei argumentum est primo aequitas*» с сочетанием «*Publiciana actio*» из начала первого предложения. В этом случае *aequitas* не даст какой-то дополнительной защиты от злоупотребления иском, но отразит справедливую природу иска. Такое понимание присутствует в английском переводе А. Уотсона (Watson 1988). Наконец, мы сами склонны к первому варианту и не только потому, что он лучше подтверждает нашу гипотезу о решающей роли *naturalis ratio* в формировании *actio Publiciana*. Данная конструкция лучше отражает первоначальный латинский текст. Вполне возможно, что термин «*res*» относится ко всему первому предложению, а не только к «*actio Publiciana*», так как во всем остальном автор использует грамматически такое более приемлемое выражение, как «*eiusque actionis argumentum*», которое является более точным. Во-вторых, здесь использовано местоимение «*is*» (родит. «*eius*»), которое звучит странно, если автор намеревался сослаться на «*actio Publiciana*». В данном случае с грамматической точки зрения было бы лучше использовать местоимение «*ille*» (родит. «*illius*»). Пунктуация фрагмента также отражает скорее первую конструкцию.

нов иск был придуман совсем не для того, чтобы лишить реального собственника его прав.

Для того чтобы доказать это, там указаны две гарантии — гарантия формальная и гарантия материальная. Первая гарантия — это оговорка «*si ea res possessoris non sit*», которая могла быть использована собственником в отношении того, кто воспользовался против него *actio Publiciana*. Второй гарантией является принцип справедливости, который в данном случае помогает собственнику в отношении истца по *actio Publiciana*. Как *bona fides*, так и *aequitas* имеют близкое значение, и рассматривалось в индивидуальном порядке, кто из участников спора занимал более справедливую позицию. Могло произойти так, что истец по Публицианову иску на самом деле оказывался в худшем положении, чем собственник. В таком случае претор приказывал совершить некоторые процессуальные меры в пользу собственника. Например, он мог отказать в Публициановом иске (*denegatio actionis*) еще на стадии *in iure* формулярного судопроизводства⁴⁶.

Выводы

Для того чтобы подвести итоги нашего исследования, проведенного в этой короткой статье, важно оценить, подтверждается наша исходная гипотеза о влиянии *ratio naturalis* на формирование и содержание *actio Publiciana* или нет. Отнесемся с уважением к методологическим подходам, описанным выше во введении.

Поскольку нет прямых подтверждений, связывающих Публицианов иск с *naturalis ratio*, мы были вынуждены подтверждать нашу гипотезу косвенными способами. Исходя из этого теперь можно сказать, что проведенный анализ дал несколько весомых доводов в пользу правильности нашей гипотезы.

Во-первых, формула иска содержит элементы, которые могут быть легко связаны с *ratio naturalis*, а именно *iusta causa* и *bona fides* (независимо от того, упоминаются они в формуле или это следует из общих условий *usucapio*). Эти элементы работают на практике в качестве корректирующих строгость права средств для эффективного и гибкого вмешательства претора в рассмотрение того, является ли иск совместимым с некоторыми обязательными моральными нормами римского общества. Это общее соображение подтверждается казуистическим фрагментом из D. 21.3.2 (*Pomp. 2 ex plaut.*), читаемым вместе с D. 6.2.9.4 (*Ulp. 16 ad ed.*).

⁴⁶ Brtko 2013, 107. Более подробно о *denegatio actionis* см.: Ankum 1985, 453–469; Metro 1972; Watson 1974, 93.

