

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 6

2023

Том 23

Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.Ю. МИХЕЕВА

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

Ответственные редакторы

М.И. ЛУХМАНОВ,

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

Редакционная коллегия

М.Л. БАШКАТОВ, Р.С. БЕВЗЕНКО,

Е.В. ВЕРШИНИНА, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

Н.Б. ШЕРБАКОВ, А.М. ШИРВИНДТ,

Т.С. ЯЦЕНКО

ISSN 1992-2043

Отдел подписки: mvgrp@mvgrp.org

Журнал «Вестник гражданского права»
выходит три раза в полугодие,
зарегистрирован Федеральной службой
по надзору за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций
и охране культурного наследия.
Per. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.
тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgrp.org

Перепечатка материалов из журнала
«Вестник гражданского права»
допускается только с согласия Издателя.
Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок
и консультаций и не вступают в переписку.
Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности
за содержание рекламы и объявлений.

Журнал «Вестник гражданского права»
включен в Перечень ведущих рецензируемых
научных журналов и изданий, в которых
должны быть опубликованы основные
научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
доктора и кандидата юридических наук



Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации

CIVIL LAW

REVIEW

No. 6

2023
Vol. 23

Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRYANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.Yu. MIKHEEVA

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editors-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV,

S.V. TRETYAKOV

Managing and Executive Editors

M.I. LUKHMANOV,

M.A. PSHENICHNIKOV

Editorial Board

M.L. BASHKATOV, R.S. BEVZENKO

E.V. VERSHININA, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

N.B. SHCHERBAKOV, A.M. SHIRVINDT,

T.S. YATSENKO

ISSN 1992-2043

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

The *Civil Law Review* Journal
is being published three times
in a half of the Year.

The *Civil Law Review* is registered
by the Federal Service for supervision
of legislation in mass communications
and cultural heritage protection (Russia).
Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Publisher:

LLC «V. Em Publishing House»

119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92,
building 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvvp.org

Reprint and republication of all the materials
of the *Civil Law Review* Journal are allowed
only with the consent of the Publisher.
The appropriate reference to the source
of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not
render information and consultations and
do not enter into correspondence. Manuscripts
are not being returned. The Founders and the
Publisher are not responsible for the content
of advertisements and announcements.

The *Civil Law Review* Journal is included
into the official governmental List of leading
peer-reviewed scientific periodicals (Russia)



Private Law Research Centre under the President
of the Russian Federation named after S.S. Alexeev

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

КАТЕГОРИЯ «ЭКСЦЕПЦИЯ» В РИМСКОЙ, ГЕРМАНСКОЙ И РОССИЙСКОЙ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ*



И.С. ГОРЯЧЕВ,

магистрант кафедры гражданского права юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2023-23-6-9-45>

*Автор исследует генезис института римского способа защиты от иска *exceptio*, а также его связь с современным пониманием категории «возражение». В ходе работы рассматриваются проблемы правовой природы возражений и их дифференциация на *Einrede* и *Einwendung*, а также место эксцепций в современных германской и российской правовых системах. На основе проведенного историко- и сравнительно-правового анализа автор заключает, что эксцепции, зародившиеся еще в римской юриспруденции, претерпели существенные изменения в процессе своей эволюции, сохранив при этом свои базовые признаки. Делается вывод о сделочной природе реализации *Einrederecht*.*

Ключевые слова: возражение; эксцепция; субъективное право; секундарное право.

* Автор выражает благодарность И.И. Зикуну за ценные замечания, высказанные в ходе подготовки настоящего исследования.

THE CATEGORY “EXCEPTIO” IN THE ROMAN, GERMAN AND RUSSIAN LEGAL SYSTEMS

I.S. GORYACHEV,

Master's Student, Department of Civil Law, Faculty of Law,
Lomonosov Moscow State University

The author examines the genesis of the institution of the Roman remedy of exceptio, as well as its connection with the modern notion of the category of “objection”. In the course of the work the author examines the problems of the legal nature of objections and their differentiation into Einrede and Einwendung, as well as the place of exemplifications in modern German and Russian legal systems. On the basis of the conducted historical and comparative legal analysis, the author comes to the conclusion that the exceptio, originated in the Roman jurisprudence, has undergone significant changes in the course of their evolution, while retaining their basic features. The author concludes on the transactional nature of the implementation of the Einrederecht.

