

a Persian horse messenger is based on three motifs found in the 5th and 4th century sources concerning Achaemenid pony express. In Herodotus and Xenophon it is characterized by its (1) miraculous, almost supernatural, divine speed and swiftness provided by (2) passing the message from one horse-rider to another and symbolizes (3) the power and splendour of the Achaemenid monarch and his empire. All three motifs are realized in Klytaemnestra's speech either on a lexical or thematic level. Besides the poetics of this particular speech the barbarism ἄγγαρος is used for forming Klytaemnestra's ethos, her masculine mind (androboulia), of which the clever invention of beacon post is a powerful and impressive symbol. The choice of a Persian word designating a Persian institution cannot be accidental in the context of lines 527–531 alluding to *Persians* 809–812 and general similarity between two Aeschylean plays observed by the critics. The sack of Troy is thereby assimilated with the sack of Athens, and Agamemnon himself – with a hybriatic barbaric conqueror. These connotations are to be fully conveyed later in the text in the so-called “Carpet Scene”. Lastly, the problem of historical evidences of beacon post in Persia and Greece in the 5th century BC and its possible relation to the tragic text are investigated. As a conclusion, a suggestion is made that the word ἄγγαρος implies connotations of the forthcoming disaster and downfall awaiting arrangers both of the beacon post (Klytaemnestra, Agamemnon, Mardonius) and courier post (Xerxes, Persians), even though they seem triumphant and victorious for the moment being. The semantics of the word ἄγγαρος draws up the ambiguity of the torch procession – a joyful piece of good news of victory, which soon turns out to be a disastrous defeat.

© 2011 г.

А.М. Ширвиндт

ЗНАЧЕНИЕ ФИКЦИИ В РИМСКОМ ПРАВЕ НА ПРИМЕРЕ ФОРМУЛЫ УСЫНОВЛЕНИЯ (ADROGATIO)

В основе древнеримской процедуры усыновления (adrogatio) лежала правовая фикция: усыновляемого объявляли сыном усыновителя «так, как если бы усыновляемый родился от усыновителя в законном браке». Использование здесь этого приема юридической техники объясняется натуралистическими представлениями римлян о праве: рассматривая социальный факт и его правовую оценку как органическое единство, существующее от природы, древние юристы не считали возможным со-общение правовых последствий одного факта другому, поэтому для переноса таких последствий на новую почву необходимо было допустить, будто новая ситуация социального взаимодействия отвечает признакам старой.

Ключевые слова: фикция, усыновление, семья, отцовская власть, римское право, юридическая техника, правопонимание.

Древнейшую известную нам фикцию в римском частном¹ праве мы обнаруживаем в формуле усыновления – adrogatio. Римская семья, familia представляла собой объединение лиц и имущества под властью отца семейства,

Ширвиндт Андрей Михайлович – магистр частного права, LL.M., ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

¹К числу древнейших случаев использования фикции в публичном праве относится описанный Ливием эпизод римской истории, когда в 200–199 гг. до н.э. вместо Гая Валерия Флакка, выбранного на пост курульного эдила, необходимую для вступления в должность

pater familias. Эта власть, potestas, приобретая разные формы, распространялась и на свободных членов семьи: нисходящих родственников по мужским линиям (patria potestas) и – в некоторых случаях² – жену отца семейства и, вероятно, жен его нисходящих (manus), а также на подвластных другого отца семейства, посредством обряда манципации на время отданных в другую семью для выполнения работ (mancipium), и на рабов и прочее имущество (dominium). Неограниченная власть отца семейства над его домочадцами издревле описывается как potestas vitae necisque, право жизни и смерти³. Правовое положение сына, подчиненного отцовской власти, filius familias, занимал тот, кто был зачат⁴ в законном браке

клятву произнес его брат Луций Валерий Флакк, а народ постановил, чтобы вся эта ситуация «была такова, как если бы поклялся сам эдил» (plebesque scivit ut perinde esset ac si ipse aedilis iurasset – *Liv.* 31. 50. 6–9). Трудность, для преодоления которой была использована фикция, заключалась в том, что сам Гай Валерий Флакк не мог приносить клятву ввиду ограничений, наложенных на него как на жреца Юпитера (ср. *Gell.* X. 15. 5: item iurare Diale fas numquam est – «также и клясться [фламину] Юпитера никогда не дозволено»). См. об этой фикции: Bianchi 1997, 200–205; Demelius 1858, 27–28.

² Когда наряду с браком совершался также специальный акт (confarreatio или coemptio), влекший за собой установление власти мужа над женой (conventio in manum mariti), или когда такая власть приобреталась по давности (usu). Поскольку заключение брака в древности часто (в архаический период, по-видимому, всегда) сопровождалось установлением manus, в романистике долгое время бытовало отвергнутое сегодня мнение, будто римляне знали две формы брака – cum manu и sine manu. Подробную историографию вопроса см. Fayer 2005, 185–199. См. также Дождев 2008, 327; 2002, IX; Франчози 2004, 168–169 (такая систематика «представляет собой дихотомию, лишенную исторической обоснованности»); Gaudemet 2000, 42–43 («на самом деле, речь идет о двух разных вещах...»). Старый взгляд см., например: Флейшиц 1997, 127–130.

³ Старейшее свидетельство, если доверять редакции Авла Геллия, – формула adrogatio (*Gell.* V. 19. 9; см. ниже). Дионисий Галикарнасский пишет, что это право отца семейства было введено законом Ромула (*Dionys.* II. 26. 1, 4–6). К царским законам, leges regiae, причисляет это установление и Папиниан (Coll. 4. 8. 1). Ср. также *Frag. Aug.* 85: patris potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem (бросающаяся в глаза тавтология лишний раз подтверждает техническое значение выражения «vitae et necis potestas»); 86, где в обрывке фразы содержится намек на ограничения власти отца семейства уже законами XII таблиц. Ср. интерпретацию этих сообщений у Д.В. Дождева: «Институт власти домовладыки (patria potestas), как таковой, не обсуждается в законах XII таблиц и предстает доримским учреждением, известным со времен Ромула, которому и приписывается указанное ограничение (Dion. 2. 27), лишь воспроизведенное в XII таблицах (IV. 2: Gai., 1, 132; Ulp., 10, 1)» (Дождев 2008, 30). Известно также замечание Ульпиана, который говорит, что «право [отцовской] власти введено обычаями» (D. 1. 6. 8pr.: ...ius potestatis moribus sit receptum), имея в виду, очевидно, древние обычаи предков, mores maiorum. В связи с этим Дж.Э.Ч. Томас пишет: «Patria potestas as we know it derives from no statute» (Thomas 1963, 41).

⁴ О том, что ключевую роль играл именно момент зачатия, свидетельствует целый ряд источников классического периода. Косвенно они подтверждают, что это правило имело гораздо более древнее происхождение (речь идет прежде всего о сообщении Геллия; см. ниже). Павел (D. 1. 5. 12) и Ульпиан (D. 38. 16. 3. 12), опираясь на авторитет Гиппократ, обсуждают кратчайшие сроки, которые должны пройти с момента заключения брака или отпуска матери на волю, чтобы ребенок считался зачатым в браке или на свободе и чтобы приобрел статус сына или свободного соответственно. Ср. *Paul.* 19 resp., D. 1. 5. 12: ...qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse («...кто родился в законном браке на седьмой месяц, является законным сыном»). Обсуждая случай, когда вдова родила спустя одиннадцать месяцев после смерти мужа, Геллий вспоминает, что законы XII таблиц определили срок беременности равным десяти месяцам (*Gell.* III. 16. 12; XII tab. IV. 4, см. Schöll 1866, 126). Ср. также *Ulp.* 14 ad Sab., D. 38. 16. 3. 11 и *Plin.* NH. 7. 38–40.

(*matrimonium iustum* или *iustae nuptiae*), заключенном между римскими гражданами или римским гражданином с женщиной, в отношении которой признано особое право вступать в римский брак – *conubium*⁵. Состояние наших источников не позволяет сделать однозначного вывода относительно того, с какого момента или даже при каких условиях возникала *patria potestas* – с момента рождения ребенка или с того момента, как отец семейства по древнему римскому обряду ритуально поднимет его с земли в знак признания (*liberum tollere*)⁶.

