

### ПРЕЗУМПЦИИ В РИМСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Древнеримские юристы, активно использовавшие презумпции как юридический прием, не оставили нам теории этих правовых категорий. Поэтому при рассмотрении римских презумпций необходимо обратиться к новым и новейшим определениям понятия и сущности правовых презумпций.

Известный русский цивилист и знаток римского права Д.И.Мейер посвятил презумпциям удивительно тонкую и интересную работу "О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях". В ней автор определяет презумпцию как признание факта существующим по вероятности, что он существует<sup>1</sup>.

В современной литературе самым удачным признается понятие презумпции, данное В.К.Бабаевым: "Презумпция – это закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденными предшествующим опытом"<sup>2</sup>. Из этого определения можно выделить следующие признаки презумпции:

1) презумпция – это вероятное предположение. Отметим, что термин вероятность – это математическая категория. Под вероятностью понимается числовая характеристика степени возможности появления какого-либо определенного события в тех или иных определенных, могущих повторяться неограниченное количество раз условиях<sup>3</sup>. Причем в презумпциях отражена "необычайно высокая степень вероятности тех обобщений, которые положены в их основу"<sup>4</sup>;

2) презумпция, как предположение, основана на связи явлений в форме статистической закономерности. Презумпция является индуктивным умозаключением, т.е. общим выводом из множества частных случаев, наблюдаемых на практике, подтвержденных предшествующим опытом. Например, если гражданин отсутствует в течение определенного длительного времени, от него нет никаких сообщений, то он чаще всего оказывался уже умершим. Многовековые наблюдения за подобными фактами обусловили появление в древнеримском праве и в законодательстве современных государств презумпции смерти;

3) презумпция должна содержаться в норме права. Однако римскому праву были известны и так называемые фактические презумпции, не закрепленные в нормативном порядке, но влекущие определенные правовые последствия;

4) презумпции касаются наличия или отсутствия фактов, влекущих правовые последствия, т.е. юридических фактов.

Далее, необходимо разграничивать презумпции как нормы права и как юридический прием, используемый законодателем для конструирования от-

дельных норм, – презюмирование. Устанавливая норму права, законодатель часто исходит из какого-либо предположения. Например, устанавливая в Древнем Риме брачный возраст (12 лет для женщин и 14 лет для мужчин), законодатель, вероятнее всего, исходил из предположения, что с этого возраста наступает физиологическая, моральная, личностная зрелость человека. Или другой пример: завещание должно быть составлено в письменной форме по предположению, что «словесное не довольно достоверно»<sup>5</sup>. Однако если рассматривать презумпции как подобный прием юридической техники законодателя, то окажется, что большинство норм права презюптивны, предположительны.

Мысли и усмотрения законодателя вряд ли можно рассматривать как презумпции, это лишь фактические предположения, выступающие в качестве мотивов, оснований, которыми законодатель руководствуется при установлении определенных норм. Как верно отмечается в юридической литературе, презумпции должны составлять содержание правовой нормы<sup>6</sup>. Однако в римском праве встречаются ситуации, когда мысли, предположения законодателя, побудив установление той или иной нормы, также фиксировались в нормах права и тем самым становились законной презумпцией. Например, нормам, устанавливающим опеку над женщиной и ограничивающим ее правоспособность, предшествовала норма-предположение о легкомыслии женщин. Нормы Законов XII таблиц, ограничивающие правоспособность женщин, выведены из предположения об их легкомыслии, которое, в свою очередь, также нашло свое закрепление в нормах права. Аналогичная норма существует и в Дигестах при ограничении правоспособности лиц, не достигших 25 лет, «так как, – пишет Ульпиан, – всем известно, что у лиц этого возраста рассудительность является шаткой и непрочной» (D.3.4.1)<sup>7</sup>. Другой случай фактического предположения использовался в деликтных обязательствах. Иск из частного деликта погашался годичной давностью, потому что «кто не мстит тотчас же, предполагается прощавшим»<sup>8</sup>.

В современных нормативных актах подобные предположения законодателя не фиксируются, поэтому называть их правовыми презумпциями, на наш взгляд, не совсем верно. Наличие же подобных норм в римском праве объясняется недостаточно высоким уровнем техники написания правовых актов, хотя, отметим, что и некоторые современные ученые называют фактические предположения (мысли) законодателя презумпциями<sup>9</sup>.

Подобные фактические предположения необходимо отличать от так называемых фактических презумпций, которыми богата древнеримская юриспруденция. Появление фактических презумпций связано прежде всего с деятельностью преторов. Например, претор использовал фактическую презумпцию истинности заявления для выдачи интердиктов. Фактическая презумпция – это не закрепленное в нормах права предположение, влекущее юридические последствия.

Таким образом, правовую презумпцию необходимо понимать как определенную норму права, т.е. конкретное правоположение, закрепленное в источниках права. Тогда возникает вопрос о структуре данной нормы, что, в свою оче-

редь, связано с наиболее важным для нас вопросом о существовании опровержимых и неопровержимых презумпций.

В структуре презумпции необходимо выделить два основных элемента:

- 1) условие действия презумпции;
- 2) непосредственно саму презумпцию.

Например, выделим эти элементы в известной с древнейших времен норме-презумпции: “рассмотренное судом дело предполагается справедливо разрешенным”. Условием действия презумпции в этой норме является фраза: “Если суд рассмотрел дело”. А непосредственно самой презумпцией будет фраза: “То предполагается, что его решение справедливо”.