Keywords: objection; exceptio; subjective right; secondary right.

1. МЕСТО ВОЗРАЖЕНИЙ В СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ

Относительные субъективные частные права (*Förderungsrechte*) принято делить на три вида: права требования, или притязания (*Anspruch*), секундарные права (*Gestaltungsrechte*) и права на возражения (*Einrederecht*)¹.

Притязание (*Anspruch*) есть право требовать от другого лица совершить какое-то действие или воздержаться от совершения чего-либо. Прародителем *Anspruch* является римское *actio*. Указывая на это, Б. Виндшайд подчеркивал, что римские воззрения на *actio* отличаются от привычного нам понимания притязаний, так как *actio* есть судебное преследование лица². Необходимо понимать, что притя-

¹ Данная классификация приводится нами в соответствии с позицией В.С. Ема (см.: Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2019. С. 92).

² В то же время такое употребление в современном праве приведет нас к взаимной перемене мест между причиной и следствием, ведь право на судебную защиту подразумевается само собой, а точнее, «при наличии признания защищаемого права». Выходит, что понятие «притязание» обладает куда более широким объемом, чем *actio*. Именно от римского права мы получили приведенную ниже классификацию на вещные и личные притязания, по аналогии с *actio in rem* и *actio in personam* соответственно (см.: Виндшайд Б. Учебник пандектного права. Общая часть. Т. 1 / под общ. ред. С.В. Пахмана. СПб., 1874. С. 94).

знание всегда направлено против конкретного субъекта. Как писал Л. Эннекцерус, из абсолютного права возможно установление притязания только в связи с поведением другого лица, узурпирующего абсолютное право (например, право собственности), однако говорить о существовании притязания, противопоставленного всем третьим лицам, коим противопоставляется абсолютное право, нельзя¹. В связи с этим возможно выделять вещные притязания и личные. Вещные, как мы установили, направлены против нарушителей абсолютного права, тогда как личные притязания направлены против должника в обязательстве.

При этом не совсем понятно, совпадают ли по объему право на иск (*Klagerecht*) и притязание. Так, у Ф. Регельсбергера мы находим отрицательный ответ на поставленный вопрос, строящийся на наличии исков, в основе которых не существует никакого притязания². В частности, он приводит положительные иски о признании, которые хотя и зиждутся на праве, но не содержат каких-либо притязаний³.

Вооружая кредитора «мечом» в виде *Anspruch*, правопорядок безальтернативно обрекает себя на ситуации злоупотребления этим правом. Безусловно, правопорядок не может и не должен мириться с подобным нарушением баланса интересов сторон, так как иначе рискует потерять доверие субъектов оборота. Поэтому необходимо дать в руки должника «щит», с помощью которого тот сможет укрыться от всякого недобросовестного покусителя на свои права. Такой «щит» был создан в римском праве – кузнице гениальных правовых категорий – и получил название «*exceptio*», или «возражение»⁴.

¹ См.: Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 381.

² См.: Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М., 1897. С. 262.

³ Эннекцерус, напротив, указывал, что категории «*Anspruch*» соответствует такое явление, как право на иск (*Klagerecht*), так как в гражданско-правовом смысле *Klagerecht* и *Anspruch* взаимопокрывают друг друга, потому как по каждому притязанию, за исключением натуральных обязательств, возможна подача иска (см.: Эннекцерус Л. Указ соч. С. 383). В то же время Е.А. Крашенинников писал, что право на иск и притязание есть в сущности одно и то же и выполняют функцию охранительного права требования, которое с помощью юрисдикционной формы принуждает лицо совершить какое-либо действие. Ученый характеризует, таким образом, и *Anspruch* как охранительное субъективное частное право, что ограничивает объем притязаний лишь теми правами требования, которые являются способом защиты регулятивных частных прав или охраняемых законом интересов (см.: Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С. 9).