Современная романистика склонна ставить в один ряд с рождением в законном браке два других основания возникновения *patria potestas* и соответственно приобретения статуса подвластного сына – *adrogatio* и *adoptio*⁷. Правильная по большому счету и, безусловно, оправданная дидактическими соображениями такая систематика подавляет действительную логику соотношения этих оснований, не позволяя рождению в законном браке заслуженно выступить на первый план⁸. Функцию усыновления в механизме возникновения *patria potestas* удачно

⁵ См., например: G. 1. 55 (= D. 1. 6. 3, первое предложение воспроизведено в I. 1. 9pr.): *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est* («Также в нашей власти находятся наши дети, которых мы производим на свет в законных браках. Это право принадлежит исключительно римским гражданам»); G. 1. 76: *nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex his qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit* («ведь, напротив, если римский гражданин возьмет в жены женщину из перегинов, с которой у него есть *conubium*, заключается законный брак, и тогда тот, кто в нем родится, будет римским гражданином и под властью отца»).

⁶ Одни авторы – С. Пероцци, М. Казер, А. Уотсон – считают, что *patria potestas* устанавливалась автоматически в момент рождения и не зависела от совершения обряда признания, не прекращаясь даже с отказом от ребенка, *fili expositio* (см. Watson 1967, 77–82; Kaser 1971, 65, 342, 345; Kaser, Knütel 2005, 303). В пользу такого вывода говорят не только и не столько неюридические источники, проанализированные в свое время Пероцци, но и прежде всего содержащийся в Дигестах Юстиниана текст Сцеволы (D. 40. 4. 29), на который обратил внимание Уотсон (Watson 1967, 81–82). Другой взгляд, которого придерживаются Э. Вольгаста, Дж. Гуаланди, А. Романо, Ж. Годме, Дж. Франчози, у нас – Д.В. Дождев, связывает возникновение *patria potestas* именно с ритуальным признанием ребенка, опираясь, в частности, на Петрония (Sat. 116. 7), который обуславливает статус «своего наследника», *suus heres* [а таковыми были только лица, находившиеся под властью наследодателя,] с совершением обряда *liberum tollere* (Дождев 2008, 324; Франчози 2004, 132; Gaudemet 2000, 73; Watson 1967, 78–80). Л. Капогросси Колоньези предполагает, что обряд *tollere liberos* требовался для установления *patria potestas* в архаический период, но со временем утратил юридическое значение, сохранив лишь социальное (Capogrossi Colognesi 1990, 107–122, 123–127: дискуссия с J. Cels-Saint-Hilaire).

⁷ См., например: Санфилиппо 2002, 128; Франчози 2004, 133–134; Watson 1967, 82–98; Kaser 1971, 345–349; Kaser, Knütel 2005, 302–305; Gaudemet 2000, 72–76. К этим двум видам усыновления примыкают и так называемые завещательные усыновления или усыновления на случай смерти, которые, вероятно, представляли собой лишь специфические формы *adrogatio* и *adoptio* (см. Kaser, Knütel, 2005, 304; Gaudemet 2000, 76–77. О производности *testamentum calatis comitiis* см. Wieacker 1988, 326 и указанную там литературу).

⁸ Ср. удачное противопоставление в кратком учебнике Б. Николаса: «нормальный» способ установления отцовской власти он отличает от «искусственных» (Nicholas 1962, 76–77). Ср. также у Дождева: «Нормальной причиной членства в семье и установления агнатической связи считалось рождение в законном браке» (Дождев 1993, 57).

показал Э. Вольтерра⁹. Его выводы касаются воззрений юристов II–III вв. н.э., но сам характер этих выводов позволяет а fortiori распространить их и на более ранние эпохи. По мнению ученого, ни *adrogatio*, ни *adoptio* не вели непосредственно к установлению *patria potestas* одного лица *sui iuris* (главы семейства) над другим или соответственно к передаче *patria potestas* в отношении подвластного сына от одного домовладыки к другому. Суть этих институтов – в назначении усыновляемого на роль законного нисходящего родственника, который фиктивно рассматривается как произведенный на свет усыновителем или его нисходящим. Именно принятие на себя этой роли законного сына или внука подчиняет усыновляемого *patria potestas* усыновителя. Приобретение *patria potestas* не зависит от воли домовладыки – он получает власть автоматически в силу рождения ребенка в законном браке или в силу назначения другого лица на роль нисходящего родственника законом или магистратом. То же верно и для прекращения отцовской власти, которое достижимо не столько волевым актом *pater familias*, сколько созданием условий, при которых правопорядок уничтожает *patria potestas*. В этом смысле установление и прекращение *patria potestas* всегда происходят *ipso iure*¹⁰. Анализ формулы усыновления (*adrogatio*), а также понятийного оформления семейной структуры с учетом включения в нее усыновленных подтверждает эту трактовку, нуждающуюся, быть может, в незначительном смещении акцентов.

Gell. V. 19. 8–9: «*Adrogatio*» autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Eius rogationis verba haec sunt: «*Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo*».

«*Adrogatio*» же так называется потому, что этот род перехода в чужую семью совершается посредством обращения к народному собранию. Слова этого обращения таковы: «Благоволите повелеть¹¹, чтобы Л. Валерий Л. Тицию был сыном по праву и закону так, как если бы родился от этого отца и от матери семейства, и чтобы у него было над ним право жизни и смерти, как у отца над сыном. Вот об этом, как я сказал, так прошу вас, Квиристы».

Достоверность сообщения Геллия о видах усыновления (V. 19) подтверждается множеством как содержательных, так и формальных совпадений с другими юридическими и неюридическими источниками¹². О точности передачи формулы *adrogatio* говорят частично воспроизводящий ее текст Прокула¹³ и свидетельство Цицерона, позволяющее сделать вывод, что в формуле, по крайней мере отчасти,

⁹ Volterra 1966, 109–153. Пафос исследования направлен против господствовавшей в те годы концепции П. Бонфанте, полагавшего, что *patria potestas* – реликт догосударственной политической власти главы семейного союза и что на всем протяжении своего существования она сохраняла черты этой древней власти, а *adrogatio* и *adoptio* – способы включения нового члена в политический союз (см., например: Bonfante 1925, 12–26).

¹⁰ См. прежде всего: Volterra 1966, 110–112, 115, 121–124. См. также Volterra 1976, 204–207. Эти взгляды встречают поддержку и в исследованиях последних лет (см., например: Bianchi 1997, 178–179).

¹¹ Дворецкий 1996, 832.

¹² См. подробное обсуждение: Volterra 1966, 116–120. См. также о юридических источниках Геллия (Dirksen 1871, 21–63).

¹³ D. 1. 7. 44: *ut etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio puta filio suo et ex matre familias eius natus esset*. См. также Lenel 1889, I, col. 165. В романистике сложился консенсус, что в этом тексте звучит именно формула *adrogatio* (Avenarius 2005, 236: «Еще Прокул ориентировался на старую формулу *адрогации*»). Представительный обзор точек зрения см. Fayer 2005, 293–294.

повторялись слова вопроса, который задавали усыновляемому перед принятием закона об усыновлении¹⁴. Дополнительные доказательства подлинности формулы дают известные по другим источникам слова «velitis iubeatis», которыми она открывается¹⁵, структурные и лексические совпадения с *lex Salpensana* и *lex Irnitana*, где подобная с формальной точки зрения фикция используется для установления опеки¹⁶, а также описание Фестом института *adoptio* с использованием фикции рождения от усыновителя¹⁷. О древности формулы говорят архаические формы *siet* и *endo*.

Итак, *adrogatio* совершается в куриатных комициях, которые в ответ на *rogatio*, формулу которой передает Геллий, принимают закон, *lex* (ср. также G. 1. 99: *et populus rogatur, an id fieri iubeat*), делающий усыновляемого сыном усыновителя и устанавливающий между ними отношения *patria potestas*. Впрочем, статус акта народного собрания об утверждении усыновления оказался предметом дискуссии. Обсуждая соотношение понятий *ius* и *lex* на ранних этапах развития римского права, М. Казер указывает на два случая, когда они сопрягаются: первый – формула *адрогации*, сообщенная Геллием, второй – переданная Гаем формула, которую произносил *familiae emptor* (G. 2. 104: ...*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*). «Однако формула *адрогации* словом “*lex*” обозначает само постановление комиций, завещание же – правило законов XII таблиц (5. 3)...»¹⁸ Таким образом, *legeque* в формуле *адрогации* относится, по мнению М. Казера, к тому акту, который комиции примут в ответ на *rogatio*, т.е. к самому закону (*lex*), утверждающему усыновление¹⁹.