Однако думается, что презумпция должна содержать и третий элемент нормы, указывающий на возможность ее опровержения, т.е. фразу “пока не доказано иное”. На наш взгляд, именно этот элемент делает презумпцию презумпцией: поскольку презумпция – это неполное индуктивное предположение, то всегда существует возможность того, что есть ситуации, хотя формально и подпадающие под действие данной презумпции, в действительности обратны. Другими словами, презумпция может не “сработать” в определенных случаях. Несмотря на то, что презумпция – это вывод, основывающийся на длительном опыте наблюдения за сходными явлениями, вполне допустимо, что именно данный случай не охватывается данным общим выводом (презумпцией). Например, гражданин, отсутствующий в течение длительного времени, предполагается умершим, т.е. формально такое отсутствие охватывается презумпцией смерти, однако это совсем не исключает возможности того, что он жив. Таким образом, норма-презумпция конструируется по следующей схеме: “Если А, то предполагается Б, пока не доказано иное”.

Первый элемент можно назвать гипотезой или условием действия презумпции. Второй – диспозицией, непосредственно самим предположением. Диспозиция в норме-презумпции содержит вероятностный вывод, который вправе сделать правоприменитель при наличии условий, предусмотренных в гипотезе. Третий элемент – контрпрезумпция, она содержит указание на возможность опровержения диспозиции.

Такая структура презумпции приводит нас к выводу о том, что не существует неопровержимых презумпций. Противники существования неопровержимых презумпций в праве называют их императивными нормами<sup>10</sup>. Действительно, в так называемых неопровержимых презумпциях отсутствует главный признак презумпции – вероятность, они обладают другим признаком – законодательная достоверность, превращаются в полную индукцию, не допускающую исключений. Однако представляется неверным и отождествление неопровержимых презумпций с императивными нормами. Критерий разграничения норм на императивные и диспозитивные – это способ установления правила поведения. Норма-презумпция, как и большинство норм права, может устанавливаться и тем и иным способом и, следовательно, может быть и императивной и диспозитивной. Диспозитивные нормы – это юридическое установление государственной меры возможного правомерного поведения субъектов права при вариант-

ном использовании прав и свобод, а также применении предписаний правовых норм применительно к конкретным жизненным случаями.

Гипотеза диспозитивной нормы может быть определенной, относительно определенной и неопределенной. В норме-презумпции гипотеза всегда определенная. Признаком определенности является отсутствие выбора. Причем в диспозитивной норме определенная гипотеза может быть только при неопределенности или относительной определенности диспозиции, иначе норма – императивна. Диспозиция в диспозитивной норме может быть определенной, относительно определенной и неопределенной. При относительно определенной или неопределенной гипотезе – норма всегда диспозитивна.

Примером диспозитивной презумпции может служить презумпция римского обязательственного права: если заключено соглашение о товариществе и не дано определенных указаний, то предполагается, что предметом товарищества является прибыль. Иначе говоря, товарищам предоставляется право исключить действие презумпции, дав соответствующие указания. Схема структуры этой нормы такова: «Если заключено товарищество, то предполагается, что его предмет – извлечение прибыли, если товарищи не дадут иного указания». Примером императивной презумпции может служить презумпция смерти: «если в месте жительства гражданина нет сведений о его месте пребывания в течение определенного времени, то он предполагается умершим». Таким образом, мы видим, что императивность и диспозитивность нормы-презумпции не связана с возможностью или невозможностью ее опровержения, а указывает на способ формирования презумптивной нормы.

По вопросу о существовании непровержимых презумпций в римском праве в современной литературе нет единого мнения. Так, Д.В.Дождев считает, что в Древнем Риме существовали и опровержимые (относительные) презумпции, допускающие доказательство положения, обратного предполагаемому, и непровержимые (абсолютные) презумпции, «когда в отношении факта, существование которого выводится из доказательства другого факта (презюмируется), не допускается доказательство противного». Такой же точки зрения придерживался Д.И.Мейер<sup>11</sup>. О.Л.Омельченко полагает, что в римском праве презумпция «не была неоспоримой»<sup>12</sup>. Другими словами, предоставлялась возможность в ходе процесса доказать обратное положение, «презумпция могла быть доказательственно опровергнута»<sup>13</sup>. В целом, соглашаясь со вторым суждением, необходимо отметить, что опровергалась не сама презумпция, а ее применимость к конкретному случаю, сама же презумпция продолжала существовать, а опровержение применимости презумпции к конкретному случаю еще раз доказывает ее вероятностный характер.

Однако следует отметить, что в Древнем Риме действительно существовали нормы, представляющие собой так называемые непровержимые презумпции, не допускающие доказательств обратного: ребенок, родившийся через 10 месяцев после прекращения брака, предполагался незаконнорожденным, деньги, занятые военными, считались употребленными на военные нужды; решение суда, вступившее в законную силу, полагалось справедливым. Сущест-

пование такого явления в Древнем Риме, как неопровержимые презумпции, думается, связано с недостаточно высоким уровнем развития юридической техники, с недемократичностью римского законодательства (ведь запрет доказывать заинтересованному лицу обратное предположению, по крайней мере, несправедлив) и с неразвитостью процессуальной формы (отсутствием инстанционной судебной системы).