Во-вторых, наиболее значимый аргумент в пользу важности *naturalis ratio* для *actio Publiciana* содержится в двух проанализированных фрагментах: I. 4.6.4 и D. 6.2.17 (*Nerat.* 3 membr.). Первый ясно утверждает, что претор ввел *actio Publiciana*, «поскольку казалось трудным» защитить тех, кто потерял свои владения и не имел правовой защиты по *ius civile*. Это смягчение жесткости права является одним из самых явных проявлений активного действия *naturalis ratio*, в то время как претор был вынужден выйти за пределы своей компетенции и фактического содержания и смысла гражданского права. Он бы никогда не осмелился сделать это, если бы у него не было достаточного основания для этого. Подобная мотивация претора присутствует также во втором фрагменте (из Нерация), который выражает основные намерения претора для защиты добросовестного приобретателя. Там же закреплены основные гарантии, одной из которых является основанная на принципах справедливости реальная коррекция, которая обеспечивала, чтобы иском *actio Publiciana* не злоупотребляли против гражданского собственника. Мы считаем, что даже только эти два фрагмента создали более чем достаточное основание для того, чтобы утверждать, что *naturalis ratio* существенно повлияла на создание и содержание *actio Publiciana*.

Наконец, общая тенденция к расширению сферы применения иска указывает на сохранение движущих сил, которые стояли за введением Публицианова иска. Действительно, Публицианов иск был построен по аналогии с *rei vindicatio*, используя аргумент чрезмерно сурового *ius civile*, который нужно было «исправить». Пути введения этих расширений, представленных в D. 6.2.1 (*Ulp.* 16 ad ed.) и далее, решительно подталкивают к тому же выводу, что и раньше. В дополнение к этому в основном все эти расширения были основаны на аналогии с уже признанными основаниями использования Публицианова иска⁴⁷ или же действовали в связи с насущной потребностью защиты добросовестной стороны⁴⁸ либо при наличии *iusta causa*⁴⁹. Такие основания в определенной мере связаны с *naturalis ratio*. Однако нельзя утверждать, что все эти расширения были сделаны благодаря действительной вере римского претора в *ratio naturalis*, потому что это маловероятно для таких практически настроенных людей.

Тем не менее вполне возможно, что экономические интересы Римской империи (или ее самых могущественных граждан) были главной движущей

⁴⁷ D. 6.2.2 (*Ulp.* 16 ad ed.); D. 6.2.4 (*Paul.* 19 ad ed.); D. 6.2.5 (*Ulp.* 16 ad ed.); D. 6.2.7.2 (*Ulp.* 16 ad ed.).

⁴⁸ D. 6.2.17 (*Nerat.* 3 membr.).

⁴⁹ D. 6.2.3.1 (*Ulp.* 16 ad ed.).

силой этого расширения. Однако *actio Publiciana*, а также широкомасштабные способы его применения преторами обосновывались через *naturalis ratio* на идеологическом уровне, обеспечивая таким образом взаимодействие претора с *ius civile* и добавляя его деятельности легитимность.

В итоге констатируем, что наша гипотеза подтверждается с высокой вероятностью. Найдены две очень сильные косвенные ссылки на *ratio naturalis* как причину формирования *actio Publiciana* и некоторые косвенные намеки и тенденции, подтверждающие то же самое. Таким образом, *actio Publiciana* – это тот случай, когда *ratio naturalis* служила оправданием вмешательства претора в сущностное содержание *ius civile*.

Отвечая на вопрос, почему преторы использовали *naturalis ratio* для изменения применения действующего права, дадим несколько альтернативных ответов. Первым и самым невероятным является то, что они действительно верили универалистской философии, а именно стоикам, идеи которых они включили в содержание их нормотворческой деятельности. Второй, гораздо более вероятный ответ заключается в том, что они отражали сложившиеся убеждения народа, который не был удовлетворен негибким *ius civile* и накопленной несправедливостью, порожденной его устаревший характером. Должность претора носила политический характер и могла рассматриваться как путь на более высокие должности, может быть, даже на место в сенате. Таким образом преторы, думается, стремились связать свои имена с некоторыми экстрапопулярными изменениями несправедливого *ius civile*. Наконец, вероятно, *ratio naturalis* была просто причудливым камуфляжем, который должен был скрыть истинные цели *ius civile*, т.е. экономические причины. Лучшим вариантом будет, что это способствовало улучшению экономических показателей государства; худшим – что они просто следовали за интересами влиятельных экономических групп. Какая из альтернатив верна, мы не знаем – и это, кстати, не поддается реконструкции, – но мы считаем, что имело место сочетание второго и третьего сценариев.

