

**В. В. Тумов**

кандидат юридических наук, доцент

*Филиал НОУ ВПО «Самарская гуманитарная академия»  
(г. Тольятти)*

**Н. В. Малиновская**

преподаватель

*Воронежский государственный университет*

## **ФИКЦИИ КАК ФАКТОР СТАНОВЛЕНИЯ ИУДЕЙСКОГО И РИМСКОГО ПРАВА**

В современном праве конструкции юридических фикций используются как вспомогательное средство для преодоления фактической неопределенности и устранения ряда предполагаемых спорных ситуаций. Между тем утрачивает известность тот факт, что именно фикциям большинство нынешних правовых систем обязаны своим существованием и развитием. Исторически фикции были одним из главных факторов динамики права в числе общих приемов правовой интерпретации. Последняя получила наибольшее первоначальное развитие в иудейской и римской правовых системах, каждая из которых породила самостоятельную традицию толкования права. В свою очередь интерпретационной практикой Древнего Рима и Древнего Израиля, без углублений в теоретические изыскания, была выработана сама концепция фикции, нашедшая отражение и в праве современной эпохи.

Термин «*fictio*» имеет латинское происхождение и в переводе означает выдумывание, выдумку, вымысел<sup>1</sup>. Он произведен от глагола «*fingerere*» — выдумывать, притворяться, создавать видимость<sup>2</sup>. У Г. С. Мэна встречается пояснение, что «слово “*fictio*” в староримском праве было термином, употреблявшимся в судебном процессе, и означало такое вымышленное заявление со стороны истца, которого не дозволялось отвергать ответчику»<sup>3</sup>. Как неопровержимое постулирование несуществующего существующим с помощью приемов аналогического истолкования права определял фикции в истории римского права О. А. Омельченко<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Дворецкий И. Х.* Латинско-русский словарь. М., 2000. С. 325; *Черниловский З. М.* Ложь и приблизительность в жизни права // Сов. государство и право. 1987. № 4. С. 125; *Он же.* Презумпции и фикции в истории права // Там же. 1984. № 1. С. 104.

<sup>2</sup> См.: *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 131; *Дыдынский Ф. М.* Латинско-русский словарь к источникам римского права. М., 1998. С. 232.

<sup>3</sup> *Мэн Г. С.* Древнее право, его связь с древнейшей историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873. С. 20—21.

<sup>4</sup> *Омельченко О. А.* Римское право. М., 2000. С. 106.

Густав Демелиус (1831—1891) (позицию которого в своей докторской диссертации приводил казанский профессор Г. О. Дормидонтов) приписывал появление в римском праве юридических фикций влиянию жрецов, которые, в частности, использовали в жертвоприношениях муляжи животных. При этом они вовсе не стремились к тому, чтобы фигура принималась за настоящее жертвенное животное. Аналогично этому и в появившихся следом юридических фикциях речь шла не о том, чтобы дать несуществующему факту действительное или юридически вымышленное бытие. Все формы проявления фиктивной мысли в римском праве могут быть охарактеризованы как нормы права, посредством которых фактическое отношение при помощи уравнивания его с другим, юридически урегулированным, превращается в юридическое отношение и приравнивается по своей юридической природе и в действии (т.е. в последствиях) своему образцу и обозначается как подобное<sup>5</sup>.

По аналогии с Демелиусом, указывая на наличие вымысла уже в деятельности понтификов, С. А. Муромцев подчеркивал замечательную, по его мнению, черту римской юриспруденции — ее консерватизм. При этом он констатировал, что «это был консерватизм идей, но не консерватизм практики. На практике юристы не держались безусловно за порядок, однажды принятый; они расширяли и видоизменяли, сообразуясь с нуждами жизни, круг юридической защиты. Но они делали это, не прикасаясь к словам закона, не нарушая старых исковых формул, не посягая на юридические идеи, которые были уже приняты»<sup>6</sup>.

Рассмотрение юридического вымысла в историческом контексте привело казанского философа Д. И. Мейера к пониманию фикции как средства преодоления древнеримского правового формализма. Воображение оказалось единственно осознанным способом без обобщения применять нормы к однородным случаям, но с несколько иными юридическими признаками. Таким образом «власть прибегает к вымыслу: не жертвуя формализмом, она удовлетворяет условиям жизни и вместе с тем верна духу времени»<sup>7</sup>.