Римские юристы использовали так называемые неопровержимые презумпции как особый юридический прием формирования императивной нормы. Презумпция не существует, если что-либо однозначно устанавливается, определяется законом, даже если при этом используется слово "предполагается", не всякая норма, грамматически сформулированная как предположение законодателя о чем-либо, является презумпцией.

Рассматривая презумпции в римском праве, необходимо отличать их от сходных правовых явлений, используемых древнеримской юриспруденцией. Прежде всего необходимо отграничить презумпции от фикций, поскольку презумпцию чаще всего отождествляют с фикцией. Однако это совершенно разные правовые категории. Фикция - это заведомо ложное (неистинное) положение о чем-либо, а презумпция исходит из высокой степени вероятности истинности своего содержания. В этом их существенное отличие. Заключение о чем-либо неистинное является фикцией.

Некоторые ученые считают, что фикция также имеет характер предположения<sup>14</sup>. Однако фикция может считаться предположением только в той мере, в какой считается предположением законодателя любая другая правовая норма. Например, ребенок латина, умершего до достижения ребенком возраста 1 года, может вступить в права наследства отца только при использовании следующей фикции: он считается родившимся как бы после смерти отца, чтобы пороки статуса свободы отца на него не распространялись. Другими словами, можно, конечно, сказать, что законодатель предполагает такого ребенка родившимся после смерти отца. Однако предположение здесь выступает не так, как в презумпции. В презумпции предположение означает высокую степень вероятности истинности содержания правовой нормы-презумпции, регулирующей отношения, которые не могут быть с достоверностью установлены. Поэтому, говоря о фикциях, лучше использовать слово "считает", а не "предполагает" законодатель.

Фикция объявляет заведомо не существующее положение существующим и наоборот<sup>15</sup>. Фикция - предположение невероятного, невозможного<sup>16</sup>. Тогда как презумпция, наоборот, обладает высокой степенью вероятности. Д.И.Мейер называл фикции вымыслами права: "Вымышленное существование факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в измененном виде"<sup>17</sup>. Таким образом, следует согласиться с В.А.Ойгензихтом в том, что если предположение заведомо неистинно, то это фикция, а если вероятно истинно, то презумпция<sup>18</sup>. Предположение о том, что ребенок латина родился после его смерти, заведомо неистинно, поскольку достоверно установлено, что ребенок родился раньше. Поэтому такое суждение является фикцией.

Приведем другой пример известной римской фикции: фикция смерти римского гражданина до плена, если он в действительности умер в плену. Эта фикция использовалась для того, чтобы этот гражданин не утратил свободы (D.49.15.8). Таким образом, достоверно известно, что он умер в плену, но считается, что он умер до пленения.

Римскую фикцию с презумпцией роднит общее происхождение – деятельность римских преторов. Фикции стали использоваться преторами, которые выдавали иски с фикцией, например, предоставляли иск для защиты чужестранца, как “если бы он был римским гражданином”.

Презумпции важно отличать от принципов права. Принцип – это основополагающее теоретическое знание, не являющееся ни доказуемым, ни требующим доказательства<sup>19</sup>. Принцип права – это выраженные в праве исходные нормы, руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни<sup>20</sup>. В отличие от презумпций принципы не подлежат опровержению. «Из права, действующего в жизни, возникают юридические принципы» (D.50.1.5). Принципы права – это правовая истина, которая не требует доказательств. Для действия презумпции требуется доказательство наличия условий ее применения.

Презумпции следует также отличать от правовых аксиом. Понятие правовых аксиом считается одним из самых неразработанных в юридической науке. Правовая аксиома – положение, имеющее характер истин, не требующее в каждом случае особого доказывания<sup>21</sup>. Аксиомы выражают общечеловеческое содержание права, возможна преемственность аксиом между различными эпохами. Например, аксиома «никто не может быть судьей в своем собственном деле» была известна римскому праву и сохранилась до наших дней. В отличие от аксиом принципы отражают сущность права определенной эпохи, определенной правовой системы. Например, принцип недискриминации, существующий сегодня во всех развитых системах правопорядка, был чужд праву Древнего Рима.

Аксиомы – правовые нормы, которые в результате многовековой практики стали привычными и самоочевидными<sup>22</sup>. От презумпций аксиома отличается невозможностью опровержения, она не доказывается, это самоочевидная истина. Основное значение презумпций, которое и обусловило их появление в Древнем Риме, заключается в том, что они используются тогда, когда невозможно с несомненностью установить какой-либо факт, обстоятельство дела, имеющие существенное значение и в зависимости от которого поставлены правовые последствия, “чтобы изошло от них право”<sup>23</sup>. Из этого можно понять причины появления, например, презумпции знания закона: невозможно с достоверностью в отношении каждого человека определить, знает он закон или нет. Эта неопределенность вызвала бы большие сложности, трудности в юридическом быту. Устранить, предотвратить это и призваны презумпции. Вот как определил значение презумпций Д.И.Мейер: “Существование факта не всегда можно раскрыть с несомненностью, но более или менее вероятно, и потому

предполагается, и относящиеся к нему определения идут в ход: здесь заключение о факте называется презумпцией<sup>24</sup>.