Й. Бляйкен не соглашается с такой трактовкой, поскольку утверждение комициями усыновления не является *lex*, будучи актом применения, а не установления права (осуществляющим, а не создающим *ius adrogationis*), и заключает, что слова «*legeque*» отсутствовали в первоначальной редакции формулы²⁰.

Обе эти позиции вызывают сомнения. Вывод Бляйкена, будто акт комиций, утверждающий усыновление, не является законом, во-первых, не согласуется с некоторыми данными источников, а, во-вторых, основан на спорных посылках. Прежде всего следует указать на два свидетельства, где акт комиций об усыновлении именуется законом: рассказывая об усыновлении Августом Агриппы и Тиберия, Светоний пишет, что он их *adoptavit in foro lege curiata* («усыновил на форуме посредством куриатного закона» – Suet. Aug. 65); обсуждая акт усыновления, Цицерон сопоставляет его с «прочими законами» (*ceteris legibus* – Cic. De dom. 41).

¹⁴ Cic. De dom. 77: *auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem haberet, ut in filio* («согласен ли ты, чтобы Публий Фонтей имел в отношении тебя право жизни и смерти, как в отношении сына»). Ср. G. 1. 99: ...*et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur*.

¹⁵ Liv. 38. 54. 3; Cic. In Pis. 73; De dom. 44; 47.

¹⁶ Lex Salp. 29 : ...*tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et ei agnatus proximus civis Romanus tutor esset* (см. Bruns 1909, 142–146; Girard 1937, 108–112; lex Irn. см. D’Ors 1988, 13–87). По предположению Ф. Шульца (Schulz 1948, 457–458) и – теперь – Д. Нерпа (Nörr 2001, 48–49, 52), эта формулировка восходит к *lex Atilia* (конец III в. до н.э.). Критика Уотсона оставляет место для сомнений (Watson 1967, 124–127).

¹⁷ Fest. s.v. *mancipatione adoptatur*. Реконструкцию этого поврежденного места см., например: Lenel 1889, II, col. 334: «[*Mancipatione adoptatur,*] *ut patri sui here[s esse desinat: sed eius qui adop]tet tam heres est qua[m si ex eo natus esset]*».

¹⁸ Kaser 1949, 72.

¹⁹ Той же точки зрения придерживается и К. Файер (Fayer 2005, 292).

²⁰ Bleicken 1975, 68.

Уже эти свидетельства дают достаточные основания для вывода, что усыновление на народном собрании принимает форму закона²¹.

Слова «*iure legeque*» могут быть прочитаны и иначе. Эта пара призвана описать все право, все *ius*, из какого бы источника оно ни возникло, и не подразумевает противопоставления ее членов: не право в его отличии от закона и не закон в его отличии от права, а право, установленное как законом, так и любым другим признанным способом²². *Ius lexque* – правопорядок во всем его многообразии. При таком взгляде, объединяющем рассматриваемую пару в единое понятие, понятие позитивного права в целом, слово *lex* уже не может обозначать сам акт куриатных комиций, не может иметь в виду «настоящий закон», как того требует и интерпретация Казера, и ее критика со стороны Бляйкена.

Как же следует понимать *iure legeque* в формуле адрогации? Можно ли сказать, что усыновляемый становится сыном усыновителя на основании права, в силу права? Ответ должен быть очевидно отрицательным, так как право связывает возникновение отношений типа «сын – отец» исключительно с происхождением одного от другого в законном браке. Правом не предусмотрено никаких механизмов установления подобных отношений в других случаях. Именно поэтому *adrogatio* требует участия нормотворческой инстанции: народного собрания²³.

В *rogatio*, формулу которой передает Геллий, народному собранию не предлагается признать, что усыновляемый становится сыном усыновителя на основании права (при таком толковании слова *iure legeque* указывают на основание, причину, по которым один становится сыном другого, они стоят в *abl. causae*). Напротив, народное собрание просят установить, что отныне Луций Валерий – сын Луция Тиция по праву, в соответствии с правом, с точки зрения права (*iure legeque: abl. modi*). *Lex curiata* об усыновлении устанавливает: то, что усыновляемый является сыном усыновителя, отныне соответствует праву. Подобное значение слова *ius* в аблативе различимо, например, и в положении законов XII таблиц (VIII. 12), процитированном Макробием: «Да будет убийство ночного вора правомерным!»²⁴ Понятно, что речь идет не об убийстве в силу права или на основании права, а

²¹ Этого мнения придерживаются, например, Вольтерра (Volterra 1976, 120–121) и – с оговорками об особенностях *lex adrogationis* – Бьянки (Bianchi 1997, 176–177). Об «индивидуальном законе» (*Individualgesetz*) говорит Ф. Виакер, ставя в один ряд *lex de imperio*, *adrogatio*, *testamentum calatis comitiis*, которые принимались по конкретному делу в форме *lex curiata* (Wieacker 1988, 390).

²² См. прежде всего специальное исследование Дж. Броджини, проанализировавшего множество контекстов употребления этого бинома в самых разных формах (ср., например, *ius legis*) и пришедшего к выводу, что пара *ius lexque* имеет синонимичное значение с *ius* вообще, а противопоставление *ius* и *lex* не подтверждается источниками (Broggini 1959, 23–44). См. также Bleicken 1975, 67–68.

²³ Как известно, со временем эту функцию начинает осуществлять император: *Adrogatio etenim ex indulgentia principali facta proinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset* (C. 8. 47. 2. 1). Такая перемена отразилась и в наших источниках, что можно проиллюстрировать изменениями, коснувшимися соответствующих разделов «Институций» Гая: слова «*populi auctoritate*» в G. 1. 98 и 99 были заменены на «*principis auctoritate*» в D. 1. 7. 2 пр. и «*principali rescripto*» и «*imperatoris auctoritate*» в I. 1. 11. 1; «*per populum*» в G. 1. 107 – на «*per principem*» в D. 1. 7. 2. 2 и «*per sacrum oraculum*» в I. 1. 11. 11.

²⁴ *Macr. Sat. I. 4. 19: SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO.*

об убийстве, соответствующем праву, убийстве по праву, правомерном убийстве²⁵. Как показал Броджини на основе изучения целого ряда законов, дошедших до нас в надписях, одним из главных оттенков значения выражений типа «*ius lexque esto*» было распространение правового положения (*estensione dello statuto giuridico*), занимаемого в соответствии с действующим правом одними лицами, на других. Такое словоупотребление встречается, например, в *lex Cornelia de XX quaestoribus*, *lex coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis* и *lex civitatis Narbonensis de flamonio provinciae*²⁶. Таково значение слов «*iure legeque*» и в формуле *adrogatio*²⁷.

Итак, куриатные комиции объявляют Луция Валерия сыном Луция Тиция по праву²⁸. Однако предметом *lex curiata* в данном случае является не только признание одного сыном другого (*uti... filius siet*), но и установление *patria potestas* (*utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est*). Современный наблюдатель, искушенный в юридико-технических вопросах, уличает переданную Геллием формулу в тавтологии: установление *patria potestas, potestas vitae necisque* усыновителя над усыновляемым – прямое и очевидное следствие признания их отцом и сыном. Именно эти соображения заставили Г. Демелиуса утверждать, будто вторая часть формулы, где говорится о *potestas vitae necisque*, отсутствовала в оригинальной редакции – ведь в этом дополнении не было никакой необходимости²⁹. С таким подходом, безосновательно полагающим, что текст формулы должен был строго и экономно держаться существа дела, не соглашается Бьянки. Однако и этот автор ограничивается замечанием, что нет ничего удивительно в разъяснении юридических последствий совершаемого акта собравшемуся народу и усыновляемому³⁰, и, стало быть, в известной мере соглашается с тем, что вторая часть формулы, в общем-то, лишняя. Вся концепция Вольтерры зиждется на идее, что смысл *adrogatio* (и *adoptio*) – в наделении усыновляемого статусом сына, автоматически вызывающем правовые последствия в виде *patria potestas*. Автор специального исследования, посвященного юридической фикции, Р. Деккер отказывается видеть в формуле *adrogatio* этот прием, утверждая, что речь идет скорее об «избыточном сравнении» (*une comparaison superflue*)³¹.