⁴ Безусловно, для демонстрации того, насколько сильно российское частное право пронизано возражениями, нам необходимо частично указать некоторые положения гражданского законодательства, оперирующие данным термином. Так, ст. 145 ГК РФ говорит нам о возможности выдвигать возражения, вытекающие из документарной ценной бумаги; ст. 255 ГК РФ позволяет выдвигать возражения долевым и совместным собственникам против требования кредитора о выделе доли должника в общем имуществе; ст. 324 и 326 ГК РФ устанавливают запрет заявлять солидарному должнику возражения, основанные на отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует, а также воспрещает должнику основывать свое возражение на отношениях должника с другим солидарным кредитором. Термин «возражение» мы можем обнаружить в нормах о поручительстве (ст. 364 и 366 ГК РФ), регулирующих право поручителя на возражения против требования кредитора; в положениях о независимой гарантии (ст. 370 и 376 ГК РФ); в нормах, регулирующих правоотношения, возникающие из перемены лиц в обязательствах (ст. 386,

Возражение есть право не согласиться с требованием, которое было предъявлено лицу. Заявление, или выдвижение, возражения может привести к нескольким последствиям: *Anspruch* либо устраняется, т.е. прекращается вовсе, либо же изменяется. Так, согласно ст. 475 ГК РФ право продавца требовать оплаты за проданный товар может быть изменено посредством соразмерного уменьшения цены, если покупатель выявит недостатки, которые ранее не были оговорены¹.

Несмотря на то что рассматриваемая категория является весьма распространенной в отечественной частноправовой системе, тем не менее мы ставим своей задачей исследование тех общих черт, признаков и механизмов действия, которые присущи всем возражениям.

390 и 392 ГК РФ); в положениях о субсидиарной ответственности (ст. 399 ГК РФ); в регулировании прощения долга (ст. 415 ГК РФ); в нормах о договорах в пользу третьих лиц (ст. 430 ГК РФ); в положениях об аренде (ст. 621 ГК РФ); в ст. 959 ГК РФ, регулирующей вопросы увеличения страхового риска в период действия договора страхования; в положениях Кодекса о ведении чужого дела (ст. 986, 999 и 1008 ГК РФ). В интеллектуальном праве мы увидим термин «возражение» в регулировании сроков действия исключительных прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец (ст. 1362 ГК РФ), преобразовании заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец (ст. 1379 ГК РФ), установлении приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца (ст. 1381 ГК РФ) и др. В наследственном праве мы также обнаружим понятие «возражение». В частности, лица вправе подать возражение против видеофиксации процесса удостоверения нотариусом совместного завещания супругов (ст. 1125 ГК РФ) или же наследственного договора (ст. 1140.1 ГК РФ). Кроме того, ст. 1173 ГК РФ предусматривает право на выдвижение возражения со стороны наследников при утверждении кандидатуры доверительного управляющего наследством. Термин «возражение» находит свое место и в корпоративном праве. Например, в ст. 51 ГК РФ мы обнаружим предусмотренную для заинтересованных сторон возможность выдвигать возражения против предстоящей государственной регистрации изменений устава юридического лица или предстоящего включения данных в Единый государственный реестр юридических лиц. В ст. 19.1 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» предусмотрена норма, которая наделяет общество с ограниченной ответственностью правом заявлять возражения относительно увеличения его уставного капитала при реализации положений о договоре конвертируемого займа. Особо подчеркнем, что большая часть указанных норм не содержит в себе конкретных видов возражений. Речь идет главным образом о динамике их осуществления (выдвижение, переход возражений и т.д.). Классическими примерами возражений будут считаться требования лица признать сделку недействительной. Кроме того, ссылка на недобросовестность контрагента, реализующего свое субъективное право, ссылка на отсрочку или, например, безденежность займа являются примерами возражений. В некоторых случаях употребление термина «возражение» обусловлено, с нашей точки зрения, грамматическим удобством, а не догматической стройностью.