Понятие презумпций имеет множество значений, которые обнаруживают себя в различных ситуациях по-разному:

во-первых, факты, признанные государственной властью действительными, предполагаются таковыми. Таково значение, например, презумпции справедливости судебного решения и презумпции смерти;

во-вторых, при совершении гражданско-правового деликта доказывается объективная сторона, а субъективная сторона предполагается, и в конечном итоге предполагается само правонарушение, что вообще дает возможность началу спора, процесса, стимулирует стороны доказывать свою правоту, тем самым достигается максимальная справедливость судебного решения;

в-третьих, многие юридические действия могут быть опровергнуты другими фактами, но доказывается только само действие и предполагается, что оно действительно. Например, если гражданин владеет имуществом, то он предполагается добросовестным. Доказывание действительности этих обстоятельств может привести к значительному удлинению и усложнению судебных процессов, а в конечном итоге к невозможности разрешения спора. В Древнем Риме действовало множество презумптивных норм в различных институтах гражданского права. Но прежде всего необходимо выделить общеправовые римские презумпции. К общим презумпциям римского права можно отнести презумпцию знания закона, справедливости судебного решения и добросовестности участников правоотношений, правоспособности.

Некоторые ученые полагают, что эта презумпция знания закона появилась в Древнем Риме<sup>25</sup>, другие полагают, что она «намного старше римского права и самой латыни»<sup>26</sup>. Однако бесспорным является то, что она существовала и активно использовалась на всем протяжении римской истории.

С появлением писаного права сразу же возник вопрос о его знании гражданами Рима. Вполне допустимой могла стать ссылка на безграмотность, недостаточность информации, отдаленность места жительства и другие причины незнания закона. Закон, принятый народным собранием, считался известным всем, так как его принимали все граждане Рима, однако, плебеи, не могли участвовать в народных собраниях, и, скорее всего, как верно полагает З.М. Черниловский, именно они потребовали обнародовать право<sup>27</sup>. Этим была вызвана кодификация права – Законов XII таблиц.

Презумпция знания закона предполагает его опубликование, благодаря чему можно с уверенностью предполагать знание закона гражданином. Законы XII таблиц были опубликованы привычным для того исторического периода способом: их текст был начертан на двенадцати досках-таблицах и выставлен на главной площади Рима, где происходили и судебные разбирательства, – Форуме.

Несмотря на то, что даже в современной литературе нет единого мнения по поводу возможности опровержения презумпции знания закона, древнеримское право допускало ситуацию, при которой гражданин не знал закон. В связи

с этим ему оказывалось снисхождение: «Если кто-либо, вызванный в суд, не пойдет, то он будет присужден к штрафу, но неопытным людям должно быть оказано снисхождение». Кроме того, лицам до 25 лет и женщинам (по причине слабости их пола) «дозволяется не знать права» (D.2.5.2).

В процессе развития законодательного процесса в Риме появились и другие презумпции. В республиканский период определяется достаточно стройная классификация законов в зависимости от характера их санкций:

- 1) законы, воспрещающие какой-либо акт и объявляющие его ничтожным (*lex perfecta*);
- 2) законы, устанавливающие наказание за правонарушение, но не лишаящие акт юридической силы (*lex minus quam perfecta*);
- 3) законы, не устанавливающие санкции (*lex imperfectae*).

При сомнениях закон предполагался – *lex perfecta*, т.е. законом, воспрещающим какой-либо акт и объявляющий его ничтожным. Эти предположения, думается, не осмысливались римскими юристами как презумпции.

На наш взгляд, презумпции в их истинном значении и современном понимании обязаны своим появлением деятельности преторов и формулярному процессу. Именно там мы находим наибольшее количество фактических и законных презумпций.

Претор имел право на выдачу интердиктов при защите гражданских прав. При неисполнении интердикта по новой жалобе пострадавшего лица претор должен был прибегнуть к формальному процессу. Форма предполагает допрос свидетелей, осмотр, исследование доказательств и другие действия. Этот древнейший порядок имел для претора большие неудобства и преторы стали прибегать к следующей фактической презумпции: после поступления жалобы на неисполнение интердикта претор, не исследуя фактические обстоятельства дела, выдвигал следующее предположение: так быть не должно, вещь следует вернуть<sup>28</sup>. Таким образом, действовала презумпция истинности заявления просителя. Эта презумпция была опровержима, что четко определено в римском праве. Стороны могли попросить претора дать им судью и уже в судебном процессе опровергать применимость данной презумпции к их отношениям<sup>29</sup>.

В это же время в судебном процессе появляется презумпция, связанная с распределением бремени доказывания: факт считается несуществующим, пока другая сторона не докажет обратного. А если докажет, то перераспределяется бремя доказывания. Например, имущество, принадлежащее женщине, предполагается приобретенным за счет супруга, а значит, принадлежит ему на праве собственности, пока женщина не докажет обратное<sup>30</sup>.

Презумпция справедливости судебного решения означает, что рассмотренное дело предполагается как справедливо разрешенное. Приговор творит право. В доклассический период эта презумпция неопровержима, поскольку в Древнем Риме долгое время не существовало инстанционного порядка рассмотрения споров, не было кассационной, апелляционной инстанций в современном их понимании.



Однако истец имел возможность оспаривать действительность приговора, и ответчик доказывать, что дело не разрешено и просить назначить другого судью, при этом если ответчик не докажет своих доводов, то привлекается к ответственности в двойном размере – «возвращение к делу в двойном размере». Несправедливость решения можно было доказывать, обратившись к магистрату с просьбой приостановить исполнение решения, т.е. путем экстраординарных мер. Другой путь оспаривания решения – обращение к претору. Претор мог дать интердикт о реституции – возвращение в первоначальное состояние сторон, используя при этом фикцию: считать бывший процесс как бы не бывшим<sup>31</sup> и назначить другого судью. Такими своеобразными способами могла опровергаться данная презумпция.