Тем не менее формула содержит и объявление сыном, и установление *patria potestas*, причем обе части формулы структурированы одинаково. В первой народному собранию предлагается объявить усыновляемого сыном, как если бы он родился от усыновителя и его жены, во второй – установить отцовскую власть, какая бывает у отца над сыном. Оставаясь в предложенной системе понятий, структуру каждой из двух частей формулы можно описать так: «правовые последствия» – «юридический факт». Рожденный в законном браке (юридический факт) становится сыном своего отца (правовые последствия). Между сыном и отцом (юридический факт) возникают отношения отцовской власти (правовые последствия). Предписания, которые испрашиваются у народного собрания, в обоих случаях касаются правовых последствий: комиции должны объявить усыновляемого сыном усыновителя и установить между ними отношения *patria potestas*. Однако самими

²⁵ Броджини констатирует подобное значение и в XII tab. III. 1 (*Gell.* XX. 1. 45) и IX. 3 (*Gell.* XX. 1. 7) (Broggini 1959, 29).

²⁶ Broggini 1959, 24, 30, 33.

²⁷ Broggini 1959, 36–37.

²⁸ Со временем *iure legeque filius* стал именоваться *iustus filius* (G. 1. 99 = D. 1. 7. 2pr).

²⁹ Broggini 1959, 36.

³⁰ Broggini 1959, 177.

³¹ Dekkers 1935, 45, 48.

этим предписаниями формула не ограничивается, отсылая в каждом случае к тем юридическим фактам, которые в норме вызывают соответствующие правовые последствия. Рождение в законном браке как основание возникновения отношений «отец – сын» вводится посредством фикции: «как если бы родился от этого отца и от матери семейства».

Если взглянуть на формулу *adrogatio* глазами Демелиуса, Вольтерры, Деккера и Бьянки, окажется, что ее смысл исчерпывается предписанием «Да будет Луций Валерий сыном Луция Тиция!»³² Очевидно, что в конечном счете такой подход сводится к отказу от объяснения остальных элементов формулы, в том числе и использованной в ней фикции. Закрывая глаза на особенности построения формулы *adrogatio*, ученые лишают себя ценного источника знаний о юридической технике римлян и их воззрениях на структуру правопорядка. Эта позиция вызывает возражения еще и потому, что формальная структура фикции, использованной в формуле *adrogatio*, воспроизводится и в других случаях (*lex Salp.*, *lex Irnit.* 29), представляя распространенным юридико-техническим явлением с долгой историей, а не случайной прихотью многословных разработчиков.

В свете сказанного формула *adrogatio* поддается следующей интерпретации. Описанная выше структура римской семьи, во главе которой стоит отец семейства, властвующий над домочадцами, представлялась римлянам исконной, гораздо более древней, чем законы XII таблиц. Понятно, что такой нормативный порядок воспринимается обществом как незыблемый, объективный, естественный.

С этой точки зрения может быть переосмыслено и бытующее в современной литературе воззрение, что римский брак, *matrimonium* в отличие от современного был не столько правоотношением, сколько «социальным фактом, производящим правовые последствия», «фактическим отношением социальной жизни», имел «внеюридический характер»³³. Судя по всему, такая трактовка не отказывает римскому браку в нормативном значении, фиксируя лишь внимание на том, что он не был продуктом и – за редкими исключениями – предметом сознательного правового регулирования. Характеристика брака как факта может иметь в виду и нормативную реальность: брак как факт нормативной (а не чувственной) реальности. Ту же мысль можно выразить и иначе, представив брак элементом объективного правового порядка, предпосланного сознательному нормотворчеству³⁴.

³² В этом ключе и Р. Иеринг (Jhering 1871, 298).

³³ См., например: Kaser 1971, 71–73, 310–311; Kaser, Knütel 2005, 282–283 и указанную там литературу. См. также Nicholas 1962, 80.

³⁴ Ср. у Дождева: «Брак – это правовой институт...» (Дождев 2008, 326). Полемизируя с популярными взглядами, правовой характер римского брака отстаивает в специальном исследовании Г. Айзенринг (Eisenring 2002). Вероятно, оппозицию между юридическим и неюридическим характером брака может сменить предлагаемое в работе различие частноправового и публично-правового понимания брака (Eisenring 2002, 4–6). С этой точки зрения, отказ римскому браку в правовом значении интерпретируется как вывод об отсутствии у института ярко выраженного публично-правового измерения. К сожалению, автором выбрана не совсем удачная методология, что не позволило предложить убедительную концепцию римского брака именно как правового явления: едва ли необходимо подчеркивать ключевую роль консенсуса, воли сторон как для заключения, так и для прекращения брака, отличие конкубината от *matrimonium iustum*, существование правовых последствий брака в праве лиц и в имущественной сфере и т.п. (см., например, выводы в конце работы: Eisenring 2002, 399–406) – вывод о неюридическом характере римского брака делается как раз на фоне признания этих хорошо известных его черт.

Место сына, *filius familias*, подчиненного *patria potestas*, в этом порядке занимает тот, кто родился в законном браке. Реконструкция данного фрагмента нормативной реальности в понятиях юридического факта и правовых последствий, к которой прибегают все названные авторы, выглядит не вполне адекватной римским воззрениям. Античные юристы едва ли согласились бы с утверждением, будто такие правовые последствия, как приобретение статуса сына и возникновение отношений *patria potestas*, «привязаны» законодателем к факту рождения в законном браке³⁵. Предложенная реконструкция исходит из механического и произвольного, случайного соединения фактов и их последствий. Римскому пониманию отношений «отец – сын» в гораздо большей степени соответствует их реконструкция в понятиях правоотношения и правового института как органических элементов социальной реальности, осмысленных в их правовом значении³⁶. Эти отношения обладают определенной структурой: рождение в законном браке – вступление в роли *pater familias* и *filius familias* – установление *patria potestas*. Однако это структура не механическая, а органическая. Перечисленные элементы суть составные части единого социального факта, единого института, данного в социальной реальности. Сын, рожденный в законном браке, воспринимается римлянами не только как *filius iustus*, законный сын, но и как *filius naturalis*, естественный сын (в отличие от *filius adoptivus*, усыновленного сына)³⁷. Обсуждаемая структура – естественный строй римской семьи³⁸, а не механически сконструированная модель. Отношение «сын – отец» не распадается на «юридический факт» и «правовые последствия», механически соединенные в норме, представляя перед римским взором нерасчленимым органическим единством: рождение в законном браке делает ребенка законным и, что то же самое, естественным сыном своего отца, и между ними как отцом и сыном устанавливается *patria potestas*. Это означает, в частности, что составляющие его элементы нельзя произвольно разъединить и использовать отдельно друг от друга, прикладывая к другим сферам социальной реальности (примечательно, что Вольтерра называет установление отношений *patria potestas* «неотделимым» и «необходимым» (*inscindibile... e necessaria*) следствием признания одного лица сыном другого³⁹). Именно при таком взгляде становятся понятными не только

³⁵ Ср. Volterra 1976, 204–205.

³⁶ Современные теории такого рода восходят к учению Ф.К. Савиньи (см. прежде всего Savigny 1840, 6–11; см. также Larenz 1960, 11–16). К. Ларенц удачно определяет понятие «правового института», *Rechtsinstitut* у Савиньи: «*die in ihrer rechtlichen Bedeutung erkannten typischen Lebensverhältnisse selbst*» (Larenz 1960, 11; курсив мой. – А.Ш.).

³⁷ См., например: G. 1. 97 (восстановленный на базе I. 1. 11pr.); 1. 104; 2. 136; 3. 2 (восстановленный на базе I. 3. 1. 2); 3. 40; D. 1. 7. 31 (*Marcian.*); D. 1. 9. 5, 10; 38. 6. 1. 6; 38. 16. 1. 11 (*Ulp.*). В этом же смысле Ульпиан противопоставляет *familia naturalis*, естественную семью, и *familia adoptiva*, приемную семью (D. 38. 8. 1. 4). См. об этом: Maschi 1937, 51–54. Верный своей общей концепции, К.А. Маски заключает, что общим ядром всех разнообразных значений *filius naturalis* остаются отношения происхождения, кровной связи, которые – как объективную реальность – право учитывает, сообщая им разные правовые последствия (Maschi 1937, 65).

³⁸ Ср. Volterra 1976, 205–206.

³⁹ Volterra 1966, 122. Ср. также Volterra 1976, 202 («*inscindibile dipendenza*»), 205 («*nel pensiero dei giuristi romani la patria potestas è la conseguenza legale ineluttabile della nascita di un figlio concepito in iustae nuptiae...*»; «*inscindibilità fra patria potestas e discendenza legittima*»).