Такая неоднозначность предполагает дальнейшее развитие вопроса через обращение к случаям применения фикций в истории права Древнего Рима. Примеры формул с фикцией встречаются в источниках римского права периода принципата. По поводу этого Д. И. Мейер писал: «...Гай, изложив в начале 4-го комментария Институций законные иски (*legis actiones*), представляет затем подходящие к ним иски, основанные на каком-либо вымысле»<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> См.: Дормидонтов Г. О. Юридические фикции и презумпции. Ч. 1: Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 116—117.

<sup>6</sup> Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 191.

<sup>7</sup> Мейер Д. И. Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 67.

<sup>8</sup> Там же. С. 56.

1. Первый пример, однозначное понимание которого затрудняет лакуна в 31 параграфе IV книги Институций, в свое время натолкнул И. А. Покровского на мысль, что иски с фикциями могли быть фактическими исками (*actiones in factum*), а не только исками по аналогии (*actiones utiles*). Кратко систему его аргументации можно выразить следующим образом. Как известно, в том случае, если кто-либо отказывался представить обещание возместить возможный ущерб (*cautio damni infecti*), претор предоставлял против упорствовавшего ввод во владение (*missio in possessionem*); если же это лицо продолжало и далее упорствовать и не допускало истца к владению угрожающим зданием, то претор обещал дать против него иск (*Ulp. D. 39. II. 7*). Обещанный здесь иск обозначался римскими юристами как иск из факта (*actio in factum*) (*Ulp. D. 39. II. 15. 36*). Формула этого иска, содержащаяся в законе Рубрия, является формулой с фикцией данного обещания<sup>9</sup>.

В пользу выводов И. А. Покровского говорит и сохранившийся фрагмент 31 параграфа IV книги Институций:

**Gai. Inst. IV. 31:**

*...но по поводу угрожающей опасности никто не желает предъявлять иска посредством торжественной формулы, а скорее обязывает своего противника в силу стипуляции, предъявленной в эдикте. (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Так как недобровольная стипуляция являлась институтом преторского, а не гражданского права, то и вымысел о наличии стипуляции не мог подводить обстоятельства под законное основание. В рассматриваемой формуле обстоятельства подводились не под позицию закона, а под эдикт судебного магистрата.

Субъективный критерий, т.е. решение магистрата об экстраординарном вмешательстве, вполне позволяет упростить классификацию гонорарных исков: отвергнуть представление об исках по аналогии и подразделить средства защиты в процессе по формуле на иски гражданские и иски фактические. Следовательно, все преторские иски будут фактическими. Придерживаясь иного основания классификации — внешней формы реализации механизма защиты, все же целесообразно подразделить преторские иски на две категории: *actiones utiles* и *actiones in factum*. Источники вполне позволяют отграничить иски по аналогии от фактических исков. Под *actiones utiles* подразумеваются те иски, формулы которых представляют собой модификации гражданских исков.

Аргументация может заключаться в следующих примерах применения фикций. Подобные примеры встречаются в ряде фрагментов Институций Гая и Дигест Юстиниана.

**2. Gai. Inst. IV. 32:**

*Кроме того, в формуле, установленной для откупщика, содержится такого рода фикция, чтобы присудить ответчика к уплате такой*

<sup>9</sup> См.: Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Ч. 1: Право и факт как материальное основание исков. Киев, 1898. С. 70—71.

*же суммы денег, какую должен был бы прежде в случае взятия залога уплатить тот, от кого взят залог. (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Как видно, в качестве исходной использовалась формула гражданского иска по поводу выкупа захваченного залога. Но в данном случае эта формула применялась к отношениям откупа.

3. Изначально сын надежно защищался гражданским наследственным правом, пока над ним был властен отец. Эманципация приводила к утрате права на отцовское наследство. Как отмечалось в историографии, «со временем такое положение стало выглядеть нелепым и поэтому претор ввел новую формулу, получившую название «фиктивная формула», в соответствии с которой судья обретал право рассматривать претензии освободившегося от отцовского диктата «эманципированного» сына на отцовское наследство таким образом, как будто бы ходатай по-прежнему находился под властью отца»<sup>10</sup>. Для подобных случаев была предусмотрена формула, основанная на следующем вымысле:

**Gai. Inst. IV. 34:**

*Кроме того, в некоторых формулах находятся фикции другого рода, например, когда тот, кто на основании эдикта потребовал владения наследством, действовал как наследник... (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Аналогичное положение содержится и во «Фрагментах» Ульпиана:

**Ulp. Fragm. XXVIII. 12:**

*Те, кто вводятся во владение по эдикту, регулирующему наследование по преторскому праву, не являются наследниками, но ставятся на место наследника по милости претора. А потому, сами ли они вчиняют иски, или им вчиняются иски, имеют место иски, основанные на юридической фикции, при которых они выступают как воображаемые наследники. (Пер. Е. М. Штаерман)*

Отметим, что в римском наследственном праве упоминаются и легальные фикции, т.е. закрепленные в законе. Примером тому служит фикция закона Корнелия (D. 49. XV. 22. pr). Указанная ретроспективная фикция появилась не позднее республиканского периода римской истории (около 80 г. до н.э.). Согласно этому вымыслу, вопросы наследования решались так, как будто умерший в плену наследодатель умер до пленения<sup>11</sup>.

**Ulp. Fragm. XXIII. 5:**

*Если тот, кто составил завещание, взят в плен врагами, его завещание имеет законную силу в случае, когда он вернется по праву постлиминия; если он умрет там — то по закону Корнелия, которым его наследство утверждается так, как если бы он умер в гражданской общине. (Пер. Е. М. Штаерман)*

Однако нельзя не учесть мнение Эдуарда Гельдера (1847—1911), отрицавшего фикцию закона Корнелия, так как умерший в плену всего

<sup>10</sup> Аннерс Э. История европейского права. М., 1996. С. 79.

<sup>11</sup> См.: Мейер Д. И. Указ. соч. С. 61, 67; Дождев Д. В. Римское частное право: Учеб. М., 2000. С. 657; Черниловский З. М. Ложь и приблизительность в жизни права. С. 125.

лишь приравнивался к умершему свободным. По его мнению, фикция в этом и подобном случаях, к которым относятся иски с фикцией, есть результат лишь способа выражения закона, результат внешней формулировки данного правила, вызванной или чувством уважения к прежнему праву, или соображениями удобства, или какими-либо иными соображениями<sup>12</sup>.

#### 4. **Gai. Inst. IV. 35:**

*Равным образом покупатель имущества с публичного торга действует как фиктивный наследник... (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Далее в данном фрагменте Гай указывает на возможность избежать фикции путем составления формулы с перестановкой лиц, когда интенция составляется от имени умершего наследодателя, а кондемнация обращается в пользу приобретателя наследственного имущества. Таким образом, обе формулы (формула Сервия и формула Рутилия) стоят рядом для осуществления одного и того же правоотношения. Первая формула с фикцией лучше всего годилась для случая конкурса над наследством, оставшимся без наследников, а вторая — могла быть применима во всех остальных случаях<sup>13</sup>.

5. Уже около 70 г. до н.э. претор Публиций воспользовался фикцией для защиты так называемого бонитарного собственника, допустив, что он провладел имуществом законный срок приобретательной давности<sup>14</sup>. Обосновано, что использование механизма фикции для переноса и защиты частной собственности следует расценивать как значительное достижение римского права предклассического периода в этой области<sup>15</sup>.

#### **Gai. Inst. IV. 36:**

*Точно так же давность предполагается истекшею в том иске, который называется Публициевым. Он именно предоставляется тому, кто, не успев еще приобрести на основании давности вещи, переданной ему на законном основании, отыскивает ее судебным порядком, лишившись владения ею, ибо, так как он не может требовать ее как принадлежащую ему по квинтскому праву, то предполагается, что он приобрел ее в собственность на основании давности... (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

#### 6. **Gai. Inst. IV. 37:**

*Равным образом предполагается римское гражданство у иностранца, если от имени его предъявляется иск или когда против него вчиняют тяжбу... (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Данная фикция, в частности, была необходима для того, чтобы можно было вчинить иск о краже, формула которого была составлена на

<sup>12</sup> См.: *Дормидонтов Г. О.* Указ. соч. С. 133.

<sup>13</sup> См.: *Покровский И. А.* Указ. соч. С. 68.

<sup>14</sup> См.: *Черниловский З. М.* Римское частное право. М., 1997. С. 117; *Он же.* Презумпции и фикции в истории права // Сов. государство и право. 1984. № 1. С. 104.

<sup>15</sup> См.: *Савельев В. А.* Римское частное право: (Проблемы истории и теории). М., 1995. С. 84.