В Дигестах эта презумпция сформулирована следующим образом: «Судебное решение принимается за истину». Причем эта презумпция в Дигестах сопровождается фикцией: признается свободнорожденным даже тот, о котором высказался суд в этом смысле, даже хотя бы он был отпущен из рабства (D.1.5.25). Это пример одного из множества случаев связи презумпций и фикций в римском праве.

Древний Рим считается также родиной презумпции добросовестности. Принцип доброй совести впервые появился в предписаниях претора судье вынести решение, руководствуясь принципом доброй совести, а для участников гражданского оборота действие этого принципа выражалось в презумпции добросовестности их действий<sup>32</sup>. Общей нормы права, содержащей презумпцию добросовестности, в римском частном праве не было, однако эту презумпцию можно обнаружить в нормах, содержащихся в отдельных правовых институтах. Например, презумпция добросовестности опекуна и попечителя: если опекун назначен в завещании, то предполагается его добросовестность и усердие. Если попечитель назначен консулом или претором, то он предполагается благонадежным и честным (Гай.1.200). Всякий, кого защищают, должен быть защищаем соответственно воззрениям доброго мужа, т.е. добросовестно (D.3.3.74).

Рассмотрим римскую презумпцию правоспособности. В Риме признавались и физические и юридические лица. Основное деление физических лиц заключалось в делении на свободных и рабов. Среди свободных выделяли свободнорожденных и вольноотпущенных. Среди вольноотпущенных различали вольноотпущенных римскими гражданами, латинов и перегринов.

Элементами правоспособности в Древнем Риме считались три статуса личности: статус гражданина, статус свободы, семейное положение.

Полной правоспособностью обладали только персоны – лица своего права – свободный гражданин, принадлежащий к какому-либо римскому семейству. Правоспособность персоны презюмировалась при невозможности определить его правомочия. При заключении контракта правоспособность контрагента презюмировалась, и даже, если впоследствии это опровергалось, т.е. доказывалось, что он был умален в правоспособности, стабильность торгового оборота поддерживалась фикцией «как будто этого умаления правоспособности не было». Здесь виден пример, когда при опровержении презумпции вступает в дей-

ствие фикция, однако отметим, что презумпция при этом не становится фикцией, ее уже не существует (D.3.5.2).

Женщины, дети и другие лица, находящиеся под властью отца, презюмировались неспособными, хотя допускалось доказательство обратного. Например, сын мог доказывать, что он трижды манципирован, т.е. трижды фиктивно продавался другому лицу (D.3.5.3). В этом случае он становился лицом своего права. Муж, участвующий вместо жены в судебном деле, предполагался уполномоченным женой<sup>33</sup>.

Своеобразное понимание правоспособности в римском праве предопределило содержание презумпций в римском семейном праве. Например, все имущество, которое женщина имела до брака и приобрела после брака, предполагалось собственностью мужа при браке *cum manu*<sup>34</sup>. Таким образом, действует презумпция собственности мужа на имущество. Аналогичная презумпция действует в отношении рабов: все, приобретенное рабом, предполагается приобретенным для и за счет хозяина (Гай.1.52).

Однако в браке *sine manu* действовала обратная презумпция собственности жены: все, что приобретено женщиной до брака и в период брака, принадлежит ей<sup>35</sup>. В сомнительных случаях имущество предполагается приобретенным мужем и поэтому при разделе имущество, "которое за женой не значилось, предполагалось имуществом мужа, во всяком случае, так считал юрист Квинт Муций"<sup>36</sup>. В древнейшей римской семье действовала презумпция собственности отца на имущество детей. Во времена Цезаря сын мог приобретать военный *pecулий* – им сын мог пользоваться и распоряжаться самостоятельно, независимо от отца. Презумпцию собственности сына указ императора Константина распространил и на имущество, полученное им по наследству от матери<sup>37</sup>. При разрешении вопроса о судьбе приданного и наследовании действовала известная презумпция: в случае совместной гибели несовершеннолетний ребенок умирает раньше взрослого, «так как признается правдоподобным, что несовершеннолетний ребенок погиб раньше матери» (D.23.4.26).

Продолжая говорить о семейно-правовых отношениях, необходимо указать на презумпцию отцовства, дошедшую до современного законодательства практически неизменном виде. Ребенок, родившийся в течение 10 месяцев со дня смерти мужа матери, предполагался ребенком умершего (Таблица 4.4). С этой презумпцией связан запрет женщине вступать в брак с другим мужчиной до истечения этого срока, так называемый траурный год<sup>38</sup>. Траурный год устанавливался для избежания смешивания крови. Если женщина в течение этого года родила, то она может немедленно вступить в брак (D.3.2.11). Дигесты Юстиниана дали более широкое определение этой презумпции: "Мать всегда является известной, даже если зачала вне брака, но отец тот, на кого указывает брак" (D.2. 4.5).