сама формула *adrogatio*, но и правовой результат осуществляемого с ее помощью усыновления.

Прежде всего следует признать, что создатели этой формулы исходили из невозможности установления отношений «отец – сын» в случаях, отклоняющихся от нормального – рождения в законном браке (этот вывод обосновал уже Вольтерра). Настоятельная общественная потребность, продиктованная, вероятно, соображениями сакрального характера – нежелательностью гибели семьи, носительницы частного религиозного культа, *sacra privata*⁴⁰, – заставляет понтификов⁴¹ искать способ преодолеть эту зависимость от природы (не только социальной: ведь рассматриваемый институт включает и элемент сугубо биологический). Результатом поисков и стала формула *adrogatio*, которая одновременно и преодолевает зависимость от объективного нормативного порядка, и лишний раз утверждает ее. Чтобы включить в семью нового члена, его не просто объявляют сыном (*filius esto*), не просто подчиняют его отцовской власти домовладыки, но переносят на него всю модель социального отношения «отец – сын». Эта модель очерчена в формуле тремя основными моментами – рождением в законном браке, ролями отца и сына, отцовской властью – однако, как показывают требования, которые римляне предъявляли к усыновителю, а также их понимание отношений между ним и усыновляемым, речь шла именно о переносе всей модели в целом, в том числе и с учетом ее социальных функций. Такая техника вызвана к жизни представлениями римского общества о неразрывности факта и его правового значения: вместо того, чтобы новую ситуацию наделить юридическим значением старой, авторы формулы *adrogatio* предлагают новую ситуацию – для правовых целей (*iure legeque*) – сконструировать по модели старой. При этом не происходит недопустимого вторжения в объективную нормативную реальность, наоборот: новая ситуация оказывается вписанной в остающуюся неизменной нормативную структуру общества.

Бьянки, пожалуй, прав в том, что о юридической фикции в формуле *adrogatio* можно говорить лишь обсуждая ее создание: со временем этот акт начал восприниматься как особый способ установления отношений «отец – сын», и используемые при его совершении слова и выражения стали чисто формальными реквизитами⁴². Однако зависимость нового института от его образца, проявившаяся при создании формулы в фикции рождения в законном браке, сохраняется на протяжении всей римской истории. Крылатым выражением стал принцип юстиниановского права: *adoptio enim naturam imitatur* («ведь усыновление подражает природе»: I. 1. 11. 4)⁴³. Этими словами можно описать и место усыновления в системе юридиче-

⁴⁰ Demelius 1858, 28–36; Bianchi 1997, 173.

⁴¹ Demelius 1858, 28; Bianchi 1997, 179. О роли понтификов в процедурах усыновления и ее связи с их сакральными функциями см. также Сморгчов 2001, 126–127; Wieacker 1988, 318, 333. См. также Schulz 1961, 7–10, 46–38 (ученый подчеркивает, что большую роль понтифики сыграли именно в семейном и наследственном праве как сферах частного права, которые ближе всего примыкали к праву сакральному: *ibid.*, 10); Brutti 1989, 292–297.

⁴² Bianchi 1997, 178.

⁴³ Ср. также I. 1. 11. 8: *In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est* («Ведь во многих отношениях тот, кто усыновлен посредством *adoptio* или *adrogatio*, уподобляется тому, кто родился в законном браке»).

ских институтов не только классического периода⁴⁴, но уже и в республиканские времена⁴⁵.

В речи «О своем доме» Цицерон пытается обосновать незаконность занятия Клодием должности народного трибуна, недоступной патрициям, доказывая, что его усыновление Фонтеем, в результате которого он перешел в плебеи, незаконно (Cic. De dom. 34–38)⁴⁶. При этом Цицерон обвиняет понтификов, предварительно одоббивших усыновление, в том, что они проигнорировали суть института *adrogatio*⁴⁷. Как видно, в своей аргументации Цицерон исходит из обязанности

⁴⁴ Cp. *Iavol. 6 ex Cass., D. 1. 7. 16: Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere* («Усыновление может иметь место в отношении тех лиц, в отношении которых может иметь [место] и по природе»). Оригинальный контекст этого наблюдения, похоже, не поддается реконструкции (см. Lenel 1889, I, col. 280). Cp. также G. 2. 136: *Adoptivi filii, quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt* («Усыновленные дети, покуда остаются в усыновлении, занимают место естественных»).

⁴⁵ Cp. у Дождева: «К древнейшему виду усыновления – *adrogatio* – предъявлялись требования подражания природе...» (Дождев 1993, 57; 2008, 322). Образцом при этом выступает агнатическое, а не кровное родство (см., например: *Paul. 35 ad ed., D. 1. 7. 23: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert*). Примечательно, что республиканские корни концепции подражания природе вынуждены признать и те, кто видит в ней продукт более поздних эпох: «В постклассическом праве происходят важные изменения, связанные прежде всего с идеей о том, что усыновление должно заменять или быть похожим на естественное родство... (далее идет текст примечания. – *A.III.*) Эта тенденция у компиляторов, похоже, имела своим предшественником Цицерона (*De domo sua. 14. 36*)...» (Гарсия Гарридо 2005, 243, прим. 14).

⁴⁶ Обсуждение этого текста см. Costa 1927, 292–294; Watson 1967, 82–88; Tatum 1999, 104–108 и др. Данный сюжет создал почву для спора о том, существовала ли *transitio ad plebem* (переход в плебеи) как самостоятельная форма или достигалась посредством мнимого усыновления – *adrogatio* (или *adoptio*) *fiduciae causa*. Эта дискуссия развернулась изначально между Т. Моммзенем и Л. Ланге, который первым предложил развернутое обоснование института *adrogatio* (или *adoptio*) *fiduciae causa* (Mommmsen 1864, 124–127; 1864a, 397–409; Lange 1863, 120–135; 1864). Хотя вторая концепция получила широкую поддержку (см., например: Jhering 1871, 288–290; Costa 1927, 292–294; Berger 1953, 741; Càssola, Labruna 1989, 179; Бартошек 1989, 314), судя по всему, точка в дискуссии не поставлена и по сей день (см., например: Tatum 1999, 90–91, 281–282 и указанную там литературу).

⁴⁷ *Cic. De dom. 34: Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus* («Что такое, понтифики, право усыновления? Очевидно, [смысл его в том], чтобы усыновлял тот, кто уже не в состоянии произвести на свет детей, а когда мог, пытался»); 34: *Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberiorumne causa? At procreare potest; habet uxorem, suscipiet ex ea liberos...* («Двадцатилетний – или даже еще более молодой – человек усыновляет сенатора. Неужели для того, чтобы иметь детей? Он может сам произвести их на свет, у него есть жена, он вырастит детей от нее...»); 36: *nego istam adoptionem pontificio iure esse factam, primum quod eae vestrae sunt aetates, ut is qui te adoptavit vel fili tibi loco per aetatem esse potuerit* («я отрицаю, что это усыновление было произведено в соответствии с понтификальным правом, во-первых, потому, что по возрасту тот, кто тебя усыновил, годится тебе в сыновья»); 36: *...ut et is adoptet qui quod natura iam adsequi non potest legitimo et pontificio iure quaerat* («чтобы усыновлял тот, кто ищет по законному и понтификальному праву того, чего уже не может получить по природе»); 37: *Quae maior calumnia est quam venire imberbum adolescentulum, bene valentem ac maritum, dicere filium senatorem populi Romani sibi velle adoptare..?* («Существует ли большее безобразие, чем безбородому юнцу, здоровому да женатому, являться и говорить, что он хочет усыновить сенатора римского народа..?»; пер. В.О. Горнштейна с изменениями).

понтификов перед одобрением усыновления проверить, в частности, годится ли усыновитель в отцы усыновляемому по возрасту, и не может ли он произвести на свет детей естественным образом. Функция усыновления – в исключительных случаях дать то, чего уже нельзя получить от природы⁴⁸. Такая замена естественных отношений отца и сына на отношения, установленные по праву, предполагает сохранение сути естественного института, его смысла. Цицерон стремится показать: отношения Клодия и Фонтея этого смысла лишены, что делает усыновление мнимым, притворным (*simulata adoptio... imitata esse videatur*: 36). По сообщению Тацита, против мнимых усыновлений (*fictis adoptionibus, simulata adoptio*), направленных на обход брачного законодательства Августа, было принято даже специальное постановление сената (*Tac. Ann. XV. 19*). Получается, что усыновление, отрываясь от своего естественного образца – нормального строя римской семьи во всей полноте ее социальных функций⁴⁹ – и сводясь к чисто формальному переносу «правовых последствий», или ролей, утрачивает легитимность: только подражая объективной нормативной реальности, оно может претендовать на признание.