¹ Данная точка зрения принадлежит В.С. Ему, который употребляет латинский термин «*exceptio*», говоря о возражениях (см.: Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. С. 92). Ниже мы более подробно рассмотрим вопрос о том, каким в действительности правовым эффектом обладает экцепция. Пока мы лишь оговоримся, что делать радикальный вывод относительно однозначного уничтожительного эффекта возражения (*Einrede*), выдвигаемого против притязания, как это делал В.С. Ем, как минимум спорно, а, по нашему мнению, ошибочно. На наш взгляд, неверные представления о правовом эффекте *Einrede* связаны с тем, что в отличие от немецких авторов отечественные правоведы, исследуя и заимствуя категории субъективного гражданского права из немецкой доктрины, не выходили за пределы их описания. Подобные систематизм и аккуратность, безусловно, оправданны, однако приводят к тому, что похожие на первый взгляд, но в действительности диаметрально противоположные (с точки зрения правового эффекта и способов реализации) категории начинают сливаться воедино. Говорить о догматическом единстве в данном случае не приходится.

Экцепция (возражение) претендует на то, чтобы быть одним из наиболее распространенных правовых явлений, поражающим разнообразием институтов гражданского права, пронизанных ей. Особо обратим внимание на то, что возражение присутствует не только в тех нормах, которые прямо используют данный термин. Напротив, наиболее популярные его случаи встречаются в тех институтах, которые и вовсе обходятся без этого понятия. Однако мы бы с самого начала хотели обратить внимание на то, что отечественная доктрина, заимствуя у немецкой цивилистики институт *Einrede*, как будто проигнорировала факт существования наряду с *Einrede* иной правовой категории – *Einwendung*, а также институт, который является родовым по отношению к указанным, а именно *Gegenrecht* – встречное право.

Einrede и *Einwendung* часто рассматриваются в немецких учебниках в сравнительном ключе. Их подробный анализ мы представим ниже, однако уже сейчас мы сталкиваемся с определенными сложностями. К сожалению, довольно тяжело перевести на русский язык оба термина так, чтобы не попасть впросак, запутавшись при переводе на русский таких разных правовых конструкций. В связи с этим мы будем использовать данные понятия в своем немецком написании, а термин «возражение» употреблять как синоним по отношению к обеим конструкциям, однако только в тех местах, где это будет возможно осуществить без нарушения контекста и логики изложения.

Несмотря на продемонстрированные выше значимость и всеобъемлющий характер рассматриваемой категории, мы можем встретить точки зрения, которые свидетельствуют об отсутствии научных исследований, предоставляющих исчерпывающую информацию на вопрос о природе возражений в российском праве¹.

Позволим себе надеяться, что данная работа будет способствовать более ясному представлению о возражениях как об одной из ключевых категорий гражданско-правовой системы в целом.

Прежде всего необходимо выяснить природу возражений, выделив общие черты, присущие каждому элементу данной категории. Далее мы постараемся выяснить, потеряла ли названная категория свою актуальность или же, напротив, как никогда требует тщательного исследования, продиктованного нуждами современной частноправовой системы.

¹ Например, С.В. Сарбаш в своем комментарии к постановлению Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве» ограничивается тем, что сравнивает притязание и возражение с мечом и щитом соответственно. При этом ученый подчеркивает отсутствие должной изученности категории «возражение» наукой гражданского права (см.: Сарбаш С.В. Поручительство: комментарий к Постановлению Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве». М., 2021. С. 154). Мы бы смогли выделить лишь две отечественные работы, посвященные природе возражений, авторство которых принадлежит С.А. Громову и М.А. Рожковой. Однако мы не можем согласиться со всеми тезисами и выводами, представленными в их исследованиях, о чем скажем более подробно далее.

Для этого мы считаем необходимым установить «корни» возражений, т.е. провести анализ исконных категорий, а именно римских эксцепций. Подобная методология, полагаем, заслуживает внимания в связи с тем, какое количество исследований и точек зрения было представлено немецкими и отечественными цивилистами XIX и начала XX вв. на эту тему. Мы убедимся, что основной акцент в работах делался не столько на истории регулирования, сколько на догматическом значении данных конструкций, а также их когерентности с актуальными правовыми институтами в соответствующих правовых системах.