Таким же образом сконструирована презумпция гражданства детей латинов. Гражданство ребенка латина должен был доказывать его отец, когда ребенку исполнился год. Однако если отец-латин умрет до этого срока, то гражданство ребенка предполагается. Эта презумпция вступает в действие после

решения претора по заявлению матери ребенка (Гай.1.29). Отметим, что для вступления такого ребенка во владение наследственным имуществом требуется еще и применение следующей юридической фикции: ребенок считается родившимся после смерти отца (Гай.1.32). Это еще один из многих случаев в римском праве, когда юридический состав образуют презумпция и фикция одновременно. В отношении латинов существовала еще одна интересная презумпция – презумпция свободы. Свобода латинов защищалась преторским правом (Гай.1.22), поскольку квинтское право их свободу не предусматривало. Все латины предполагались свободными, если нет какого-либо препятствия, которое могло бы помешать им приобрести свободу.

Вернемся к презумпциям римского семейного права. Если женщина в течение 1 года непрерывно проживала в доме фактического супруга (давностное сожительство), то презюмировалось, что она переходила под власть мужа и занимала место дочери (Гай.1.111). Существовал особый способ опровержения такой презумпции: женщина могла ежегодно отлучаться из дома мужа на три дня и тем самым прерывала давность. Женщина, перешедшая под власть мужа, не всегда освобождалась от отцовской власти. По закону Азиния Антистия, она считалась находящейся под властью супруга только в отношении сакральных дел, "а что касается прочих отношений, то рассматривать ее так, как если бы она совсем не переходила под власть мужа", т.е. в этих случаях предполагается, что женщина находится под властью отца (Гай.1.136). Эта презумпция не распространялась на женщин, которые перешли под власть мужа посредством символической покупки.

Опека над несовершеннолетними латинами не всегда предоставлялась вместе с имуществом лицу, отпускающему на волю. Имеется в виду случай, когда раб принадлежит одному гражданину по квинтскому праву, а другому – по преторскому. При этом возникает множество вопросов: кто вправе отпустить его, кому будет принадлежать имущество, кто станет опекуном. Эти вопросы разрешает следующая презумпция: имущество отпущенного раба предполагалось собственностью господина, который отпустил его на волю, а право опеки предоставляется другому гражданину. Если рабыня была собственностью и по преторскому и по квинтскому праву, то предполагалось, что при отпущении ее на волю имущество и опека принадлежала ему же (Гай.1.67). При назначении прокуратора требовалась его воля, и поэтому в случае спора презюмировалось его несогласие. На возможность опровержения этой презумпции прямо указывает закон: «Против его воли прокуратор не может быть назначен, против воли означает не только то, что лицо возражает, но и то, что не доказано его согласие» (D.3.3.8).

Презумпции применялись и при регулировании обязательственных отношений. При совершении юридически значимых действий, в том числе сделок, предполагалось, что гражданин совершил эти действия добровольно, без страха и насилия. При этом предположение, что насилия не было, может быть опровергнуто лишь бесспорным доказательством совершенного насилия, «но предположения такого рода должны быть противопоставлены яснейшие доказатель-

ства насилия» (D.4.2.33). Если сделку заключает заведующий, то предполагается, что он уполномочен на это. Опровергнуть эту презумпцию можно было, только доказав, что «было вывешено объявление». В объявлении должно быть указано, что с данным лицом не должны заключаться сделки. Причем оно должно быть написано ясными буквами и вывешено перед лавкой, в месте, которое находится перед глазами. Если эти требования были соблюдены, то действовала другая презумпция (сконструированная по подобию знания закона) знания запрета совершать с данным лицом сделки. Опровергнуть эту презумпцию можно было доказательством умысла самого заведующего, снятия объявления или невозможности его прочитать (D.14.3.11).

При образовании товарищества возникает общность имущества товарищей благодаря презумпции согласия на это, особой передачи имущества не требуется. Здесь имеет место молчание как предположение (презумпция) согласия, которое впоследствии, видимо, трансформировалось в известную фразу «Молчание – знак согласия». Однако, отметим, что нет препятствий к тому, что товарищи ограничивают это правило, сохраняя каждый за собой индивидуальное право собственности<sup>39</sup>. Презумпция согласия при молчании используется достаточно часто. Например, при найме, в случае молчания, срок договора продлевался на один год: «В связи с тем, что они молчали, они считаются давними согласие» (D.19.2.13). Необходимо отметить, что молчание может предполагать не только согласие, но и отказ от совершения какого-либо действия. Например, при совершении уступки вещи перед магистратом, если на вопрос претора «будет ли тот, кто уступает, виндигировать», лицо промолчит, предполагается, что он отказался от виндикации<sup>40</sup>. Регулируя товарищество, древние римляне установили и другую презумпцию. Если заключено товарищество и не дано определенных указаний, то предполагается, что предметом товарищества является прибыль (D.17.2.7). В этой презумпции интерес представляет то, что гипотеза презумпции (условие действия презумпции) сформулирована диспозитивно, участники товарищества могут исключить действие гипотезы, а значит, и самой презумпции, «дав определенные указания». Диспозитивные гипотезы в римских презумпциях встречаются крайне редко. Такая же гипотеза и в презумпции равенства долей участников в имуществе товарищества (D.17.2.29) и при распределении выгод и убытков. Равенство долей товарищей в общем деле не является необходимым, но при отсутствии в договоре указаний доли предполагаются равными (D.17.2.29)<sup>41</sup>. Если товарищи не предусмотрели в договоре правила распределения прибыли и убытков от своей деятельности, то предполагается, что выгоды и невыгоды, прибыли и убытки распределяются между всеми поровну (Гай.3.150). Таким образом, товарищи могли определить в договоре порядок распределения прибылей и убытков, но заключение договора, в соответствии с которым на одного из товарищей возлагается исключительно несение убытков, без участия в прибыли, не допускалось.