Литература

1. *Ankum H.* 1985: *Denegatio actionis I* // *ZSS.* 102, 453–469.
2. *Apathy P.* 1982: *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer* // *ZSS.* 99, 158–187.
3. *Apathy P.* 1986: ‘*Noxae diditio*’, ‘*actio Publiciana*’ und ‘*usucapio*’ // *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré.* Oxford, 27–39.
4. *Brtko R.* 2013: *Filozofickoprávne východiská prirodzeného práva v klasickom a justiniánskom období rímskeho práva.* 1 ed. Bratislava.

5. *De Visscher F.* 1956: 'Auctoritas' et 'mancipium' // SDHI. 22, 87–112.
6. *Diószdi G.* 1970: Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law. Budapest.
7. *Kaser M.* 1959: Das Römische Privatrecht, II. Abschnitt: Die Nachklassischen Entwicklungen – Rechtsgeschichte des Altertums im Rahmen des Handbuchs der Altertumswissenschaft. München.
8. *Kaser M.* 1964: Prator und Judex im römischen Zivilprozess // TR. 32, 329–362.
9. *Kováčiková J.* 2014: Nemo plus iuris vs. bona fides – kolízia dvoch rímsko-právnych princípov optikou rímskeho práva a súčasnej judikatúry // Mífniky práva v stredoeurópskom priestore. Bratislava, 69–76.
10. *Kováčiková J.* 2015: Procesné prostriedky ochrany vlastníctva v rímskom práve // Mífniky práva v stredoeurópskom priestore. Bratislava, 518–525.
11. *Kelly J.M.* 1966: The Growth-Pattern of the Praetor's Edikt // Irish Jurist. 1, 341–355.
12. *Koschenbahr-Łyskowski de I.* 1929: Naturalis ratio en droit classique romain // Studi di Bonfante. III, 469–498.
13. *Leist B.W.* 1860. Naturalis ratio und Natur der Sache: Zur Widerlegung eines Recensenten in den Schletterschen Jahrbüchern. Jena.
14. *Lenel O.* 1927: Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. 3 ed. Leipzig.
15. *Metro A.* 1972: La denegatio actionis. Milano.
16. *Riccobono S.* 1928: Formulae Ficticiae a Normal Means of Creating New Law // TR. 9, 1–61.
17. *Sobbota S.* 1969: Der Begriff der 'naturalis ratio'. Seine Verwendung in den Texten den klassischen Juristen. München.
18. *Sturm F.* 1962: Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana // RIDA. 9, 357–416.
19. *Thielmann G.* 1994: Nochmal: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte – D. 19, 1, 31, 2 und D. 6, 2, 9, 4 // ZSS. 111, 197–241.
20. *Watson A.* 1974: Law Making in the Later Roman Republic. Oxford.
21. *Wubbe F.* 1961: Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne // RIDA. 8, 417–440.

J. ŠURKALA

***ACTIO PUBLICIANA E NATURALIS
RATIO***

(RIASSUNTO)

L'articolo è dedicato alla relazione tra *naturalis ratio* e azione Publiciana. Sebbene nelle fonti che parlano dell'*actio Publiciana* non ci sia una menzione diretta della *naturalis ratio* che avrebbe ispirato tale istituto, l'autore individua alcuni dati indiretti per cui la *naturalis ratio* consentiva al pretore di intervenire nel *ius civile* per garantire una sorta di legittimità supplementare. In primo luogo, nelle fonti giustinianee

si afferma che con quest'azione il pretore riusciva ad ammorbidire la durezza del diritto civile. In secondo luogo, la formula dell'azione contiene alcuni elementi che indicano la sua origine nel diritto naturale. Infine, un'idea generale sullo sviluppo di questa azione è chiaramente indicativa di una tendenza costante dell'espansione della sua sfera di applicazione sulla base di analogie con alcuni riferimenti alla giustizia.