2. ГЕНЕЗИС УЧЕНИЯ О ВОЗРАЖЕНИИ

Римская юриспруденция знала несколько видов защиты от иска, которые ответчик мог использовать в процессе. Ученые могли назвать тот или иной способ защиты по-разному, однако в основном они едины в вопросах определения их правовой природы.

Г.Ф. Пухта в своем курсе римского права выделял три вида защиты ответчика от иска: *negatio*, квалифицированное отрицание и *exceptio*. В отличие от Пухты Ф.К. фон Савиньи предлагает несколько иную классификацию, выделяя только два вида защиты: отрицание и *exceptio*. При этом Савиньи проводит внутри отрицаний дифференциацию на абсолютные и относительные, которые по своей сути соотносятся с *negatio* и квалифицированным отрицанием Пухты соответственно.

Итак, первым видом защиты ответчика было *negatio*, или полное отрицание¹. Суть данного способа защиты заключалась в том, что ответчик мог ссылаться на юридические или фактические обстоятельства, отрицающие право истца². Такие обстоятельства, как правило, свидетельствовали о том, что право не возникало вообще. В качестве примеров Савиньи приводит отрицание *traditio* при виндикационном требовании или же отрицание договора при иске о взыскании долга³. Примечательно, что бремя доказывания в данном случае ложилось на истца⁴.

Вторым способом защиты от исковых требований истца являлось квалифицированное отрицание. Особенность данного способа защиты заключалась в том, что само существование обязательства не отрицалось. Однако ответчик, прибегая к квалифицированному отрицанию, стремился утвердить хотя и не факт абсо-

¹ См.: Пухта Г.Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874. С. 259.

² См.: Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 194.

³ См.: Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: в 8 т. Т. 3. М., 2013. С. 408.

⁴ Например, ответчик мог заявить квалифицированное отрицание, если истец требовал уплаты долга, хотя оный уже был уплачен в прошлом. Бремя доказывания в данном случае ложилось уже на ответчика. Таким образом, истец в примерах Савиньи обязан был доказать факт осуществления *traditio*, а во втором случае – факт заключения договора (см.: Савиньи Ф.К. фон. Указ. соч. С. 409).

лютного отсутствия притязания, как при *negatio*, но факт прекращения обязательства к моменту предъявления требования.

Наконец, третий способ защиты реализовывался через заявление ответчиком *exceptio* на требование истца.

Первое упоминание *exceptio* мы встречаем у Гая (116):

Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum [r]eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. Velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. Dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli

Созданы эксцепции для защиты тех, против кого подают иск. Ведь часто случается, что кто-то несет ответственность по гражданскому праву, но осудить его по иску несправедливо. Например, если я получу с тебя обещание по стипуляции, словно бы собираясь дать тебе денег взаймы, но денег не дам. Ясно, что я могу требовать с тебя эти деньги, ведь ты должен дать, так как отвечаешь на основании стипуляции. Но, поскольку осудить тебя в этом отношении несправедливо, считается, что ты должен защищаться с помощью эксцепции о злом умысле. Также в том случае, если я заключу с тобой соглашение, что не буду требовать с тебя того, что ты мне должен, тем не менее я могу с тебя требовать то же самое, утверждая, что ты мне должен дать, потому что обязательство после заключения соглашения не прекращается. Но считается, что мое требование должно быть отражено в эксцепции о заключенном соглашении¹.

Эксцепции как способ защиты пришли в процесс на смену *praescriptio*, а вернее, *praescriptio pro reo* – исковому предписанию, которое устанавливалось в пользу ответчика и утверждало какие-либо обстоятельства, от наличия или отсутствия которых зависела действительность *litis contestatio* – засвидетельствования претором спора с участием сторон². Как отмечал О. Ленель, после перехода от *legis actio*

¹ Перевод приводится по: Институции Гая = Gai Institutionum commentarii quattuor: текст, пер. с лат., коммент. / под общ. ред. Д.В. Дождева. М., 2020. С. 267.