Презумпции использовались и при заключении контрактов. Например, чтобы облегчить доказательство стипуляции при заключении вербального контракта стали составлять письменный документ, который первоначально доказывал

дельственной силы не имел, затем возникло предположение истинности документа. Опровергнуть эту презумпцию можно было, только доказав, что в день вступившей стипуляции кредитор и должник не были в одном городе<sup>42</sup>. Доказательственная сила документа о стипуляции мотивируется Юстинианом интересами контрагента<sup>43</sup>. Д.В.Дождев называет эту презумпцию презумпцией присутствия<sup>44</sup>. В римском праве действовала также дошедшая до наших дней презумпция беспроцентности заема<sup>45</sup>. Множество презумпций использовались римлянами в судебном процессе. Например, при определении места судебного разбирательства: «Если в распоряжении о рассмотрении дела не указано места, то считается, что последовало распоряжение судить в том месте, где принято судить без неудобств для тяжущихся» (D.5.1.59). При неясности иска или выступления на суде предполагалось, что истинно то толкование, которое для истца (выступающего) «более полезно» (D.5.1.66).

Сам термин «презумпция» в римском праве использовался только в титуле «О доказательствах и презумпциях». Таким образом, можно сделать вывод о том, что римляне видели в презумпциях прежде всего их процессуальное значение, а не материально-правовое. Хотя из анализа положений этого титула видно, что презумпция может выполнять и материально-правовую и процессуально-правовую функции. Однако эти функции выполняются презумпцией одновременно, а на различных этапах правоприменительной, чаще всего судебной, деятельности.

Рассмотрим динамику действия известной римскому праву презумпции вины. Римская презумпция вины действовала только в случае, если вина проявлялась в форме неосторожности. Если же кто утверждал, что что-либо совершено с умыслом, то он должен доказать умысел (D.22.3.18). На первом этапе судебной деятельности очевидно процессуальное действие презумпции вины: распределяется бремя доказывания (истец освобождается от обязанности доказывать вину ответчика, а ответчику предоставляется право доказать свою невиновность), а суд исключает виновность ответчика из предмета доказывания. В титуле определяется субъект доказывания: «Доказывание возлагается на того, кто утверждает, а не того, кто отрицает» (D.22.3.2); «необходимость доказывания возлагается на того, кто предъявляет требование» (D.22.3.21). Но на этом плане суд еще не может использовать материально-правовое значение презумпции и признать ответчика виновным.

На втором этапе презумпция вины выполняет также процессуальную функцию, но не распределения бремени доказывания, а функцию непосредственного доказывания со стороны ответчика. Ответчик может опровергнуть применимость презумпции к данному случаю. Причем он опровергает именно материально-правовое значение презумпции вины в конкретном деле. Процессуально-правовое значение презумпции не может быть вообще опровергнуто, поскольку касается определения предмета доказывания, субъекта доказывания и самого процесса доказывания, что императивно устанавливается в нормах

права. Окончание этого этапа может быть различным. В первом случае, если ответчик докажет свою невиновность, опровергнет применимость презумпции в данном деле, то презумпция вины не выполнит своей материально-правовой функции. Однако мы не можем сказать, что презумпция вовсе не действовала, иначе мы должны были бы признать все указанные действия сторон и суда не имеющими правового значения, юридически несостоятельными. Благодаря выполнению презумпцией вины своей процессуальной функции суд вынесет справедливое и обоснованное решение, откажет истцу в удовлетворении иска. Во втором случае, если ответчику не удастся доказать своей невиновности, действие презумпции перейдет на завершающий третий этап. На третьем этапе суд использовал материально-правовое значение презумпции вины. При невозможности установить невиновность ответчика суд, используя презумпцию вины, выносит соответствующее решение, которое влечет определенные материально-правовые последствия.

Следует также отметить, что для выполнения материальной или процессуальной функции в структуре нормы-презумпции используются различные элементы. Рассмотрим «напряженность» различных элементов в структуре нормы-презумпции вины при выполнении материальной или процессуальной функции: «Если правонарушение совершено неосторожно, то предполагается виновность правонарушителя, пока он не докажет обратное». Два последних элемента нормы: «предполагается виновность правонарушителя, пока он не докажет обратное» – задействованы при выполнении презумпцией процессуальной функции. А первый и второй элементы: «если правонарушение совершено по неосторожности, то предполагается виновность должника» – задействованы при выполнении презумпцией материальной функции.

