ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2014, № 3, с. 63–72

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

СПРАВЕДЛИВОСТЬ (AEQUITAS) И ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ (BONA FIDES) В РИМСКОМ ПРАВЕ КЛАССИЧЕСКОГО ПЕРИОДА

© 2014 г. Вячеслав Александрович Савельев[1]

Краткая аннотация: *в статье рассматриваются важнейшие категории римского частного права – принципы справедливости и добросовестности. Предпринята попытка реконструировать смысловое содержание указанных категорий на основе анализа отдельных фрагментов римских юридических источников. Предметно показано, что обе категории были интегрированы в содержание основных институтов римского частного права. Демонстрируется их постоянное применение римскими юристами-правотворцами при анализе и оценке конкретных юридических правил и норм.*
Выявляются особенности понимания категорий справедливости и добросовестности в праве классического периода; рассматриваются характерные черты и соотношение обеих категорий.

Annotation: *the article covers the major categories of Roman private law – the principles of fairness and integrity. Attempted torture reconstruct the semantic content of these categories on the basis of analysis of individual fragments of Roman legal sources. Subject show that both categories were integrated into the content of the basic institutions of Roman private law. Demonstrates their continued application of the Roman lawyers- lawcreators in the analysis and evaluation of specific legal rules and norms. Identifies features of the understanding of the categories of fairness and good faith of the right of the classical period; the characteristic features and the ratio of both categories.*

Ключевые слова: *римское право, категории справедливости и добросовестности, римские юридические источники.*

Key words: *Roman law, the category of fairness and good faith, the Roman legal sources.*

I. Категории справедливости и добросовестности, несомненно, относились к числу наиболее значительных принципов в римском праве классического периода. В данной статье предпринята попытка рассмотрения их непосредственно в контексте римских юридических источников путем анализа отдельных фрагментов Институций Гая, и особенно Дигест Юстиниана[2]. Основная задача – реконструировать смысловое содержание категорий aequitas и bona fides и определить их реальные значения и функции в институтах римского частного права.

Обратимся к рассмотрению категории “aequitas” как наиболее универсальной и базисной для римского частного права. Попытаемся выяснить первоначальное значение этой категории, используя фрагменты сохранившихся исторических и философско-правовых римских источников. По-видимому, оно не являлось однозначным. В трудах Цицерона категория “aequitas” встречается, например, в связи с проблематикой закона (lex). Так, в трактате “О законах” (De legibus) Цицерон отмечал: “Если греки вкладывали в понятие закона понятие справедливости (aequitatis), то мы вкладываем понятие “выбора”, но закону все же свойственно и то, и другое” (De leg. I, VI, 19)[3]. По мнению Цицерона, “справедливость … проистекает из природы” (De leg. I, XV, 42), и “все честные мужи ценят самое **справедливость** и право само по себе” (De leg. I, XVIII, 48)[4].

Категория “aequitas” в своем первоначальном значении понималась вероятно, как “равенство”. В этом значении aequitas применялось великими римскими историками Титом Ливием и Корнелием Тацитом. Повествуя в произведении о принятии Законов XII таблиц, Тит Ливий, в частности, подчеркнул, что “они уравняли в правах всех

---

[1] Профессор кафедры гражданского права Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук, заслуженный юрист РФ (E-mail: VASavelyev@fa.ru).

[2] В задачу автора не входило выяснение точек зрения, имеющихся по данному вопросу в учебной и научной литературе по римскому праву. В современной отечественной литературе заявленная тема специально не разрабатывалась. Правда, в дореволюционной литературе следует отметить работы В.М. Хвостова “Опыт характеристики понятий aequitas и aequum ius в римской классической юриспруденции”. (М., 1895) и работу раннего И.Б. Новицкого «Принцип “доброй совести” в проекте обязательственного права» (Вестник гражданского права. 1916. № 6–8).

Из иностранных работ можно упомянуть немецкоязычные: *Beck A*. Zuden Grundprinzipien der Bona Fides in römischen Vertragrecht. 1955; *Hausmaninger H.* Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im Klassischen römischen Recht. Wien-München, 1964; *Wacke A*. Paulus Dig. 3.5.18.3: Zur bona fides bei Ersitzung, Geschäftsführung und Eviktionsregress. Berlin/München. 1980.

[3] Цит. по: *Цицерон*. Диалоги. М., 1966. С. 95.

[4] Там же. С.102, 104.

(aequare iura) – и лучших и худших…”[5] (III, 34, 3). Корнелий Тацит веком позже Ливия в своих Анналах (III, 27) также записал: “Децемвиры, которые, взяв отовсюду все лучшее, составили XII таблиц, – окончательный (свод) справедливого права (finis aequi iuris)[6].

Интересно отметить, что Гай, юрист середины II в.н.э., в своих Институциях – произведении, написанном, как принято считать, с учебными целями, практически не использует категорию “aequitas”. Конечно, Гаю, несомненно, высокообразованному знатоку права, категория справедливости, обозначаемая терминами “aequitas” и “iustitia”, была хорошо известна. Но остается фактом, что два столетия спустя после Цицерона ученый-юрист Гай в своих Институциях, обобщающем труде по праву, почти не применяет категорию “aequitas”. Вот один из немногочисленных эпизодов, в котором Гай использовал рассматриваемую категорию: “Так как тот, кто за какое-либо преступление по закону Корнелия изгоняется из пределов отечества, теряет право римского гражданства, то из этого следует, что дети перестают быть в его власти.., ибо не допускается разумом (nec enim ratio patitur), чтобы иностранец имел в своей власти (in potestate) римского гражданина. По этой же причине, если находящийся под властью отца будет изгнан из отечества, то он перестает быть во власти родителя, так как не допускается **справедливостью и разумом** (aeque ratio non patitur), чтобы иностранец был во власти отца – римского гражданина” (Инст. I, 128). В этом фрагменте Гай использовал категорию aequitas в своем первоначальном значении как “равно, одинаково”[7].