² См.: Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М., 2014. С. 222. Именно поэтому В. Коллич указывает, что эксцепции поглотили *praescriptio* еще до того

к *agere per formulas* преторы столкнулись с перегруженностью, в связи с чем они передавали вопрос о возможности рассмотреть спор на усмотрение судьи¹.

И.А. Покровский полагал, что эксцепции можно было отнести к «условным или гипотетическим *denegatio*», т.е. институту отказа в иске в связи с необоснованностью по процессуальным или правовым основаниям. Главное отличие *denegatio*, позволяющее назвать эксцепции его условным или гипотетическим аналогом, состояло в том, что *denegatio actionis* не допускало начала процесса вообще в связи с препятствием в виде какого-либо обстоятельства, тогда как обращение претора к *exceptio* осуществлялось, если наличие препятствующего началу процесса факта невозможно было опровергнуть или подтвердить однозначно, так как это «требовало дополнительного труда», в связи с чем происходил переход к процессу².

Как у Ленея, так и у Покровского мы видим, что эксцепции выступают инструментом определенной оптимизации процесса и экономией времени претора. Возникает вопрос: можно ли считать в таком случае эксцепции самостоятельным способом материально-правовой защиты или же они являются продуктом эволюции какого-то иного способа защиты, относясь к тому же к процессуальному праву?

Ответ на поставленный вопрос необходимо начать с того, институтом какой системы права является *exceptio* – преторской или гражданской. Вывод о происхождении эксцепций нельзя назвать праздным, так как в нем, по нашему мнению, заключается один из наиболее важных аспектов их правовой природы.

З.В. Циммерн полагал, что *ius civile* само собой породило эксцепции в связи с собственным несовершенством. *Ius honorarium*, по его мнению, создало эксцепции,

момента, как были написаны Институции Гая. При этом термин «*praescriptio*» может встречаться и в текстах, которые касались регулирования формулярного процесса, однако такие прескрипции не являются продолжением развития *praescriptio pro reo*. В частности, автор указывает на несколько отрывков из конституций Диоклетиана, свидетельствующих о том, что римляне начали использовать термины «*exceptio*» и «*praescriptio*» в качестве синонимов, что свидетельствует о том, что к моменту написания указанного источника произошло слияние двух институтов, а сохранившаяся лексическая разница продиктована скорее историческим развитием, нежели принципиальной разницей между эксцепцией и прескрипцией (см.: Kollitsch W. Praescriptio und exceptio außerhalb des Formularverfahrens // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1959. Bd. 76. S. 291).

¹ Судьи должны были принять решение о том, обоснованы ли аргументы, указанные в *praescriptio pro reo*, и в случае отрицательного ответа на указанный вопрос перейти к рассмотрению основного дела. Заметим, что в качестве таких препятствий могли выступать различные обстоятельства, в том числе и наличие *dolus* (злого умысла) при заключении сделки (см.: Lenel O. Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. Heidelberg, 1876. S. 45).

² См.: Покровский И.А. Право и факт в римском праве. Ч. 2. Киев, 1902. С. 113. Д.О. Тузов, характеризуя *denagatio*, пишет о том, что, вероятнее всего, этот институт римского права имел место в тех случаях, когда «материальная несправедливость» предъявляемого иска была очевидной и легко выявляемой. В остальных случаях использовалась эксцепция (см.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции // СПС «КонсультантПлюс»).

чтобы сделать цивильное право более эффективным¹. Иными словами, преторское право придавало своими правовыми конструкциями цивильному праву гибкость, необходимость которой диктовалась изменчивостью реальной жизни. Таким образом, *exceptio*, в воззрениях Циммерна, являлось детищем преторского права, что позволяет нам продвинуться несколько дальше и задать следующий вопрос.

Почему преторы вынуждены были разрабатывать новые способы защиты, учитывая, что у них был инструментарий, предусмотренный *ius civile*? Безусловно, *ius civile*, не тяготеющее к глубоким абстрактным конструкциям, не могло предусмотреть все ситуации, при которых ответчик в полной мере получал бы необходимую защиту, однако, как гласит известная мудрость «*dura lex, sed lex*», «закон суров, но это закон»...

