



ИСКИ, ОСНОВАННЫЕ НА ФАКТИЧЕСКИХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ (actiones in factum conceptae), И ИСКИ ПО ФАКТУ СОДЕЯННОГО (actiones in factum) В ДРЕВНЕРИМСКОМ КЛАССИЧЕСКОМ ПРАВЕ

© В. В. Тумов

Тумов Виктор Викторович
кандидат юридических наук
заведующий кафедрой
теории и истории права
и государства
филиал НОУ ВПО
«Самарская гуманитарная
академия» в г. Тольятти

Систему опосредованной экстраординарной юрисдикции в эпоху функционирования судебного процесса по формуле в Древнем Риме можно представить в следующей последовательности: «Если претору представлялся случай, к которому нельзя было приложить правил *iuris civilis*, он прибегал к *actiones utiles*; если нельзя было приложить *actiones utiles* — он хватался за *actiones in factum*...» [1]. Именно последняя категория исков, по мнению Л. Н. Загурского [2], служила для исправления норм действовавшего закона. Административные средства, которые были в распоряжении претора в процессе по законным искам, теперь дополнились такими исками, которые были гораздо более простыми и удобными [3].

Согласно источникам эпохи принципата, *actiones in factum* (иски по факту содеянного) применялись, если не было возможности предоставить надлежащую защиту прав ни с помощью сформулированных ранее гражданских исков, ни с помощью имевшихся исков по аналогии (*actiones utiles*). Одновременно прослеживалась недостаточность эксцепции. То есть следовало защищаться не от иска, а иском, формула которого до тех пор отсутствовала.

Pap. D. XIX. V. 1. Pr.: *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur...*

Иски, основанные на фактических обстоятельствах (actiones in factum conceptae)...

Иногда случается, что при отсутствии установленных судебных разбирательств и обычных исков и когда мы не можем найти особого наименования (для иска, вытекающего из данного дела), мы в целях удобства переходим к тем искам, которые называются иски по факту содеянного... (пер. А. Д. Рудокваса).

Pomp. D. XIX. V. 11: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actions, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Так как число исков не было полным, то в силу этого главным образом и требовались иски по факту содеянного. Но и те иски, которые установлены законом, являющимся справедливым и необходимым, претор дополняет тем, что отсутствует в законе; это он делает в отношении Аквиліева закона, давая применительно к нему иски по факту содеянного, и этого требует Аквиліев закон (пер. А. Д. Рудокваса).

Дифференциация формул *in ius* и *in factum* совпадала с разделением формул на *vulgares* и *non vulgares*. Первые объективировали отношения признанного ранее права, имеющего определенный иск. Вторым термином обозначали формулы, объективировавшие новое исковое притязание. Кроме того оформилось деление исков на *actiones in ius conceptae* и *actiones in factum conceptae*. Если истец основывал интенцию на гражданском праве, то и иск считался основанным на гражданском праве. Иногда претор давал формулу по факту, так что иск назывался *in factum concepta*.

Gai. Inst. IV. 45: Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum (decidi oportere; in) quibus iuris ciuilis intentio est.

Но те формулы, в которых идет спор о праве, мы называем формулами *in ius conceptas*, каковы те, в которых мы утверждаем, что такая-то вещь принадлежит нам по квинитскому праву, или что нам следует что-либо дать, или что должны решить спорный вопрос об убытке, нанесенном нам вором; вот те формулы, в которых интенция есть *iuris ciuilis* (пер. Ф. М. Дыдынского).

Gai. Inst. IV. 46: Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est in quibus nulla talis intentionis conceptio est, (sed) initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea uerba per quae iudici damnandi absoluendique potestas datur...

Прочие формулы мы называем основанными на фактических отношениях; это такие, в которых нет такого составления интенции, но в начале, после того как был назван известный факт, прибавляются слова, которыми судье дается власть осудить или оправдать ответчика (пер. Ф. М. Дыдынского).

С этими исками, основанными на фактических обстоятельствах, нельзя смешивать *actiones in factum*. Последние не имели строго определенной формулы и устанавливались претором для каждого конкретного случая.

Эти иски чаще всего называли *actiones praescriptis verbis*. Неопределенные формулы дали претору возможность присвоить каждому вновь возникшему юридическому отношению соответствующий ему иск, во главе формулы которого претор всегда упоминал об обстоятельствах, вызвавших этот иск. *Actiones praescriptis verbis* противопоставлялись *actiones vulgares*, которые были исками, установленными ранее преторским эдиктом и имевшими строго определенную неизменную формулу. Эти иски могли быть *civiles* или *honorariae*. Первые имели интенцию, основанную на гражданском праве, и, следовательно, были *in ius conceptae*, вторые — *in factum conceptae* [4].