Редко используя категорию “aequitas” в своих Институциях, Гай, однако, применяет в отдельных эпизодах категорию “ratio naturalis”, соотносимую с “aequitas”. Вот характерный пример: “По **естественному разуму** (naturali ratione) нам принадлежит также и то, что мы захватываем у врага” (Инст., II, 69). Очевидно, что категория “ratio naturalis” вполне могла быть замещена категорией “aequitas” без искажения смысла в рассмотренном фрагменте Институций, и, однако, римский юрист этого не сделал. Эти фрагменты и еще буквально три (I, 89; II, 79 и III, 154а) из примерно 900 параграфов Институций – это все, что использовал Гай для обоснования отдельных правоположений общими принципами права. Остается фактом, что один из последних представителей консервативной школы сабинианцев – Гай в середине II в.н.э. не стремился применять в своих Институциях категорию “aequitas”.

Категория “aequitas” встречается у классических юристов первой половины II в.н.э., по-видимому, редко. Можно привести в качестве примеров лишь единичные фрагменты сочинений юристов догаевской эпохи, в которых использована категория “aequitas”. Так, Юлиан, один из наиболее выдающихся юристов первой трети II в.н.э., глава школы сабинианцев, создатель знаменитого edictum perpetuum, применял в качестве обоснования категорию “aequitas”: “Перестаёт быть должником тот, кто получает правомерную и не отступающую от aequitate naturali эксцепцию” (Диг.50.17.66). Ему следует тот же Гай (в комментариях к провинциальному эдикту): “… проконсул, основываясь на naturali aequitate, обещает всем когнатам владение (наследственным) имуществом; он призывает к наследованию, основываясь на кровном родстве, хотя по цивильному праву они и не являются (наследниками)” (Диг.38.8.2). Стоит отметить, что в считанных сохранившихся фрагментах из трудов юристов – классиков первой половины II в.н.э. категории “aequitas” практически всегда сопутствует категория “naturalis”, по-видимому, корреспондирующая гаевскому naturalis ratio из его Институций. Не пытаясь делать сколь-нибудь значительных выводов ввиду нерепрезентативности объема сохранившихся римских юридических источников, можно с осторожностью зафиксировать весьма сдержанное применение категории “aequitas” юристами – классиками раннего периода.

Использование категории “aequitas” существенно возрастает в конце II – начале III в.н.э., т.е. в трудах позднеклассических юристов. К этому периоду (последние полвека классической эпохи) в сохранившихся в Дигестах Юстиниана юридических источниках можно выявить гораздо большее, чем в первой половине II в.н.э., количество фрагментов из сочинений классических юристов с использованием категории “aequitas”. Они и составляют основную базу для теоретического осмысления принципа справедливости в римском классическом праве. Общее количество фрагментов Дигест с использованием категории “aequitas” значительным считаться не может (примерно 25 фрагментов). Впрочем, этого мас-

[5] *Ливий Т.* История Рима от основания Города. Т. 1. М., 1989. С. 144.

[6] *Корнелий Т.* Соч. в 2-х т. СПб., 1993. С. 89.

[7] Это косвенно подтверждает и английский перевод данного фрагмента Институций, данный в классическом труде Фр. Зулуэты: “… потому что это в **равной мере** противоречит (because it is equally against principe) принципу, что перегрин был во власти отца – римского гражданина”. The Institutes of Gaius. Part I by Fr. Zulueta, Oxford, 1951. P. 41.

сива фрагментов уже достаточно для проведения отдельных операций по их систематизации и историко-правовому анализу.

У позднеклассических юристов понимание категории "aequitas" как юридического равенства в отдельных случаях, по-видимому, сохранялось. Вот характерный пример: "Не только по поводу приданого муж присуждается к тому, что может выплатить, но, привлеченный к суду также по другим контрактам жены, он (по конституции блаженного Пия) должен присуждаться к тому, что может выплатить. Соображения **справедливости** (aequitatis ratio) требуют соблюдать это **в равной мере** (aequa lance) и в отношении личности жены" (Модестин. Диг.42.1.20).

Однако использование категории "aequitas" в римском позднеклассическом праве, как это следует из текстов Дигест Юстиниана, становится более многоплановым и дифференцированным. Уже в первой книге Дигест имеются два известных фрагмента, принадлежащих Ульпиану и Павлу, связанных с общей характеристикой категории "aequitas". Вот самый знаменитый из них: "Право получило свое название (nomen iuris) от iustitia (справедливости), ибо согласно превосходному определению Цельса право есть ars boni et aequi" (Диг.1.1.1 pr)[8].