основании Закона XII таблиц, а также иск по закону Аквилія о вреде, нанесенном чужому имуществу. Сопоставление этого фрагмента Гаия с приведенным ранее фрагментом Дигест (Pomp. D. 19. V. 11) подтверждает взаимосвязь фикций с исками по аналогии.

**7. Gai. Inst. IV. 38:**

*...если лицо, вступившее с нами на основании договора в обязательственное отношение, подвергается умалению правоспособности, например, женщина вследствие коэмпции, мужчина вследствие усыновления, то наш долг погашается согласно постановлениям гражданского права и нельзя прямо утверждать, что он или она должны нам дать что-нибудь. Но для того, чтобы от их воли не зависело уничтожить наше право, введен против них аналогичный иск после восстановления правоспособности, то есть в этом иске предполагается, что эти лица не подвергались умалению правоспособности. (Пер. Ф. М. Дыдынского)*

Сходное положение привел Ульпиан в двенадцатой книге «Комментариев к эдикту»:

**Ulp. D. 4. V. 2. 1:**

*Претор говорит: «Если мужчиной или женщиной было что-либо совершено или был заключен контракт, а затем будет доказано, что они ограничены в правоспособности, то я дам иск против этих лиц, как будто этого (ограничения правоспособности) не было. (Пер. А. Л. Смышляева)*

Этот случай применения фикции, вероятно, содержит указание на то, что вымысел необходим для взыскания долга посредством гражданской кондикции, которая формулировалась по законам Сиция и Кальпурния (Gai. Inst. IV. 19).

Сказанное вполне позволяет заключить, что фикции либо могли использоваться для создания преторского иска, основанного на факте, либо просто помещались в типичную формулу, основанную на законе. Разница между фактическими исками с фикцией и аналогичными исками по аналогии заключалась в том, что в формулах последних допускался факт, юридическую силу которому придавало гражданское право. Какой бы вымысел ни содержала формула фактического иска, она не устанавливала связь с законом, а опиралась на усмотрение судебного магистрата.

Можно выделить следующие группы случаев, требовавших применения вымысла. Прежде всего, в правовой практике признавалась справедливой защита ряда требований, олицетворявших принципиально новые ситуации, не предусмотренные рамками легисакционного процесса. Тогда типичные формулы видоизменялись для соответствия казусу. Могло произойти и так, что под обстоятельства дела вообще было невозможно подобрать типичные формулы законных исков. Если такие требования признавались претором обоснованными, то их защита осуществлялась с помощью фиктивного фактического иска.

Содержание вымысла могло быть двояким. В первом случае он мог выражаться в воображаемом добавлении не существовавшего обстоя-

тельства (например, фикция Публиция предполагала истечение срока давности). С другой стороны, можно было отрицать обстоятельство существующее. Первую совокупность фикций принято именовать положительными, вторую — отрицательными<sup>16</sup>. Критерием приведенного выше деления фикций могло служить только их внешнее текстовое оформление в формуле иска. Именно оно позволяет отнести ту или иную фикцию к одному из двух разрядов. Так, Гай говорит, что если иностранец возбуждает иск о воровстве, то он считается по фикции римским гражданином (Gai. Inst. IV. 37). Утверждая, что peregrinus — римлянин, одновременно отрицали, что он — иностранец. Следовательно, одна и та же фикция всегда утверждала определенный факт и в то же время отрицала факт противоположный. В зависимости от того, было ли в записке магистрата сформулировано утверждение или отрицание, фикция относилась к соответствующему разряду, так как очевидно, что утверждать факт можно только одновременно отрицая факт противоположный.

По другому основанию можно классифицировать сохранившиеся в источниках римского права примеры юридических фикций в процессе по формуле на фикции, в которых несущественно проявлялся консерватизм римской юриспруденции (уподобление peregrinus гражданину, уподобление наследнику покупателя имущества с публичного торгового, игнорирование умаления правоспособности должника), и фикции, которыми коренным образом преобразовывалось гражданское право (фикция Публициева иска, фикция исков о наследовании по преторскому праву)<sup>17</sup>.

По мнению И. А. Покровского, не все иски с фикциями имели аналогичную природу. Так, иски преторского наследника и покупателя наследственного имущества с публичного торгового предполагали всегда существующее предоставление, основанное на гражданском праве (*dare facere oportere*). Но есть и другая группа исков с фикцией, при которых не переносится только действие уже существующего *dare facere oportere* на другие лица, а вообще такое *dare facere oportere* еще должно быть фальсифицировано, например, в исках, где peregrinus признавался гражданином или игнорировалось умаление правоспособности. Это различие имело только то значение, что фикции первого рода могли быть выражены и при помощи перестановки субъектов, что невозможно для исков с фикцией второго рода<sup>18</sup>.