При отсутствии доказательств обратного, титул определяет материально-правовой эффект презумпций. Здесь речь идет о распределении бремени доказывания различных обстоятельств между сторонами, а при отсутствии таких доказательств действовало непосредственно само предположение, например: презумпция правильности освобождения от огцовой власти (D.22.3.5), если сын не докажет обратного; при отсутствии на суде предполагалось, что отсутствие вызвано неуважительными причинами, пока сам отсутствующий не докажет, что он отсутствовал по делам государства, по вине противника или из-за болезни (D.22.3.19); если долговое обязательство перечеркнуто, то предполагается, что должник освобожден от обязательства, пока кредитор не предъявит ясные доказательства, что сумма ему причитается (D.22.3.24). При ушлате денег (и если лицо признает получение денег) предполагается, что уплачено должное, пока должник не докажет, что он уплатил в силу умысла получившего или заблуждения, «ибо тот, кто производит платеж, никогда не является столь беззаботным, что выбрасывает свои деньги и растрчивает их при отсутствии долга». И, наоборот, если лицо отрицает, что он получил недолжное, а должник дока-

жет платеж, то предполагается, что кредитор получил недолжное, пока не представит доказательства, что оно получило деньги, являющиеся предметом долга, «ибо было бы абсурдным, если тот, кто сначала отрицал получение денег, а затем был бы уличен в получении их, требовал от противника доказательства, что было уплачено недолжное» (D.22.3.25). Римскому праву известна презумпция рабства. Если человек служит как раб, то он предполагался рабом, пока не будет доказано, что он свободный (D.12.4.3). Эта же презумпция используется при продаже человека: предполагается, что он раб. Если будет доказано, что он свободен и продавец знал об этом, то договор не будет считаться заключенным (D.18.1.70).

В римском военном праве действовала следующая презумпция. Если легионер не явился в назначенный день из отпуска, он считается, в зависимости от длительности просрочки, самовольно отлучившимся или дезертиром, если он не докажет, что был задержан вследствие важных обстоятельств (D.49.16.3). Павел указывает на эти важные обстоятельства: болезнь, захват пиратами и иные подобные причины. Причем для опровержения этой презумпции легионеру требовалось также доказать, что он «отправился с места своего пребывания с таким расчетом, что имел возможность возвратиться в свою часть до истечения своего отпуска» (D.49.16.14).

Таковы лишь немногие из древнеримских презумпций, но и они в полной мере раскрывают богатство их содержания и показывают важность презумптивных норм в правовом регулировании различных сфер общественной жизни. Думается, что российский законодатель и правоприменитель могут учесть ценный опыт использования презумпций римскими юристами.

<sup>1</sup> Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Казань, 1854. С. 44.

<sup>2</sup> Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 14.

<sup>3</sup> Большая Советская Энциклопедия. М.: Сов. энциклопедия, 1971. С. 544.

<sup>4</sup> Левенталь Я.Б. К вопросу о презумпциях в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1949. № 6. С. 68.

<sup>5</sup> Мейер Д. И. Указ соч. С. 45.

<sup>6</sup> Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе: ИРФОН, 1976. С. 27.

<sup>7</sup> Здесь и далее нормы римского права цитируются по: Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая, Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997.

<sup>8</sup> Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М.: Юриспруденция, 1999. С. 492.

<sup>9</sup> См. например: Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М., 1948. С. 12.

<sup>10</sup> Веденеев Ф.Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. 1998. №2. С. 48.

- <sup>11</sup> Дождев Д.В. Римское частное право. М.: ИНФРА-М-Норма, 1997. С. 226; Мейер Д.И. Указ. соч. С. 64.
- <sup>12</sup> Омельченко О.Л. Римское право. М.: ТОН, 2000. С. 105.
- <sup>13</sup> Там же: С. 104.
- <sup>14</sup> Ойгензихт В.А. Указ. соч. С. 15.
- <sup>15</sup> Дормидонтов Г. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикции. Казань, 1895. Цит. по: Курсова О.А. Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы действия // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород, 2000. С. 452.
- <sup>16</sup> Краткий философский энциклопедический словарь. М.: Прогресс, 1994. С. 480.
- <sup>17</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 2.
- <sup>18</sup> Ойгензихт В.А. Указ. соч. С. 16.
- <sup>19</sup> Краткая философская энциклопедия. М.: Прогресс, 1994. С. 363.
- <sup>20</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 1. С. 98.
- <sup>21</sup> Там же. Т. 2. С. 111.
- <sup>22</sup> Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы в праве // Правоведение. 1988. № 5. С. 27.
- <sup>23</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 50.
- <sup>24</sup> Там же. С. 2.
- <sup>25</sup> Тилле А.А. Презумпция знания закона // Правоведение. 1969. № 3. С. 34.
- <sup>26</sup> Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права // Государство и право. 1984. № 1. С. 98.
- <sup>27</sup> Там же. С. 99.
- <sup>28</sup> Покровский И.А. История римского права. СПб.: Летний сад, 1999. С. 164.
- <sup>29</sup> Там же. С. 165.
- <sup>30</sup> Омельченко О.Л. Указ. соч. С. 106.
- <sup>31</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 161.
- <sup>32</sup> Грось А.А. Сравнительный анализ институтов римского частного права и действующего гражданского и гражданско-процессуального законодательства // Правоведение. 1999. № 4. С. 96-97.
- <sup>33</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 56.
- <sup>34</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 454.
- <sup>35</sup> Там же. С. 456.
- <sup>36</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 56.
- <sup>37</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 464.
- <sup>38</sup> Там же. Указ. соч. С. 453.
- <sup>39</sup> Римское частное право. С. 439.
- <sup>40</sup> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 389.
- <sup>41</sup> Римское частное право. С. 440.
- <sup>42</sup> Покровский И.А. Указ. соч. С. 397.
- <sup>43</sup> Римское частное право. С. 349.
- <sup>44</sup> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 492.
- <sup>45</sup> Там же. С. 370.