Следует подчеркнуть, что словосочетания "bonum aequum" и "ex bono et aequo" являлись в римском праве своеобразной вербальной формулой, т.е. были устойчивыми. Они использовались прежде всего в судебном процессе. Уже в преторской формуле нередко указывалось: "…quidquid N.N. **ex bono et aequo** dare, facere, oportet…"[9]. В классический период эта формула постоянно использовалась в исках "доброй совести". Например, у Ульпиана: "Иск об оскорблении, основанный на ex bono et aequo, уничтожается, если (оскорбление) оставлено без внимания" (Диг.47.10.11.1). У Гая: "Иск о приданом, коренящийся in bonum et aequum, имеет силу даже после ограничения правоспособности" (Диг.4.5.8). Эта же формула использовалась римскими судьями при формировании судебного решения: "…к уплате присуждается сумма, которая представляется судье bonum aequum". (Ульпиан. Диг.21.1.42). Рассматриваемая вербальная формула использовалась римскими юристами-классиками и при анализе институтов права, не связанных с судебным процессом. Здесь нельзя не привести в качестве примера блистательную сентенцию юриста Помпония при рассмотрении им вопроса о приданом (dos), основу которой составляет все та же формула: "…не соответствует bono et aequo, чтобы кто-либо получил прибыль в ущерб другому или чтобы (кто-либо) терпел ущерб (damno) вследствие прибыли (lucrum) другого" (Диг.23.3.6.2)[10].

Таким образом, примененная Ульпианом (со ссылкой на Цельса) общая характеристика права (ius) как "ars boni et aequi" базировалась на устойчивой формуле "ex bono et aequo", признанной в римском классическом праве и означавшей, по-видимому, "занятие благим и справедливым". Оба элемента указанной формулы являлись согласно Ульпиану основными компонентами iustitia, справедливости в широком значении. И если из формулы Цельса-Ульпиана невозможно вывести римское определение aequitas, можно, однако, констатировать, что она была прямо интегрирована в категорию "право" (ius).

В большей мере раскрывают содержание aequitas следующие фрагменты Дигест. Первый из них вновь принадлежит Ульпиану: "Iustitia (справедливость) есть неизменная и постоянная воля предоставлять каждому его право (ius suum cuique tribuendi)[11]. Удивительным образом приведенной формуле Ульпиана созвучен фрагмент юриста Трифонина, бывшего членом Совета императора Септимия Севера, а значит, и предшественника Ульпиана. В том фрагменте, посвященном вопросам договорной справедливости (весь фрагмент будет рассмотрен ниже), Трифонин делает чрезвычайно важный общий вывод: "… и я считаю, что это является справедливостью (iustitiam), которая предоставляет каждому свое (quae suum cuique ita tribuit) …" (Диг.16.3.31.1.1).

Сравнивая приведенную выше формулу Ульпиана с формулой Трифонина, можно утверждать, что эти выдающиеся римские правоведы понимали справедливость в праве как соразмерность в предоставлении прав субъектам правоотношений. Весьма интересно отметить, что практически

[8] Обычно эту формулу переводят как "искусство доброго и справедливого". Это эффектно, но вряд ли адекватно римскому правопониманию. Слово "ars" аутентичнее перевести как "знание, занятие, ремесло". А вот слово "bonum" скорее означает в данном контексте "добро, благо".

[9] См.: *Гай*. Институции. IV, 47 и Латинско-русский словарь к источникам римского права Ф. Дыдинского. М., 1997. С. 72.

[10] Стоит отметить, что при переводе рассмотренной формулы (ex bono et aequo) переводчики Дигест испытывают трудности в поиске адекватного русского слова для категории "bonum", используя слова "честный", "правильный", "благой" и т.п.

[11] Имея в виду интерпретацию категории iustitia как "справедливости", данную самим Ульпианом в приведенном выше фрагменте (Диг. 1.1.1.pr), полагаем, что такое прочтение формулы Ульпиана здесь вполне допустимо и корректно.

аналогичная формула: “suum cuique tribuendo” содержится двумя веками ранее (Ульпиана) в работе Цицерона “О законах”: «Полагают, что отсюда и греческое название “номос”, так как закон уделяет каждому то, что каждому положено…” (“suum cuique tribuendo”)» (I, VI, 19)[12]. Таким образом, формула Ульпиана (Диг.1.1.10) была, вероятно, известна в кругах ученых-юристов классической эпохи со времени Цицерона и разногласий не вызывала. Конечно, эта формула не может считаться понятием принципа справедливости, но несомненно, что она выражала одну из ее основных характеристик.

Не менее важен фрагмент Павла, посвященный рассматриваемому вопросу: «Слово “право” употребляется в нескольких смыслах: во-первых, оно означает то, что всегда является **справедливым** и благим (aequum ac bonum), – каково естественное право (ius naturale). В другом смысле это – то, что полезно (utile) всем или многим в каждом государстве, – каково цивильное право (ius civile)» (Диг.1.1.11). Павел, современник Ульпиана, давая принципиальную характеристику права (ius), по существу повторяет формулу Цельса-Ульпиана как “справедливого и благого”, но и при этом делает важное уточнение, локализуя упомянутую формулу и, соответственно, категорию “aequitas” сферой ius naturale (естественного права). Римское же позитивное право ius civile, по мнению Павла, базировалось на принципе общественной пользы (utilitas). Это деление права, данное Павлом, не следует **понимать** как противопоставление категории aequitas цивильному, позитивному праву, а скорее, как их субординацию. И, конечно, выдающийся юрист Павел прекрасно понимал её значение для цивильного, позитивного права. Здесь достаточно привести следующую известную его сентенцию: “Справедливость (aequitas) вообще всегда должна приниматься во внимание, но особенно в праве” (Диг.50.17.90).