Только при помощи фикций в сравнительно короткое время и без особых усилий произведены были римским претором коренные реформы в нормах гражданского права. Воображение при этом не выходило за пределы здравого смысла и необходимости. Поэтому и можно отрицать наличие опасности в применении фикций как для развития народного

<sup>16</sup> См.: Дождев Д. В. Указ. соч. С. 209.

<sup>17</sup> См.: Муромцев С. А. Указ. соч. С. 352—353.

<sup>18</sup> См.: Покровский И. А. Указ. соч. С. 69.

правосознания и прогресса правовых идей, так и для поддержания правопорядка<sup>19</sup>.

При этом фикции представляют собой бесспорный вымысел со сто-процентной степенью невероятности измышляемого факта. Это и отличает их от презумпций, т.е. предположений, имеющих определенную степень вероятности.

По результатам рассмотрения источников римского права можно выделить объективную фикцию (внешняя форма выражения вымысла в формуле) в противовес субъективной фикции — действительной цели вымысла вне зависимости от внешней формы его выражения. Действительная цель преторских фикций в древнеримском процессе по формуле заключается не в констатации наличия отсутствующего юридического факта, а в применении к неурегулированным позитивным правом правоотношениям известной санкции, которая необходима в конкретном случае для поддержания правопорядка.

Несколько иное представляет собой фикция в иудейском праве. Здесь мы имеем дело с правовой системой, корни и сердцевина которой имеют глубокий сакральный характер. Поэтому закономерно, что и становление конструкции фикций в иудаизме происходит на религиозной основе.

Если в римском праве фикция появляется как средство преодоления формализма судебного процесса, то в иудаизме она становится своего рода способом адекватного регулирования общественных отношений без посягательства на незыблемые религиозные догматы.

Как известно, главным и единственным регулятором общественных отношений в древнем иудаизме являлись нормы Священного Писания (Торы), богодухновенность и незыблемость которых делали невозможным внесение в священные тексты каких-либо изменений. Однако с течением времени социальные потребности коренным образом изменялись, происходило отмирание старых и появление новых экономических отношений, регламентация которых в устаревших нормах Священного Писания отсутствовала. Иными словами, что было хорошо для народа земледельческой эпохи с минимальными потребностями и несложными социальными связями, становилось крайне стеснительным для общества, на порядок более развитого в культурном отношении. Для преодоления не отвечающего жизненным потребностям закона и стали создаваться фикции.

Общее теоретическое осмысление понятия фикции в иудаизме отсутствовало. Но исходя из практического опыта и конкретных примеров фиктивных конструкций, можно сделать вывод, что под фикцией в иудейском праве понималось определенное действие, олицетворявшее собой наличие юридического факта, не существовавшего в действительности. Традиционно введение фикции как целенаправленно используемого юридического приема приписывается иудейскому законоучите-

---

<sup>19</sup> См.: *Дормидонтов Г. О.* Указ. соч. С. 134—135.

лю эпохи царя Ирода и основателю одной из фарисейских школ — Гиллелю. Он известен тем, что впервые сформулировал исчерпывающий перечень способов интерпретации норм Торы, включив в него в числе прочих прием «введения символических фикций»<sup>20</sup>.

Обобщая фиктивные установления древнего еврейского права, можно выделить фикции правового и смешанного характера. К числу последних мы относим фикции сакрального характера, имевшие, однако, непосредственное значение для совершения юридически значимых действий. Так, фикция «эруб» имела сугубо религиозную основу, поскольку относилась к священному в иудаизме субботнему дню, и была создана для смягчения строгости закона в отношении субботнего отдыха. В Писании сказано: «не выносите нош из домов ваших в день субботний» (Иер. 17, 22). В иудаизме данное установление понималось как запрет выносить какие-либо предметы из дома на улицу или из «частного владения» в «общественное владение»<sup>21</sup>. Пояснять все неудобство буквального соблюдения такой нормы нет нужды. Для преодоления ее ограничительного действия необходимо было создать видимость того, что все жители определенного двора или переулка являются членами одной семьи.