Более наглядно классификацию рассматриваемых исков по способу составления формулы и по ее положению в эдикте магистрата проследим с позиции К. Сальковского:

1. Иски с формулой, основанной на праве или на факте. Первые — это иски с интенцией гражданского права, которая отражает притязание истца, принадлежащее ему по гражданскому праву. Последние — это такие преторские иски (первоначально сюда, может быть, относились также позднейшие гражданские *actiones bonae fidei*), интенция которых, вместо указания на принадлежащее истцу право, содержит ссылку на известный, точно обозначенный в формуле факт, который должен был служить основанием осуждения (Gai. Inst. IV. 45-47).

2. *Actiones in factum* в противоположность *actiones vulgares*. Под последними подразумевали иски, для которых в преторском эдикте были установлены определенные постоянные (конципированные *in ius* или *in factum*) формулы. Под первыми подразумевали иски, которые в эдикте вообще не были предусмотрены или если и были предусмотрены, то не были сформулированы и не имели типичной формулы. Формула для них должна была составляться каждый раз особо в зависимости от обстоятельств случая. При этом формула могла быть либо основана на факте, либо содержать интенцию гражданского права [5].

Состоятельность такой классификации подчеркивал и Т. Марецолль, когда утверждал, что по отношению к преторской инструкции судье иски разделялись на *in ius conceptae* и *in factum conceptae*. Если истец в своем иске основывал свою интенцию на строгом гражданском праве, тогда иск был *actio in ius concepta*. Но претор вводил новые иски, которые не могли основываться на гражданском праве. Для таких исков формула, основанная на праве, была возможна только с добавлением фикции. Но иногда претор и вовсе не пользовался интенцией гражданского права, а давал формулу, основанную на фактических обстоятельствах. Именно претор в этих случаях указывал судье удостовериться только вообще в основательности приведенных истцом фактов и, смотря по их основательности, осудить ответчика или освободить его от ответственности. Один и тот же иск даже мог, смотря по обстоятельствам, быть облеченным в формулу, основанную на праве или основанную на факте. С этими *actiones in factum conceptae* не должно смешивать *actiones in factum*, которые имеют гораздо более широкое значение. Последние противоположны *actiones vulgares*, которые

суть иски, установленные еще в преторском эдикте и имевшие строго определенную неизменную формулу. *Actiones in factum* не имели такой строго определенной формулы. Они устанавливались для каждого конкретного случая отдельно, были весьма изменчивы, зачастую назывались *actiones praescriptis verbis* и могли быть как гражданскими, так и преторскими. Эти неопределенные формулы дали претору возможность присвоить каждому, вновь возникавшему отношению соответствующий ему иск [6].

Все формулы, которые использовались в судопроизводстве *per formulas*, составлял судебный магистрат. Разница между исками, основанными на законе и не имевшими законного основания, заключалась во времени действия. Хотя в ряде случаев претор издавал постоянные иски, в число которых входили и определенные иски по аналогии.

Gai. Inst. IV. 110: Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusue consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas uero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.

Здесь следует сказать, что претором все иски, проистекающие из закона или сенатского постановления, обыкновенно составляются навсегда, а иски, зависящие от его собственной юрисдикции, даются обыкновенно на годичный срок (пер. Ф. М. Дыдынского).

Gai. Inst. IV. 111: Aliquando tamen et perpetuo eas dat, uelut quibus imitatur ius legitimum: quales sunt eae quas dat bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt.

Иногда же претор издает иски навсегда, как бы в подражание гражданскому праву; сюда относятся те иски, которые претор дает владельцам наследственного имущества и прочим лицам, заступающим место наследника (пер. Ф. М. Дыдынского).

Приведенные фрагменты знаменитого произведения Гая и Дигест Юстиниана подтверждают, что в римском праве выработанная схема судебных формул не была исчерпывающей. Допускалось, что при необходимости для непредвиденного случая могла быть составлена новая формула, которая вообще не подходила ни под одно из существовавших постановлений эдикта. Аналогичный вывод можно сделать и из произведений М. Т. Цицерона (Cic. Top. 8. 33). В преторской практике существовал казуальный способ юридического творчества, благодаря которому римское право сохраняло свою живучесть и способность к развитию, т. к. уполномоченный магистрат создавал прецедент нового материального права [7].