Следует отметить, что при столкновении отдельных норм цивильного права с принципом справедливости классическая юриспруденция отдавала приоритет aequitas. Так происходило не только в сфере вещного, обязательственного, но и наследственного права. Вот характерный текст: “Если предъявлен иск к одному из двух или многих наследников.., все наследники [остальные] будут освобождены от ответственности… Это применяется и в том случае, если что-либо поступило в имущество другого лица. Это касается также нескольких фруктуариев, или добросовестных владельцев, т.е. один, привлеченный к ответственности, освобождает остальных… Но, хотя **это соответствует праву, справедливость (aequitas) требует, чтобы иск давался против всех**, кто освобождается вследствие случайного стечения обстоятельств, принимаемых во внимание правом, и что их освобождает (от долга) скорее получение удовлетворения (истцом), а не предъявление иска…” (Ульпиан. Диг.15.1.3.2.pr).

Однако связь позитивного (цивильного) права и принципа aequitas не была в римском классическом праве односторонней. Общий приоритет aequitas не противоречил в отдельных случаях следованию цивильному праву. Об этом говорит важный фрагмент, принадлежащий уже вышеупомянутому юристу Трифонину: “Добросовестность, которая присуща контрактам, требует высшей справедливости (aequitatem summam). Как мы оцениваем её – только ли на основании ius gentium или же принимая в соображение предписания цивильные и преторские? Например, обвиняемый в тяжком преступлении внес на хранение 100; он сослан, а его имущество взято в казну. Должны ли эти 100 быть возвращены ему самому или должны быть переданы в казну? Если мы примем во внимание право естественное (naturale ius) и право народов (ius gentium), то деньги должны быть возвращены тому, кто дал; если же (примем во внимание) право цивильное и порядок, установленный законом (civile ius et legum ordinem), то эти деньги следует передать в казну, ибо тот, кто признан недостойным, должен быть тесним нуждой…” (Диг.16.3.31.1).

Обращаясь к предметным характеристикам категории “aequitas” в римском праве классической эпохи, нужно прежде всего подчеркнуть, что она являлась фундаментальным началом во всех сферах римского частного права. Сам правосозидающий механизм римского классического права – юриспруденция – определялся Ульпианом как “знание о справедливом и несправедливом (iusti atque iniusti scientia)” (Диг.1.1.10.2).

Ряд институтов и правил частного права был создан, по утверждению римских юристов, непосредственно на базе aequitas. Например: “Естественной справедливостью (naturali aequitate) введено также, что тот, кто неправомерно удерживался чужеземцами, после возвращения (домой) получает свои прежние права” (Павел. Диг.49.15.19.pr). Здесь речь идет об институте ins postliminii. Другой фрагмент принадлежит юристу Цервидию Сцеволе, и он – из сферы вещного права: “О присоединениях владений (de accessionibus possessionum) мы никакого общего, охватываю-

[12] *Цицерон.* Диалоги. М., 1966. С. 94, 95.

щего все случаи определения дать не можем, ибо **они основываются на одной только справедливости** (consistent enim in sola aequitate)" (Диг.44.3.14).

Aequitas, таким обраом, в ряде случаев играла роль прямого источника права. С отмеченным значением aequitas как одного из источников частного права тесно связана и такая важная функция, осуществляемая aequitas в римской частном праве, как восполнительная (суплетивная). Категория "aequitas" нередко дополняла действующие правила позитивного (цивильного и преторского) права, используя, в частности, прием аналогии. Вот характерные примеры. Первый принадлежит Павлу: "И, хотя бы (у меня) не было иска об удержании дождевой воды, я, тем не менее, считаю, что у меня есть иск или интердикт по аналогии против соседа, если я хочу восстановить на его поле насыпь, сооружение которой могло бы мне принести какую-то пользу, а ему бы ничем не навредило, ведь **этого требует справедливость, даже если отсутствует право**" (Диг.39.3.2.5). Очень важен и другой фрагмент Дигест: "О помощи лицу, утратившему вещь во время своего отсутствия, б.Антонин дал претору М. Авиту рескрипт следующего содержания: "Хотя весьма нелегко вносить изменения в установленный порядок, но там, где **этого требует явная справедливость (aequitas evidens), необходимо приходить на помощь**" (Марцелл. Диг.4.1.7).

Выдающуюся роль играла категория "aequitas" в формировании средств юридической защиты, что уже отмечалось выше. В частности, исключительно важная эксцепция "О злом умысле" базировалась, по утверждению Павла, на aequitas: "А ввел эту эксцепцию претор для того, чтобы никому при помощи цивильного права его злой умысел не шел на пользу вопреки естественной справедливости (naturalem aequitatem)" (Диг.44.4.1.1).

Суммируя рассмотрение категории aequitas в римском частном праве классической эпохи, необходимо прежде всего отметить усложнение её понимания: от первоначального требования формального равенства для субъектов прав в сфере частного права – к требованию соразмерности при предоставлении прав субъектам. Существенно расширилась сфера её применения. Категория справедливости стала источником многих правил и юридических механизмов действующего цивильного, и особенно преторского, права. В числе функций aequitas в праве классического периода следует выделить функции восполнительную (суплетивную) и корректирующую, непосредственно и предметно формирующие новые правила (нормы) римского классического права. Наконец, к значительным характеристикам aequitas в римском праве следует отнести ее первоначальный и всеобщий характер.