Житейская логика в качестве первого признака семейной общности выделяет общий стол трапезы. Фиктивное создание такого стола было возможно несколькими путями: 1) каждый из домовладельцев раз в году приносил в другие дома порцию чего-либо съестного, затем все эти порции помещались в общую корзину, символизировавшую собой общий стол и превращавшую таким образом всех жителей переулка в членов одной семьи; 2) каждый домовладелец приносил горсточку муки, после чего из всей собранной муки выпекали хлебец, символизировавший общий пищевой запас жителей переулка; 3) один из домовладельцев в присутствии постороннего лица, являвшегося юридическим представителем всех остальных домовладельцев, приносил в дар каждому из них частицу принадлежавшего ему хлеба.

Необходимым условием установления фикции «эруб» являлось согласие всех домовладельцев переулка. Установление фикций путем соглашения сторон — специфическая черта иудейского права, хотя характерно далеко не для всех известных ему фиктивных конструкций.

Из указанной фикции произошел ряд других фиктивных установлений, в частности, имевшая юридическое значение фикция «эруб техумин», дававшая право совершившему ее удаляться на 2000 локтей от городской черты, что обыкновенно запрещалось законом о субботнем отдыхе<sup>22</sup>. Несложно представить, какое значение имела возможность

<sup>20</sup> The Cambridge history of the Bible: In 3 vol. Vol. 1: From the beginning to Jerome / Edited by P. R. Ackroyd and C. F. Evans. Cambridge, 1970.

<sup>21</sup> Еврейская энциклопедия: В 16 т. / Под общей ред. Л. Каценельсона. СПб., 1908—1913. Т. 6. С. 499.

<sup>22</sup> Еврейская энциклопедия / Под общей ред. Л. Каценельсона. Т. 4. С. 429.

выхода за городские пределы в условиях развивающегося экономического оборота и обязательственных отношений.

К числу фикций правового характера можно отнести «прозбол» и «таккану». Институт «прозбола», считающийся прототипом всех последующих вводимых иудейской интерпретацией фикций, был создан для обхода закона Моисея о «шемите». Согласно этому закону, если человек не отдавал долг в течение шести лет, то на седьмой год он автоматически прощался (Втор. 15 : 1—3). Данное положение распространялось только на евреев и не действовало для чужеземцев. Однако даже в таком качестве экономические последствия данного императива были весьма неблагоприятны. В условиях развивающихся торговых отношений необходимость прощения долга создавала простор для злоупотреблений и подрывала стабильность экономики. В результате евреи начали уклоняться от заключения договора займа во избежание прямой потери собственных денежных средств. А это уже, помимо создания препятствий в развитии торгового оборота, являлось нарушением одного из главных библейских постулатов об оказании помощи ближнему.

В целях урегулирования проблемы и была создана фикция. Текст «прозбола» звучал так: «Я, такой-то, заявляю вам, судьи такого-то места, что все долги, которые имею за таким-то, я взыщу, когда пожелаю»<sup>23</sup>. Зафиксированный в письменной форме, он скреплялся подписями свидетелей и судей. На первый взгляд могло показаться, что текст утверждает право кредитора в целях взыскания долга заявить о намерении нарушить Моисеев закон. Но это не совсем так. Фиктивная природа «прозбола» состояла в том, что его можно было написать только при наличии недвижимого имущества. Причем последнее необязательно должно было быть эквивалентно сумме долга: достаточно и малого клочка земли, на котором можно было вырастить кочан капусты. Таким образом, факт написания «прозбола» (представлявшего собой по сути ипотечную запись) подтверждал, что долг как бы уже был взыскан до наступления седьмого года. В данном случае речь, видимо, шла о предъявлении требования о взыскании, которое по факту в дальнейшем могло быть произведено и на седьмой год, и позже. В пользу того, что прием введения фикции используется здесь лишь для обхода закона, но не отменяет его, говорит то обстоятельство, что, если по какой-то причине кредитор забывал написать «прозбол», он утрачивал право на взыскание долга, т.е. закон Моисея о «шемите» сохранял свое действие.

Другая фикция — «таккана» — касалась приобретения права собственности на дом в городе, «окруженном стеной» (т.е. в крепости, служившей оборонительным пунктом во время нападения врагов). Священное Писание предоставляло продавцу право обратного выкупа дома в течение года с момента продажи. По истечении годового срока дом поступал в вечное владение покупателя и не подлежал выкупу даже

---

<sup>23</sup> Еврейская энциклопедия / Под ред. Л. Каценельсона. Т. 6. С. 499.