Развитие институтов *adrogatio* и *adoptio*, их включение в правовой контекст происходили под присмотром понтификов и *iuris prudentes*, все время сопоставлявших отношения между усыновителем и усыновляемым с их образцом – отношениями между отцом и подвластным сыном. Некоторые отступления производного института от лежащей в его основе модели выглядят при этом именно как отступления, исключения из правила⁵⁰. В большинстве же случаев вопросы, касающиеся правового положения усыновленного, решались в соответствии с подходами, утвердившимися применительно к отношениям «отец – сын».

Женщины не могут выступать усыновителями, поскольку и в отношении естественных детей не обладают властью⁵¹. Показательно, что здесь отношение между правовым положением естественных и усыновленных детей как между образцом и копией служит основой для аргументации: женщина не может усыновлять, поскольку не может иметь во власти и естественных детей (аргументировать можно было и иначе – ссылкой на аксиому, что женщина вообще не может иметь *patria potestas*). Этот текст лишний раз подтверждает, что образцом для подражания при

⁴⁸ Ср.: «Это был, можно сказать, суррогат тех отношений, которые существовали между естественными родителями и детьми» (Загоровский 2003, 384).

⁴⁹ Ср.: «Здесь, с одной стороны, римский закон, как он сам характерно выражался, подражал природе (*imitatio naturae*), а с другой, копировал те отношения (*mores*), которые практиковались между естественным отцом и сыном» (Загоровский 2003, 384–385).

⁵⁰ См., например: G. 1. 103 (= D. 1. 7. 2. 1): *Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt* («Для обоих же [видов] усыновления общим является то, что усыновлять могут и те, кто не может производить на свет детей, каковы скопцы»); в I. 1. 11. 9 к этому рассуждению добавился запрет на усыновление кастратами (...*castrati autem non possunt*); ср. *Modest. 1 diff.*, D. 1. 7. 40. 2. Очевидно, что *ratio dubitandi* касается возможности установления отношений «отец – сын» с участием того, кто не может быть их естественным участником. По мнению Ф. Гельмана, именно наличие определенных оснований для сомнения заставило юристов лишний раз оговорить действительность совершаемых названными лицами актов (Hellmann 1902, 385–386). Очевидно, аналогичные сомнения были связаны с усыновлением холостяками, ср. *Paul. 2 regul.*, D. 1. 7. 30: *Et qui uxores non habent filios adoptare possunt* («Усыновлять детей могут и те, у кого нет жен»).

⁵¹ G. 1. 104: *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*. Cp. UE. 8; 8A; C. 8. 47. 5; I. 1. 11. 10.

конструировании института усыновления служит не природа, а именно социальная нормативная реальность.

Подобная аргументация слышна и в ответе Лабеоны, переданном Павлом⁵². Вопрос, адресованный Лабеоны, имеет в виду следующую ситуацию. Отец передал сына в усыновление другому лицу. При этом посредством специального заявления или соглашения – возможно, *lex mancipi*, особой оговорки, которая, совершенная в контексте того или иного торжественного акта, например, *mancipatio*, позволяла модифицировать его правовой эффект⁵³, – было установлено, что по истечении трех лет усыновитель передаст сына в усыновление другому лицу. Получит ли такое условие исковую защиту?⁵⁴ Этот вопрос представлял, по-видимому, немалый интерес, о чем свидетельствует, в частности, внимание к нему Павла и Юстиниановских компиляторов.

Лабеоны отвечает отрицательно: иска не будет⁵⁵. Очень красноречив избранный юристом способ обоснования этого строгого решения. Содержание приведенного

⁵² *Paul. 11 quaest., D. 1. 7. 34: Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere* («Был задан вопрос: если тебе дан в усыновление сын с оговоркой, что, скажем, через три года ты передашь его же в усыновление мне, будет ли какой-нибудь иск? И Лабеоны считает, что никакого иска не будет: ведь по нашим обычаям нельзя иметь временного сына»).

⁵³ См. об этом, например: Дождев 2008, 435.

⁵⁴ Нельзя с уверенностью сказать, о каком именно иске идет речь в тексте: по предположению А. Перниса, нашедшему отклик в литературе, здесь обсуждается *actio fiduciae* (Pernice 1892, 126–127; Erbe 1940, 172–173; Noordraven, Noordraven 1999, 117–119). Более того, неопределенным оказывается не только конкретный вид иска, но и истец: как осторожно замечает А. Эренцвайг, строго говоря, текст принципиально не исключает возможности предоставления *actio fiduciae* третьему лицу, не являвшемуся стороной акта, дополненного обсуждаемой оговоркой. Ведь рассматриваемая юристами ситуация касается взаимодействия трех лиц: сын кем-то (1) отдан в усыновление тебе, *tibi* (2) с тем, чтобы ты передал его в усыновление мне, *mihi* (3). О чем иске говорится в тексте – твоим или моим? (Ehrenzweig 1895, 71).

⁵⁵ Изложенная интерпретация текста и сделанный с ее учетом перевод не являются единственно возможными. Вопрос «*an actio ulla sit*» и ответ «*nullam esse actionem*» могут быть поняты и иначе: «будет ли [иметь силу] акт [усыновления]?» – «акт будет ничтожным». Вариант перевода, взятый нами в качестве основного, исходит из того, что словом «*actio*» описывается иск. Альтернативная интерпретация видит в *actio* юридически значимое действие. Первое прочтение известно уже Донеллу (Donellus 1828, col. 352, 354), второе – Куяцию, относящему *adoptio* к *actus legitimi* (со ссылкой на Феофила), которые он приравнивает к *legis actiones*: «*Actus legitimus, & legis actio idem est*» (Cujas 1777, col. 1060). Согласно же D. 50. 17. 77 (см. ниже), «добавление срока порочит и полностью уничтожает *actus legitimus*, или *legis actio*. Отсюда и положение этого закона: если естественный отец даст тебе сына в усыновление с той оговоркой, чтобы он был у тебя три года, а после трех лет чтобы ты его обратно манципировал и отдал в усыновление... усыновление, совершенное таким образом ничтожно, *legis actio* ничтожна...» (*ibid.*).

Надо сказать, что отнесение *adoptio* к *actus legitimi*, которые не допускали сроков и условий, обращаясь ничтожными при добавлении соответствующих оговорок, имеет под собой самые серьезные основания, так как процедура *adoptio* образует ряд последовательных манципаций, а *mancipatio*, судя по всему, принадлежала к числу *actus legitimi* (*Pap. 28 quaest., D. 50. 17. 77: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti <e>mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem; ob actus legitimi и об этом тексте см., например:*

ответа и подразумеваемую аргументацию можно представить следующим образом (в квадратные скобки поместим не получившие эксплицитного отражения в словах Лабейона звенья цепочки рассуждения, энтимемы): [усыновленный – такой же сын, как и естественный]; временных (естественных) сыновей не бывает; [следовательно, не бывает и временных усыновленных]⁵⁶; значит, условие о последующей передаче усыновляемого в усыновление другому лицу не пользуется исковой защитой. Заметим, что речь идет о недопустимости именно *adoptio* с оговоркой о последующей передаче в усыновление другому лицу: против последующей передачи усыновленного в усыновление как таковой римляне не возражали (Paul. 2 sent., D. 1. 7. 37. 1; Modest. 2 regul., D. 1. 7. 41).

Обилие квадратных скобок в нашей реконструкции показывает, насколько лаконичен ответ юриста. Такое речевое поведение оправдано лишь постольку, поскольку Лабейон уверен в способности адресата распознать воссозданный нами подтекст. Раз он полагал, что будет должным образом понят автором вопроса и учениками, следившими за ээтром во время консультации, можно заключить, что реконструированная выше цепочка рассуждений, основанная на признании зависимости института усыновления от его образца – отношений «отец – сын», апеллировала к общеизвестным и очевидным посылкам. Выхватывая из этой цепочки лишь одно звено, лишь одну посылку – безусловно, самую очевидную, – Лабейон дает понять, что остальные шаги, прежде всего вторая посылка (производность правового положения усыновленного от положения естественного сына), не менее очевидны.