* * *

II. Обратимся к рассмотрению категории "bona fides" в контексте юридических источников классического периода. В отличие от категории "aequitas", "bona fides" использовалась в римских источниках гораздо чаще. Впрочем, в Институциях Гая и категория "bona fides" встречается всего в нескольких эпизодах в книгах II–IV. В трех эпизодах bona fides применена в связи с институтом владения (possessio) и приобретательной давности (usucapio), т.е. в сфере вещного права. Вот яркий пример: "Мы можем приобрести посредством usucapio вещи, переданные нам не их собственником.., если только мы получили их в доброй вере (si modo eas bona fide), веря что тот, кто передал (их), господин (вещи)" (Инст. II, 43). В оставшихся трех эпизодах Институций Гая категория "bona fides" представлена при рассмотрении исков. В частности, важным является следующий: "Разбирательству судов по доброй совести (bonae fidei indicia) подлежали иски по купле-продаже, найму, ведению чужих дел (negotiorum gestorum), поручению, поклаже, фидуции, товариществу, опеке, о возврате приданого" (Инст. IV, 62). Из этого эпизода с очевидностью следует, что в эпоху Гая существовала группа договоров (помимо института опеки), базирующаяся не на цивильном праве, а на праве преторском (исках из доброй веры). К ним относились прежде всего консенсуальные контракты и два реальных контракта (хранение и залог)[13].

Конечно, основной массив фрагментов с использованием категории "bona fides" находится в Дигестах Юстиниана. И начать рассмотрение контекста этой категории в Дигестах следует с важного фрагмента Павла, определяющего категорию bona fides следующим образом: "Fides bona противоположна обману и умыслу (fraudi et dolo)" (Диг.17.2.3.3). Это очень важный фрагмент, не

[13] Следует отметить, что впервые перечень судов bonae fidei мы находим у Цицерона ("Об обязанностях". III, 70): «Верховный понтифик Квинт Сцевола говорил, что наибольшей силой обладают все те решения арбитрального суда, в которых прибавляется "… на основании доверия" (ex fude bona), и считал, что слова fideique bonae находят широчайшее распространение и встречаются в (договорах) товарищества, фидуции, поручении, купле и найме, опеке – во всем том, на чем держится жизнь человеческого общества.

освоенный в отечественной литературе по римскому праву. По существу Павел дал определение добросовестности путем противопоставления её недобросовестности в виде обмана и умысла. Это допускаемое логикой так называемое отрицательное определение можно квалифицировать как "широкое", в отличие от понимания добросовестности по известной формуле "не знал и не мог знать"[14]. Важно отметить, что такое широкое понимание категории bona fides Павел сформулировал, рассматривая казус в сфере договорного права, ибо начало приведенного выше фрагмента было таким: "Если товарищество (societas) образовано со злым умыслом или в целях обмана (fraudandi causa), то в силу права (ipso iure) оно является ничтожным, ибо добросовестность противоположна обману и умыслу" (Диг.17.2.3.3). Аналогичную позицию в понимании bona fides занимал и знаменитый раннеклассический юрист Прокул, основатель одноименной юридической школы: "Если, когда ты продавал имение, в условии договора указал, что из-за (невыплаты) арендной платы ты предварительно истребуешь (его) у арендатора, и это будет принято покупателем, то я считаю, что в истребовании ты должен проявить не только добросовестность (non solum bonam fidem), но также diligentiam, т.е. что у тебя должен отсутствовать **злой умысел**, но и небрежность…" (Диг.18.1.68). Объективности ради отметим, что в римском классическом праве категория "bona fides" применялась и в "узком" понимании. Вот важный текст, принадлежащий Модестину: "Считается, что **добросовестным покупателем** (**bonae fidei emptor**) является тот, кто не знал, что данная вещь – чужая, или считал, что тот, кто продал ему (вещь), имеет право продажи…" (Диг.50.16.109). Подчеркнем, что такое "узкое" понимание добросовестности используется в римских юридических источниках, как правило, применительно к договорному праву. В вещном праве, в частности в институте владения (possessio), использовалось "широкое" понимание добросовестности, что подтверждается формулой владельческого интердикта: "Владейте так, как владеете .., если это владение не является **насильственным или тайным** (nec vi nec clam)…" (Диг.43.17.1).

Из контекста фрагментов Дигест Юстиниана можно выделить ряд юридических характеристик bona fides. Прежде всего надо подчеркнуть, что начало добросовестности (bonae fidei ratio) пронизывало все институты римского частного права. Оно являлось одним из основных критериев юридических возможностей субъекта права. Отсутствие у лица bona fides не только выявляло пороки в его правопритязании на вещь, но и влекло неблагоприятные правовые последствия для его правопреемника, причем независимо от его знания или незнания о них. Вот важный текст Папиниана: "Когда наследник вступает в права умершего, он не устраняет пороки (в праве) умершего своим незнанием (о них), например когда (наследодатель) сознательно владел чужим (имуществом) обманом… То же правило действует, когда возникает вопрос о длительном владении: ведь оно не будет должным образом защищено, когда его начало не поддерживается добросовестностью (bonae fidei ratio)" (Диг.44.3.11).