Опосредованная экстраординарная юрисдикция связана с перенесением формулы в судопроизводство городского претора. Именно тогда формула стала применяться для защиты гражданских прав. В таком случае она и называлась *formula in ius concepta*. Под правом подразумевалось гражданское право в противоположность преторскому праву, которое составляло не более как простой факт, поэтому формула, основанная на преторском праве, называлась *formula in factum concepta*. В этом делении выразился консерватизм римской юриспруденции. Допуская на практике равенство гражданского и преторского права, римские юристы даже не исключали

возможности противопоставления преторского права гражданскому. Но открыто такое равенство долго не признавалось. Кроме того, названное деление было связано с внешним видом формул. В интенции формулы, основанной на праве, обозначалось спорное право без подробного перечисления каких-либо событий. Возможно, что слова интенции в определенной степени подражали словам торжественных формул судопроизводства по законным искам. Судья должен был знать, что из себя представляет гражданское право, и на основе этого знания проанализировать сделку на предмет существования этих условий. В формуле, основанной на факте, судья мог и не проявлять своих познаний в области гражданского права, так как ему было достаточно установить все указанные в формуле факты и соотнести соответствующий результат расследования с кондемпнацией [8].

Исторически деление исков на *actiones civiles* и *actiones honorariae* является достаточно важным на завершающем этапе существования республиканской формы правления в Древнем Риме. Это деление потеряло значение в поздний классический период в связи с уменьшением разницы между институтами гражданского и гонорарного права. Гражданские иски основывались непосредственно на гражданском праве, в то время как преторские иски предоставлялись изредка непосредственно магистратом или основывались на эдикте, когда эдикт предусматривал оговорку «*iudicium dabo*». В итоге преторские иски разделились на иски, основанные на праве, и иски, основанные на факте, смотря по тому, кристаллизовались ли в преторском эдикте защита или нет. Но первоначально преторские иски, в отличие от древнего гражданского права, все были основаны на факте [9].

Приведенная трактовка современного итальянского романиста Дж. Франчози, согласно которой следует сначала признать деление исков на гражданские и фактические по материальному основанию, а уже классическому праву приписывать выделение фактических исков не по материальному основанию, а по ситуации, требующей нового иска (*non vilgaris*), еще в конце XIX в. была предложена И. А. Покровским. Этот российский ученый изложил свое видение исторического процесса развития формул исков, основанных на фактических обстоятельствах, в своей магистерской диссертации, а затем и в своей монографии, посвященной истории римского права в целом.

По его мнению, не исключено, что претензия истца могла не содержать в себе оснований, предусмотренных гражданским правом. Тогда магистрат мог лично расследовать дело и действовать в административном порядке, если просьба заслуживала его внимания. Но чиновник мог и «просто-напросто составить соответствующую формулу и передать дело на решение судьи, предписав ему после проверки фактических данных обвинить ответчика». Наряду с исками, основанными на гражданском праве, появляются преторские иски (*actiones praetoriae*). С созданием последних преторское правотворчество достигло своего апогея [10].

В основе гражданского иска лежало всегда то или иное гражданское право истца, некоторое *ius*, которое в иске осуществлялось. Поэтому в фор-

муле этого иска условием присуждения ставилось наличие того или иного права истца. Материальным основанием всех преторских исков являлось не какое-либо право истца, а просто известное фактическое положение дел, совокупность известных фактических обстоятельств. Поэтому преторские иски опирались всегда на некоторое обстоятельство (*factum*), а их формулы являлись *formulae in factum conceptae*. Раз претор признавал справедливым при совокупности известных фактических условий дать просителю иск, то, для того чтобы судья действительно обвинил ответчика, претор должен был в самой формуле предоставляемого иска условием осуждения поставить эти фактические обстоятельства, чтобы в самом ее тексте они нашли себе надлежащее место. Редакция формулы при этом могла быть различна. Чаще всего претор просто перечислял эти факты: если окажется..., то ответчика следует обвинить. Иногда применялась фикция или осуществлялась перестановка субъектов. Но будет ли формула преторского иска конципирована посредством перечисления фактов, посредством фикции или перестановки субъектов, все равно формула эта будет по существу всегда *formula in factum concepta* [11].

Изложенное И. А. Покровским учение о формулах, основанных на праве и основанных на факте, в момент его формирования расходилось с господствующим учением, начало которому положил Келлер в 1827 г. [12]. По господствующему учению различие между этими видами формул основывалось на том, отсылался ли в данной формуле судья для постановки своего решения только к фактам или же он должен принимать во внимание и нормы гражданского права.

Поэтому к формулам, основанным на факте, господствующее учение относило только формулы, интенция которых содержала устанавливаемый факт, а не субъективное гражданское право, обусловленное наличием соответствующего закона. Поэтому формулы с фикцией и формулы с перестановкой лиц можно было отнести к формулам, основанным на праве. Следовательно, с различием гражданских и преторских исков различие между исками, основанными на праве и на факте, не совпадает: как есть преторские формулы, основанные на праве (формулы с фикцией и формулы с перестановкой лиц), так есть и гражданские формулы, основанные на факте (таковы *actiones in factum civiles* или *praescriptis verbis*, где есть гражданская претензия истца, но в формуле сверх нее еще указываются и фактические обстоятельства в виде презумпции) [13].