Строго говоря, эта последняя посылка не совсем верна: ведь, как мы уже видели, в действительности в отношении усыновленных допускались некоторые отступления от образца – естественного строя римской семьи. Поэтому обращенный к

Дождев 2008, 176–177; Kaser 1971, 255; см. также подробное обсуждение параллелизма между *actus legitimi*, с одной стороны, и *legis actiones*, *lege agere*, с другой стороны, как формальными актами, требующими произнесения определенных слов и поэтому с трудом поддающимися модификации: Schmidlin 1970).

В то же время сама аргументация Лабейона говорит скорее против таких формальных причин недопустимости предложенной в тексте оговорки: юрист выдвигает содержательный довод, демонстрируя, что усыновление на срок – внутренне противоречивое, бессмысленное по существу построение, что статус сына не может быть срочным. Иными словами, аргументация Лабейона зиждется не на формальной невозможности совершения спорного акта, а на неприемлемости правового положения, на установление которого этот акт направлен. Дополнительными доводами в пользу интерпретации Донелла чревато сопоставление рассматриваемого текста с *Pap. ar. Ulp. 5 fideicom.*, D. 35. 1. 92, мимоходом предложенное уже О. Ленелем (Lenel 1889, I, col. 1207) и с *Coll. 2. 3. 1 (Pap.)*, которое проведено уже Пернисом (Pernice 1892, 126–127).

Если некоторые из современных общих работ разделяют вывод Куэция (без прямых ссылок на него), объявляя ничтожным именно усыновление, а не дополнительное соглашение о сроке (Röby 1902, 59), то распространен и более осторожный подход. Так, Казер всякий раз при обсуждении текста Лабейона говорит о том, что усыновление на время «недопустимо» (*unzulässig*) или невозможно, воздерживаясь от квалификации совершенного с такой оговоркой акта как ничтожного (Kaser 1971, 251, 257–258, 348). В том же ключе высказывается и Р. Циммерман (Zimmermann 1996, 733).

⁵⁶ Ср. рассуждение А.И. Загоровского, которое он иллюстрирует обсуждаемыми словами Лабейона: «*Patria potestas* была учреждением чисто семейственного, непрерывного характера, а следовательно, с существованием ее были несовместимы ни условия, ни сроки, а посему и усыновление не подлежало этим ограничениям» (Загоровский 2003, 385).

Лабеону вопрос можно было бы обсудить и в ином ракурсе, проверив, не достоин ли описанный случай специального исключения. Косвенно Лабеон отвечает и на этот вопрос – отсылая собеседника к общему правилу и, тем самым, давая понять, что для данного случая исключений допускать не следует.

Итак, производность правового положения усыновленного представляется Лабеону самоочевидной: он считает, что достаточно указать на невозможность существования временного (естественного) сына, и станет понятно, что недопустимо и усыновление на срок. В то же время немыслимость «временных сыновей» Лабеон все-таки обосновывает – ссылкой на обычаи, *mores*⁵⁷. Здесь можно еще раз вспомнить слова Ульпиана о том, что *patria potestas* установлена обычаями⁵⁸. Вопрос о возможности существования временных сыновей приобретает значение лишь с развитием институтов усыновления и усложнением практики их использования. Прежде он едва ли мог обсуждаться всерьез и уж точно немыслим в качестве предмета законодательного регулирования. Поэтому Лабеону при рассмотрении предложенного казуса приходится обращаться к сути института *patria potestas* и, наверное, впервые формулировать такое свойство отцовской власти, как бессрочность. *Patria potestas* была бессрочной всегда, но никакого закона об этом, разумеется, не существовало. Ссылка на *mores* подчеркивает, что отцовская власть – исконный нормативный институт римского общества, обладающий определенными объективными чертами, которые могут быть выявлены юристом, познающим, а не создающим право.

О «временных сыновьях» думает и Цицерон, обращая внимание публики на то обстоятельство, что Клодий сразу после усыновления был эманципирован из-под отцовской власти (*De dom.* 37)⁵⁹. Звучащий в речи Цицерона упрек понтификам, что те не учли возраста усыновляемого и усыновителя, обоснован и по мнению юристов: если Гай сообщает о споре, касавшемся допустимости усыновления старшего младшим (*G.* 1. 106: *quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit*), то Ульпиан (*D.* 1. 7. 15. 3) и Модестин (*D.* 1. 7. 40. 1) не сомневаются в его недопустимости, а Институции Юстиниана вообще объявляют такое положение «чудовищным, невероятным» (*pro monstro*)⁶⁰.

Общепризнанным оказывается и требование к понтификам, чтобы они выяснили, есть ли необходимость в *adrogatio*, или усыновитель еще в том возрасте, когда произвести на свет детей можно и естественным образом⁶¹. Видно, что усыновление как отступление от нормального порядка семейных отношений допускается в исключительных случаях, когда нормальный порядок недостижим.

⁵⁷ Сложно согласиться с Казером, который ссылается на этот фрагмент, обсуждая аморальные сделки – сделки, совершенные *contra bonos mores* (Kaser 1971, 250–251). Скорее всего, Лабеон говорит о *mores* именно как об источнике права.

⁵⁸ *Ulp.* 26 ad Sab., *D.* 1. 6. 8pr.: *Nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent...* («Ведь поскольку право власти принято обычаями и никто не может перестать иметь [детей] во власти, если дети не выйдут [из-под нее] одним из обычных способов...»).

⁵⁹ Аргументация, основанная на представлении о соотношении институтов как образца и копии представлена и в *I.* 1. 11. 8.

⁶⁰ *I.* 1. 11. 4: *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater.*

⁶¹ *Cic.* *De dom.* 34; *Gell.* V. 19. 5–6; *D.* 1. 7. 15. 2, где Ульпиан говорит уже о конкретном минимальном возрасте – 60 лет, допуская исключения при наличии уважительных причин; *Ulp.* 26 ad Sab., *D.* 1. 7. 17. 2.

При определении места усыновляемого в новой семье образцом может служить положение не только естественного сына, но и внуков⁶², и тогда со смертью отца семейства усыновленный окажется под властью такого сына, если, конечно, тот даст согласие на усыновление⁶³. Чтобы описать включение усыновляемого в семью как внука (сына подвластного сына), прибегают к фикции, восходящей к формуле *adrogatio*: «Усыновления бывают не только сыновей, но и как бы внуков, чтобы кто-либо считался нашим внуком, как если бы родился от сына, скажем, неопределенного»⁶⁴. Отклонение от естественного порядка давало повод для сомнений в допустимости усыновления на роль внука при отсутствии сыновей. Павел пишет, что такое усыновление возможно⁶⁵.

Суммируя представленные наблюдения, подведем итоги. Существующие интерпретации формулы усыновления (*adrogatio*) предпочитают оставлять без внимания ее специфическую структуру. Функция использованной в ней фикции – как если бы усыновляемый родился от усыновителя и его законной жены – остается при таком подходе без объяснения. Между тем формула *adrogatio* – с учетом всех ее элементов – приобретает смысл, если взглянуть на нее сквозь призму представлений самих римлян о структуре их правопорядка. Общество, на которое смотрит римский юрист, выглядит не бесформенной, юридически irrelevantной массой, которая структурируется нормотворческой инстанцией, сообщающей тем или иным произвольно сгруппированным фрагментам социальной жизни правовое значение («правовые последствия»), а объективной нормативной реальностью, которая если и распадается на элементы, остается единым организмом, не терпящим механического отделения правовой оценки от составляющего ее предмет факта. Перенос правовых оценок в отрыве от их нормального фактического субстрата не представляется римлянам возможным. Поэтому, когда жизнь все же требует модификации нормативной структуры общества, например, принятия в семью постороннего на роль сына, выход обнаруживается в том, чтобы перенести на новую почву не только правовую оценку или «правовые последствия», но и весь неделимый социальный институт в целом – во всей полноте его социального, в частности юридического, содержания. Этот прием можно описать и иначе: новая жизненная ситуация моделируется по образцу оформившегося в социальном опыте института. Фикция в формуле *adrogatio* – проявление именно таких воззрений: чтобы назначить постороннего сыном, авторы формулы предлагают народному собранию объявить его сыном, как если бы он родился в законном браке, поскольку без этого элемента отношения типа «отец – сын» немыслимы. Вновь смоделированный фрагмент общественной реальности сохраняет зависимость от своего образца, подчиняясь его внутренней логике, питаясь его социальным смыслом. Проявлением этой зависимости правотворчества от объективной нормативной структуры общества и предстает правовая фикция.