Категория "bona fides" применялась уже при определении круга субъектов юридической деятельности. Этот круг был широк. В него включались не только свободные лица, но и чужие рабы. Укажем два важных фрагмента Ульпиана: "И если нам будут служить по bono fide даже свободные люди или чужые рабы.., то можно сказать, что они также подпадают под этот эдикт [эдильский эдикт]" (Диг.21.1.23.6). И ещё: "Названием familia охватываются все, кто находится (у покупателя) в услужении, даже свободные люди, которые служат ему по доброй совести (qui ei bona fide serviunt), либо чужие (рабы)…" (Диг.21.1.25.2). Следующий фрагмент Дигест разъясняет **объем правомочий** лица, в чьем услужении bona fide находились свободные (рабы): "Аристон говорит: если свободный, находящийся в доброй вере (qui bona fide mihi servit) у меня в качестве раба, приобретает что-либо своим трудом или из моих средств, это, несомненно, переходит ко мне. Если же он получил от кого-либо подарок или приобрел что-либо, ведя чужие дела (ex negotio gestio), это переходит к нему. Также через него я не приобретаю ни наследства, ни легат, т.к. это приобретено **не из моих средств и не его трудом**" (Помпоний. Диг.41.1.19). Наконец, еще один штрих к статусу лиц, находящихся в услужении bona fides, дает Модестин. Такие лица вправе заключать договоры со своим господином (нанимателем): "Свободный человек, который находится в нашем **добросовестном** услужении (qui bona fide nobis servit), в силу права (ipso iure) может перед нами обязываться как по стипуляционному обещению, так и на основании купли-продажи или найма" (Диг.41.1.54.1). Bona fides предъявляла высокие требования и к личности субъекта права: "Если в договоре найма содержится правило о том, что работа должна быть одобрена по усмотрению соб-

[14] В отечественном гражданском праве "узкое" понимание добросовестности является господствующим (например, в ст. 302 ГК РФ).

ственника, то это понимается в том смысле, как если бы разумелось усмотрение честного мужа (viri boni)… Ибо **добросовестность** требует (fides bona exigit), чтобы было выявлено такое усмотрение, которое приличествует честному мужу (viro bona)" (Диг.19.2.24).

Категория bona fides понималась римскими юристами в тесной координации с обычаями и добрыми нравами. Такова была, в частности, позиция Ульпиана: "Поскольку часто бывает стипуляция о двойном (возмещении), поэтому было определено, что также может быть предъявлен иск из купли, если продавец раба не гарантирует двойного (возмещения): ведь **то, что соответствует нравам и обычаям**, должно иметь место в исках доброй совести" (Диг.21.1.31.20). Той же позиции придерживался и Папиниан: "Надлежит заметить общим образом, что иск, основанный **на доброй совести**, не включает в себя предоставление, в котором заявлено требование **вопреки добрым нравам** (contra bonos mores)" (Диг.22.1.5).

Принцип bona fides находился в тесной связи с принципом aequitas. Здесь необходимо целиком привести важную цитату юриста Трифонина, приведенную частично выше: "Добросовестность, которая присуща контрактам, требует высшей справедливости (aequitatem summam). § 1 Должны ли мы придавать значение **добросовестности** применительно лишь к тем лицам, которые заключили контракт, не распространяя ее ни на кого вне круга этих лиц, или же применительно и к другим лицам, которых касается заключенное соглашение? Например, разбойник внес на хранение Сею свою добычу, отнятую у меня, причем Сей не знал о коварстве внесшего на хранение; должен ли Сей возвратить (внесенное) разбойнику или мне? Далее Трифонин дает свой анализ казуса: "Если мы будем рассматривать в отдельности дающего и принимающего, то соответствует добросовестности получение вверенной вещи обратно тому, кому эту вещь дал. Если же мы будем рассматривать **справедливость** дела в целом (totius re aequitatem) с включением в это дело всех лиц, причастных к этой сделке, то (внесение на хранение) должно быть возвращено мне, ибо это было отобрано путем преступнейшего деяния…" (Диг.16.3.31.1). Из рассуждений Трифонина следовало, что объем понятия "aequitas" было шире понятия "bona fides", и категория "aequitas" имела приоритетный характер.

Существенным для характеристики bona fides являлось ее соотношение с законом. В случае их коллизии римские юристы, как правило, подчеркивали приоритет закона: "Добросовестность (bona fides) гарантируется владеющему в той же мере, что и честность (veritas) владения, когда закон (lex) не является этому препятствием" (Павел. Диг.50.17.136). Не менее категоричен и второй фрагмент Дигест, касающийся данной темы: "Там, где закон не допускает приобретения по давности, добросовестность не служит к выгоде владельца (bona fides possidenti nihil prodest)" (Помпоний. Диг.41.3.24.pr).

Тем не менее, если юридические действия частных лиц прямо не противоречили законам (цивильному праву), правила, устанавливаемые, например, сторонами в обязательстве на основе bona fides, подлежали исполнению. Вот весьма важный фрагмент, принадлежащий Ульпиану: "Продавец Геронианова имения обусловил по договору, что против берега Ботрианова имения (оно расположено на берегу моря), которое он удержал за собой, не должно производиться ловли тунца. Хотя на море, которое всем, – рассуждает Ульпиан, – не может возлагаться сервитута путем частного соглашения, однако добросовестность (bona fides) в договоре требует, чтобы соблюдались условия договора, и потому на владельцев и на преемников в их праве возлагаются обязательства в силу стипуляции или продажи" (Диг.8.4.13.pr).

Переходя к содержательным характеристикам bona fides, следует подчеркнуть прежде всего её выдающуюся роль в сфере договорного римского права. Принцип добросовестности был признан классической юриспруденцией мерилом действительности договоров. Так, Ульпиан подчеркивал, обращаясь к другому римскому юристу: "Ты не одобришь, если будет достигнуто соглашение (conventio) о том, что не возникает ответственности за умысел (dolum). Ведь такое соглашение идет против **добросовестности и добрых нравов** (conventia contra bona fides contraque bonos mores), а поэтому этому соглашению следовать не должно" (Диг.16.3.1.7).