Подобное несоответствие привело И. А. Покровского к выводу, что в более позднее время выражение «*actio in factum*» стали употреблять для обозначения исков, которые не имели типичных, выставленных в преторском эдикте формул, следовательно, в противоположность *actiones vulgares*, но такое словоупотребление не может затемнить первоначального и истинного значения различия между *actiones in ius* и *in factum conceptae* [14].

В эпоху принципата магистрат составлял формулы, которые, имея гражданскую интенцию (включая формулы исков по аналогии), располагаясь в эдикте, были *formulae vulgares*. А иски, интенция которых содержала ссылку исключительно на факт, составлялись для конкретного случая

и в постоянном эдикте не объективировались. В классический период именно в таком значении *actiones in factum* были важнейшей группой *actiones honorariae*. Они признавались исками с тех пор, как магистрат убеждался, что между сторонами возникают отношения, нуждающиеся в правовом регулировании. Именно это тогда подчеркивало всеохватность римского права [15].

Итак, согласно положениям римского права эпохи принципата, гражданские иски всегда были *actiones in ius conceptae*, а преторские иски могли быть или *in ius conceptae* или *in factum conceptae*. Деление исков на главные (*directae*) и по аналогии (*utiles*) находилось в тесной взаимосвязи с делением исков на иски, основанные на праве и на факте. Когда претор пользовался уже готовой формулой, лишь видоизменяя ее и приспособлявая к новым случаям, не подходившим под старую формулу, первоначальный иск назывался *actio directa*, а построенный по его типу — *actio utilis*. Поэтому все преторские иски, основанные на праве (с фикцией, перестановкой и т. д.), обязательно были исками по аналогии по сравнению с теми гражданскими исками, из которых они образовались из-за включения в формулу различных вставок. Но встречались и *utiles in factum actiones*. Если претор создавал новый иск, применяя в качестве прототипа созданный им ранее преторский иск с интенцией, основанной на факте, видоизменяя уже эту формулу, то получался *utilis in factum action* [16].

Принимая во внимание генезис представления об исках, основанных на фактических обстоятельствах (*actiones in factum conceptae*), следует резюмировать их роль в осуществлении защиты прав древних римлян. Появление указанных исков в системе экстраординарной юрисдикции произошло во второй половине республиканского периода и было сопряжено с переходом от гражданского судопроизводства по законным искам к судопроизводству по формулам. Эта категория исков стала эффективной альтернативой средствам экстраординарной юрисдикции непосредственного действия (декретам).

С учетом ситуации, сложившейся в то время в ходе обширной экспансии Рима, и в условиях все большей недостаточности норм действовавшего гражданского права для регулирования общественных отношений, представляется двоякая роль данной категории средств защиты прав. С одной стороны, допустимо, что с помощью исков, основанных на фактических обстоятельствах, нормы гражданского права непосредственно исправлялись. Более же частыми представляются случаи, когда такими исками защищались принципиально новые категории правоотношений, что дополняло гражданское право. Это содействие осуществлялось в условиях консерватизма и дуализма римской юриспруденции, когда законодательство не успевало за развитием общественных отношений, но за этим развитием должно было следить «всевидящее око» судебного магистрата.

Дальнейшее сближение гражданского и преторского права и включение форм последнего в число источников права гражданского (Gai. Inst. I. 2, 6) обусловило формирование представления об исках по факту содеянного (*actiones in factum*) в римском классическом праве. Этими исками уполномо-

Иски, основанные на фактических обстоятельствах (actiones in factum conceptae)...

моченные государственные служащие стали дополнять ранее сформулированные иски, расширяя сферы правоотношений путем развития положений законов, сенатусконсультов, постановлений принцепсов. В арсенале добросовестных чиновников иски по факту содеянного способствовали совершенствованию опосредованной экстраординарной юрисдикции.

ПРИМЕЧАНИЯ

1. Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса. Харьков, 1874. С. 113—114.
2. Там же. С. 76—77.
3. См.: Покровский И. А. История римского права. Минск, 2002. С. 135.
4. См.: Загурский Л. Н. Указ. соч. С. 77—78, 87—88.
5. См.: Сальковский К. Институции. Основы системы и истории римского гражданского права. Киев, 1910. С. 562—563.
6. См.: Мареццоль Т. Учебник римского гражданского права. М., 1867. С. 117—118.
7. См.: Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 241—242; Аннерс Э. История европейского права. М., 1996. С. 76.
8. См.: Муромцев С. А. Указ. соч. С. 249—251.
9. См.: Франчози Дж. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 102—103.
10. См.: Покровский И. А. История римского права. С. 135—136.
11. Там же. С. 136—137.
12. См.: Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Ч. 1: Право и факт как материальное основание исков. Киев, 1898. С. 1—26.
13. См.: Покровский И. А. История римского права. С. 137—138.
14. Там же.
15. См.: Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 2000. С. 346—347.
16. См.: Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 191—192.