в «юбилейный год» (Лев. 25, 10, 29—31). Мотив введения «такканы» имел политический характер: владельцы домов в крепостях не стали бы защищать этот оборонный пункт, зная что через какое-то время (имеется в виду наступление «юбилейного года») их дома перейдут к прежним владельцам. Такое исключительное игнорирование института «юбилейного года» на практике приводило к тому, что покупатели в течение года скрывались от продавцов, чтобы уклониться от возможного возврата строения, и тем самым полностью лишали продавца права на законный возврат дома. Для урегулирования вопроса Гиллель ввел фикцию, согласно которой продавцу, желавшему вернуть дом, было разрешено внести сумму, равную его покупной стоимости, в храмовую казну и, взломав замок, на законном основании вновь вступить во владение домом, даже в отсутствие покупателя.

Несмотря на очевидное благое предназначение фикций в иудаизме, их число не могло быть слишком велико, поскольку, хотя и не отменяя божественный закон формально, они фактически упраздняли его. Ревностное отношение иудеев к Священному Писанию не могло способствовать одобрению развития фиктивных положений без какой-либо дополнительной их аргументации. В связи с этим иудейская практика выработала еще один прием интерпретации, имеющий самостоятельное значение для толкования норм Торы, но также носящий фиктивный характер и непосредственно увязанный с фикциями. Для оправдания фактического упразднения священной нормы ей давалось такое толкование, в соответствии с которым данный закон в том виде, в каком он соблюдался на практике, либо никогда не существовал, либо в силу условий, предполагаемых самой Библией, давно перестал существовать. Фактическое его соблюдение объяснялось особым благочестием народа, который таким образом соблюдал данный закон уже не как библейское предписание, а как указание побиблейских авторитетов. Отсюда закономерно следовал вывод, что данный закон представляет собой не божественное, а человеческое установление, в связи с чем и может быть отменен.

Данный прием имеет непосредственное значение для фикции «прозбола». Законоучители не могли не осознавать, что данное установление Гиллеля нивелирует божественный закон, что, в сущности, недопустимо. Позднейшие иудейские интерпретаторы в оправдание Гиллеля проводили аналогию между законом «шемиты» и институтом «юбилейного года». Сделав из текста Торы вывод о юридической силе и действии «юбилейного года» лишь до тех пор, пока «все 12 колен Израилевых сидели на своих местах в Палестине», они указали на *de jure* прекращение уже в период Вавилонского пленения существования как института «юбилейного года», так и «шемиты». Факт последующего соблюдения данных законов народом объяснялся влиянием мудрецов, установления которых могли быть отменены. Таким образом, фикция «прозбола» оказывалась упраздняющей закон отнюдь не божественный, но человеческий, и потому считалась вполне легитимной.

Обобщая фиктивные конструкции римского и иудейского права, можно сказать, что им был присущ сходный телеологический смысл — прекращение фактического действия закона без формальной отмены нормы и прямого отказа от традиционных устоев. Интерпретационное развитие права Древнего Рима и Израиля происходило под действием главного принципа: закон должен удовлетворять «общему благу», иметь благое предназначение — если по каким-либо причинам он перестает соответствовать данному требованию, прямо или косвенно он может быть отменен.

Главное отличие римских и иудейских правовых фикций заключалось в том, что действие фиктивных конструкций в иудаизме традиционно связывалось с совершением определенных символических действий, в то время как право Древнего Рима объективировало фикции в законах и преторских формулах как своеобразное нормативное установление.

Принимая во внимание несоответствие между субъективной сущностью фикций и техникой их формализации, вполне можно поддержать позицию, что фикции особенно свойственны обществу на начальных стадиях развития. Как можно убедиться, на определенном историческом этапе они противостояли строгости закона, что, во всяком случае, придает подобным вымыслам положительный оттенок<sup>24</sup>. Для иудейской правовой системы фикции стали основным способом преодоления религиозной догмы, в римском праве способствовали обходу процессуального формализма. Создание указанными правовыми системами фиктивных конструкций не только способствовало динамике развития иудейского и римского права, но и заложило основы концептуального понимания фикции как положительного правового явления, содействующего преодолению помех в правовом регулировании общественных отношений.

---

<sup>24</sup> См.: Мэн Г. С. Указ. соч. С. 20—21.