Добросовестность являлась обязательным критерием исполнения юридических обязанностей сторонами в договоре в строгом соответствии с соглашением. Вот соответствующий фрагмент Яволена: "Добросовестность требует, чтобы было выполнено то, в чем стороны согласились (bona fides exigit, ut quod convenit fiat)" (Диг.19.2.21). Ту же мысль проводит Ульпиан: "Когда имеется иск, то ничто не является более соответствующим **добросовестности**, чем предоставление того, о чем согласились стороны" (Диг.19.1.11).

Категория добросовестности является мощным средством, позволяющим отграничивать договоры с правомерной целью (causa) от дого-

воров, заключенных с обманными целями: “Мы пользуемся этим различием относительно того, кто отдал внаем с правом извлечения кладов свое имение и заключил договор добросовестно (bona fide negotium contraxerit), но не для того, кто обманным путем сдал внаем чужое имение и не может противопостоять собственнику” (Африкан. Диг.19.2.35).

Ряд важных юридических характеристик категории “bona fides” можно установить при рассмотрении отдельных институтов частного права и, прежде всего договора купли-продажи и владения. Используя категорию “bona fides”, римские классические юристы создали на её основе ряд теоретически значимых юридических правил, касающихся фигуры добросовестного покупателя (приобретателя). Прежде всего было установлено, что для добросовестности покупки вещи не имеет значения мотивация поведения продавца вещи: “Не всякая покупка идет на пользу, но лишь та, которая произведена **добросовестно**, хотя бы я купил не у собственника, пусть даже продавец продал вещь с лукавым намерением, – ведь **умысел продавца** не может принести мне вреда” (Ульпиан. Диг.6.2.7.11). Следуя этой логике, римская классическая юриспруденция сделала следующий вывод: “Но сам он не может приобрести эту вещь по давности владения, поскольку понимает, что владеет чужой (вещью) и поэтому владеет **недобросовестно**. Но если он передаст (вещь) другому, **добросовестно** получающему владение, тот сможет приобрести ее по давности (usucapere), поскольку владение не приобретено насильственно или тайно (neque vi possessum neque furtivum possideat) (Гай. Диг.41.3.38)[15].

Следующие фрагменты Дигест отчетливо определяют ряд черт добросовестного покупателя в купле-продаже. Важный текст, ранее уже приводимый, принадлежит Модестину: “Считается, что добросовестным покупателем является тот, кто не знал, что данная вещь – чужая, или считал, что тот, кто продает ему (вещь), имеет право продажи (ius vendendi pabere)”(Диг.50.16.109). Аналогичную идею высказал ранее и Павел: “Кто купил у кого-либо вещь, которую он считал ему принадлежащей, тот покупает bona fide” (Диг.18.1.27).

Весьма интересные рассуждения при рассмотрении статуса добросовестного покупателя продемонстрировал Ульпиан в следующем фрагменте: “Юлиан в 7 книге Дигест написал, что передача купленной вещи должна совершаться **добросовестно**, поэтому если кто знает, что приобретает чужое владение, тот не может отсудить (вещь) посредством Публицианова иска, так как не сможет приобрести вещь по давности. И никто не должен думать, – добавляет Ульпиан, – будто мы полагаем, что достаточно **в начале передачи** (вещи) не знать, что вещь чужая, чтобы кто-то смог предъявить Публицианов иск, ибо мы считаем, что и **после** (передачи вещи) надлежит быть добросовестным покупателем” (Диг.6.2.7.17). Теоретически очень важный фрагмент Ульпиана, показывающий тонкость анализа римских классиков: выявление двух временных моментов для более точной квалификации добросовестности обладателя вещи.

Еще более углубил анализ юридической характеристики добросовестного покупателя юрист Павел. Вот его первый весьма важный фрагмент: “Почему же, если я посчитаю, что совершил продажу и передам (вещь), ты не приобретешь её по давности? Конечно, потому, что в других контрактах достаточно (принять во внимание) момент передачи (вещи) .., но при купле-продаже принимается во внимание и момент заключения (договора): итак, надо и **куплю совершить добросовестно,** и быть **добросовестным приобретателем владения.** § 1. Основание владения и давности (causa possessionis et usucapions) различаются (separata). Ведь правильно говорится, что кто-то купил, но недобросовестно. Таким образом, тот, кто зная, что купил чужую вещь, владеет в качестве покупателя (т.е. договор купли-продажи – действителен. – ***В.С.***), но давность не приобретает” (Диг.41.4.2.pr). § 2. Не менее важен и второй фрагмент Павла на данную тему: “Спрашивается: если в то время, когда вещь передается мне, я уверен, что она принадлежит продавцу, а **затем узнаю, что она чужая,** сделаю ли я своими доходы (от неё), так как не прекращается “приобретение по давности”? Помпоний говорит, что скорее всего он будет считаться добросовестным владельцем, даже если он и захватил вещь. Ведь первое, т.е. **приобретение вещи, относится к праву** (hoc enim ad ius) и **подлежит давности**, а второе – **владеет ли кто-либо добросовестно или недобросовестно – относится к факту** (ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat)”. Истечение (срока давности) не противоречит этому, ведь, напротив, **тот, кто не может приобрести вещь вследствие ее порока, приобретает право на доходы**” (Диг.41.1.48.1).