⁶² *Iul. ap. Paul.* 35 ad ed., D. 1. 7. 6: *Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus...* («Когда усыновляется внук как рожденный от сына...»); *Ulp.* 26 ad Sab., D. 1. 7. 15. 1; 22. 2: *...sive in locum filii sive in locum nepotis aliquis impuberem adrogaverit.*

⁶³ *Paul.* 2 ad Sab., D. 1. 7. 10; cp. I. 1. 11. 5–7.

⁶⁴ *Pomp.* 20 ad Q. Muc., D. 1. 7. 43: *Adoptiones non solum filiorum, sed et quasi nepotum fiunt, ut aliquis nepos noster esse videatur perinde quasi ex filio vel incerto natus sit.* Слова «*ex filio vel incerto*» описывают случаи, когда усыновляемому отводится место внука без указания конкретного *filius familias*, чьим бы сыном он считался (об этом тексте см., например: Volterra 1966, 136–137). Перевод этих слов «или неизвестного (лица)» (Кофанов 2002, 141) нельзя признать удачным. Cp. также *Paul.* 4 ad Sab., D. 1. 7. 11: *Si is qui filium haberet in nepotis locum adoptasset perinde atque si ex eo filio natus esset...*

⁶⁵ *Paul.* 2 sent., D. 1. 7. 37pr.: *Adoptare quis nepotis loco potest, etiam si filium non habet.*

Литература

- Бартошек М.* 1989: Римское право: понятия, термины, определения. М.
- Гарсиа Гарридо М.Х.* 2005: Римское частное право: Казусы, иски, институты. М.
- Дворецкий И.Х.* 1996: Латинско-русский словарь. М.
- Дождев Д.В.* 1993: Римское архаическое наследственное право. М.
- Дождев Д.В.* 2002: Предисловие // *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. М.
- Дождев Д.В.* 2008: Римское частное право. М.
- Загоровский А.И.* 2003: Курс семейного права. М.
- Кофанов Л.Л.* 2002: Дигесты Юстиниана / Пер. с лат.; Л.Л. Кофанов (ред.). Т. 1. М.
- Санфилиппо Ч.* 2002: Курс римского частного права. М.
- Сморчков А.В.* 2001: Коллегия понтификов // Жреческие коллегии в Раннем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / Л.Л. Кофанов (ред.). М., 100–141.
- Флейшиш Е.А.* 1997: Римское частное право / И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский (ред.). М., 123–144.
- Францози Дж.* 2004: Институционный курс римского права. М.
- Avenarius M.* 2005: Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum: Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift; Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung. Göttingen.
- Berger A.* 1953: Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia.
- Bianchi E.* 1997: Fictio iuris. Verona.
- Bleicken J.* 1975: Lex publica. Gesetz und Recht in der Römischen Republik. B.–N.Y.
- Bonfante P.* 1925: Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia. Roma.
- Broggini G.* 1959: IUS LEXQUE ESTO // Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller. Basel, 23–44.
- Bruns C.G.* 1909: Fontes iuris Romani antiqui / C.G. Bruns (ed.). Tubingae.
- Brutti M.* 1989: Lineamenti di storia del diritto romano / M. Talamanca (ed.). Milano, 292–297.
- Capogrossi Colognesi L.* 1990: Tollere liberos // MEFRA. 102. 1, 107–127.
- Cassola F., Labruna L.* 1989: Lineamenti di storia del diritto romano / M. Talamanca (ed.). Milano, 177–185.
- Costa E.* 1927: Cicerone giureconsulto. Vol. I. Bologna.
- Cujas J.* 1777: In Lib. XI. Questionum Pauli Recitationes solemnes. Ad L. XXXIV. De adoptione // *Iacobi Cuiacii IC Tolosatis Opera.* T. V. Mutinae.
- Dekkers R.* 1935: La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé. P.
- Demelius G.* 1858: Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Weimar.
- Dirksen H.E.* 1871: Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius // H.E. Dirksens nachgelassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Altertumskunde. Bd I. Lpz, 21–63.
- Donellus H.* 1828: Comentariorum de jure civili liber secundus // Hugonis Donelli... opera omnia. T. I. Romae.
- D'Ors* 1988: Lex Irnitana. Texto bilingüe / A. d'Ors, J. d'Ors (ed.). Santiago de Compostela.
- Ehrenzweig A.* 1895: Die sogenannten zweigliederigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte. Wien.
- Eisenring G.* 2002: Römische Ehe als Rechtsverhältnis. Wien.
- Erbe W.* 1940: Die Fiduzia im römischen Recht. Weimar.
- Fayer C.* 2005: La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponslia, matrimonio, dote. Roma.
- Gaudemet J.* 2000: Droit privé romain. P.
- Girard P.F.* 1937: Textes de droit romain / P.F. Girard (éd.). Paris.
- Hellmann F.* 1902: Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen // ZSS. 23, 380–428.
- Jhering R.* 1871: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung. Lpz.
- Kaser M.* 1949: Das altrömische Jus. Göttingen.
- Kaser M.* 1971: Römisches Privatrecht. Bd I. München.
- Kaser M., Knütel R.* 2005: Römisches Privatrecht. München.
- Lange L.* 1963: Transito ad plebem // Verhandlungen der einundzwanzigsten Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner. Lpz, 120–135.
- Lange L.* 1964: Über die transito ad plebem. Ein Beitrag zum römischen Gentilrecht und zu den Scheingeschäften des römischen Rechts. Lpz.

- Larenz K. 1960: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. B. [et al.].
- Lenel O. 1889: Palingenesia iuris civilis. Vol. I–II. Lipsiae.
- Maschi C.A. 1937: La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani. Milano.
- Mommsen Th. 1864: Die römischen Patriciergeschlechter // *Idem*. Römische Forschungen. Bd I. B., 69–127.
- Mommsen Th. 1864a: Nachtrag [Transitio ad plebem] // *Idem*. Römische Forschungen. Bd I. B., 397–409.
- Nicholas B. 1962: An Introduction to Roman Law. Oxf.
- Noordraven B., Noordraven D. 1999: Die Fiduzia im römischen Recht. Amsterdam.
- Nörr D. 2001: Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze // ZSS. 118, 1–72.
- Pernice A. 1892: Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd III, 1. Halle.
- Roby H.J. 1902: Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines. Vol. I. Cambr.
- Savigny F.C., von 1840: System des heutigen Römischen Rechts. Bd I. B.
- Schmidlin B. 1970: Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage? // TR. 38, 367–387.
- Schöll R. 1866: Legis duodecim tabularum reliquiae. Lipsiae.
- Schulz F. 1948: Lex Salpensana cap. 29 und Lex Ursonensis cap. 109 // Studi in onore di S. Solazzi. Napoli, 451–460.
- Schulz F. 1961: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar.
- Tatum W.J. 1999: The Patrician Tribune: Publius Clodius Pulcher. [S.l.].
- Thomas J.A.C. 1963: Custom And Roman Law // TR. 31, 39–53.
- Volterra E. 1966: La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo D.C. // BIDR. 69, 109–153.
- Volterra E. 1976: L'aquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias // BIDR. 79, 193–250.
- Watson A. 1967: The Law of Persons in the Later Roman Republic. Oxf.
- Wieacker F. 1988: Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt. Einleitung. Quellenkunde Frühzeit und Republik. München.
- Zimmermann R. 1996: The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. [S.l.].

THE MEANING OF FICTION IN ROMAN LAW: THE CASE OF *ADROGATIO*

A.M. Shirvindt

The legal fiction (*fictio iuris*) seems to be one of the most curious instruments of the Roman legal method. The author tries to find out the reasons which lead to the development of the fiction, analyzing the ancient formula of adoption (*adrogatio*). The formula declared the adoptee to be son of the adopter «as if he had been born of him in legal marriage». According to the author, the procedure was rooted in the Romans' idea of the legal order. The potestary structure of family seemed to be an element of the objective normative structure of the society, which was not a product of legislation and could not be changed by an arbitrary normative prescription. The relations of *patria potestas* appeared to be inseparable from the legal institution of family as a whole and could exist only between father and his son conceived in legal marriage. Therefore, to accept a person into a family as a son, the Romans would resort to legal fiction: they did not just subdued him to the adopter's *patria potestas* (which would mean a distortion of the original family structure), but transferred the whole of the institution on a new ground, declaring the adopted individual to be the adopter's son as if he had been born of him. This technique made it possible to legalize nontypical patterns of social interaction in exceptional cases without changing the existing normative order.