Рассмотренные фрагменты Дигест позволяют зафиксировать несколько важных положений для

[15] Это римское правило выглядит очень современно, являясь своеобразной первоосновой известному правилу ч. 1 ст. 302 ГК РФ.

теории римского частного права. Прежде всего выявление двух юридически значимых моментов при приобретении вещи по договору купли-продажи позволило римским юристам установить требование добросовестности как для момента заключения договора купли-продажи, так и для факта приобретения владения вещью. Это дало римской юриспруденции основание квалифицировать приобретение вещи по договору купли-продажи добросовестным покупателем как действие правомерное. Квалификация же владения, приобретенного на основании правомерной купли-продажи, как добросовестного или недобросовестного была поставлена в зависимость от последующих фактических обстоятельств, не связанных с моментом заключения договора купли. В частности, получение покупателем позднее сведений о приобретении вещи как не принадлежащей продавцу лишало его статуса добросовестного приобретателя и, соответственно, права на usucapio (давность).

Таким образом, значение категории "bona fides" было чрезвычайно велико не только для договорных отношений, но и для таких важных для римского права институтов, как владение (possessio) и приобретательная давность (usucapio). Только владение ex bono fide обеспечивало лицу возможность приобретения легитимного права собственности посредством давностного владения. "Usucapio есть прибавление (цивильной) собственности путем непрерывности владения в течение времени, установленного законом" (Диг.41.3.3. Модестин).

Категория "bona fides" эффективно использовалась римскими юристами при определении границ (пределов) права, принадлежащего субъекту. Принцип добросовестности лежал и в основе такого выдающегося достижения римской юридической мысли, как признание недопустимости злоупотребления своим правом. Его отчетливо выразил уже Гай в Институциях, ссылаясь на одну из императорских конституций в следующей формуле: "Мы не должны злоупотреблять предоставленным нам правом (male nostro iure uti non debemus) (Инст. I. 53). В соответствии с этим правилом было установлено: "Добрая совесть не допускает, чтобы дважды потребовать одно и то же" (Гай. Диг.50.17.57). В этой связи стоит отметить, что утвердившемуся правилу о запрещении злоупотребления своим правом не противоречит другая известная формула Дигест Юстиниана, которую зафиксировал тот же Гай: "Считается, что не действует со злым умыслом тот (mullus dolo facere), кто пользуется своим правом (qui suo iure utitur) (Диг.50.17.55). По нашему мнению, это правило римского права лишь презюмировало ординарное использование лицом своего права. Случаи же "злоупотребления" правом, недобросовестного его использования требовали доказательств в каждом конкретном случае. Стоит подчеркнуть, что категория "bona fides", активно участвующая в формировании такого важного механизма, как запрещение злоупотребления правом, предметно формировала отдельные юридические конструкции в римском частном праве. В частности, она успешно использовалась при урегулировании сложных правоотношений такого распространенного института вещного права, как узуфрукт. Вот только один пример: "Не должно быть злоупотребления (abuti) установленным легатом узуфруктом на рабов…" (Диг.7.1.15.1. Ульпиан).

Рассматривая роль категории "bona fides" при использовании отдельных институтов частного права, нельзя не указать на ее определяющую роль при конструировании претором Публицием (в конце Республики) известного в классическом праве actio Publiciana, преторского иска, положившего начало институту бонитарной (преторской) собственности: «Претор говорит: "кто купил добросовестно"». Таким образом, не всякая покупка идет на пользу, но лишь та, которая произведена **добросовестно**: достаточно, чтобы я как покупатель был **добросовестным**, хотя бы я купил не у собственника" (Ульпиан. Диг.6.2.7.11). Наконец, в числе средств судебной защиты нарушенного права следует упомянуть и созданный уже в конце периода Республики претором Аквилием Галлом специальный иск "De dolo malo" (о злом умысле). Цицерон назвал этот иск "бичом всех вероломств"[16].

Суммируя юридические характеристики, полученные при рассмотрении фрагментов римских юридических источников с использованием категории bona fides, следует отметить прежде всего ее глубокую интегрированность в содержательную "ткань" римского частного права. Как принцип частного права bona fides участвовала в формировании его основных институтов и активно использовалась римскими юристами-правотворцами при анализе и оценке конкретных юридических правил и норм. Особенно велика роль bona fides при формировании важнейшего вида римского владения – добросовестного владения и столь важной категории торгового оборота как "добросовестный приобретатель (покупатель)".

[16] Цит. по: *Бартошек М.* Римское право. М., 1989. С. 39.

Категория “bona fides” обладала меньшей степенью общности и бóльшей предметностью, чем aequitas. Римским юристам удалось даже дать весьма примечательное её определение (формула Павла). Коллизии между aequitas и bona fides возникали в исключительных случаях, и преимущество в таких случаях отдавалось, как следует из текста Трифонина, aequitas (iustitia).

Конечно, при сопоставлении рассматриваемых категорий доминантой являлась aequitas. Как всякая категория высшей степени общности aequitas не поддавалась локализующему её определению. Но пронизывающие aequitas идеи равенства и соразмерности служили фундаментом для формирования и корректировки отдельных институтов римского частного права.

Категории “aequitas” и “bona fides” являлись имманентно составляющими римское частное право. Можно утверждать, что всё “здание” римского классического права, все его основные институты были сформированы при непосредственном применении этих категорий (принципов).