Важно помнить, что право не может мириться с консерватизмом в угоду устойчивости и в упрек справедливости. Отказавшись от монизма, римляне начали прибегать к дуалистической модели права, где строгому *ius civile* противопоставлялось ориентированное на практику и более близкое к реальной жизни преторское право. Гай, как мы заметили, видел в эксцепциях средство от несправедливого осуждения ответчика. С.А. Муромцев в связи с этим подчеркивал, что справедливость нашла свое отражение в эксцепциях, так как авторитет, на котором базировалось преторское право, был куда ниже авторитета, лежащего в основе *ius civile*. А если бы подобное неравенство отсутствовало, то справедливость могла бы отражаться в отрицании или непризнании старых цивильных исков².

Тем не менее роль эксцепции шире достижения необходимой справедливости при рассмотрении какого-либо дела. Преторы, внося в позитивистскую строгость эдикты об эксцепциях, начинают борьбу с цивильным правом, излагают старые нормы в новом духе, отводя справедливости особую роль. Обратим внимание: такой точки зрения придерживались многие цивилисты в разное время. Например, Д.Д. Гримм считал, что институт *exceptio* был создан для борьбы с «ригоризмом цивильного права»³. Сквозь призму справедливости рассматривал эксцепции и Ф. Регельсбергер⁴.

Если раньше, как мы указывали выше, претор мог отдать на рассмотрение судьи *praescriptio pro reo*, то теперь нужно было изучать содержание тех аргу-

¹ См.: Zimmermann S.W. Geschichte des römischen privatrechts bis Justinian. Bd. 3. Heidelberg, 1829. S. 286.

² С.А. Муромцев ссылается на Р. фон Иеринга, который утвердил истинное значение такого употребления в том, что претор «не смел пользоваться для целей защиты старыми формами, точно так же как для достижения целей иска он не смел употреблять цивильные иски» (см.: Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. С. 374).

³ См.: Гримм Д.Д. Указ соч. С. 195.

⁴ Регельсбергер, комментируя Институции Гая (116), указывал, что обстоятельство, которое выдвигается ответчиком с помощью эксцепции, не нарушает порядок, основанный на справедливости, но делает несправедливым осуждение ответчика, т.е. факт вынесения решения в пользу истца (см.: Regelsberger F. Pandekten. Berlin, 1893. S. 682).

ментов, на которые ссылается ответчик. Строгий характер *ius civile* не предусматривал все основания защиты, необходимость которых диктовалась развитием оборота. Поэтому важно было найти такую форму, которая выполняла бы материально-правовую функцию *praescriptio pro reo*. В конце концов и было выработано *exceptio*.

В то же время у Гая (118) мы можем вычитать, что эксцепции принимались не только преторами:

Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.

Одни эксцепции претор разместил в эдикте, другие предоставляет по итогам предварительного изучения дела. И все они либо основаны на законе или тех [источниках], которые имеют силу закона, либо же появились в ходе отправления претором правосудия¹.

Руководствуясь этим параграфом и не отрицая значения *exceptio*, Ленель приводит иную точку зрения относительно роли эксцепций как отношения справедливости к строгости права. Как указал Гай, не только претор, но и законодательный орган видел необходимость в привнесении справедливости в *stricti iuris* путем эксцепций. Кроме того, три сенатусконсульты (*SC Vellaeianum*, *Trebellianum* и *Macedonianum*) прямо предусматривают, что претор может создавать свои возражения. Тогда мы можем спросить себя: не относятся ли возражения, созданные претором, к *ius civile*? В случае положительного ответа на данный вопрос стоит говорить, что не столько претор, сколько законодатель видел необходимость в ослаблении *stricti iuris* и повышении роли справедливости при рассмотрении дела². Кроме того, у И. Кошембар-Лысковского мы обнаруживаем схожую с данной логикой рассуждения позицию. Так, ученый писал, что эксцепции, которые римский правопорядок предусматривал для защиты ответчика, прежде всего направлены на изменение объективного права в его применении. Автор указывает, что только там мы можем обнаружить *exceptio*, где они напрямую отражены в конкретном акте – преторском или цивильном. Наличие эксцепций в источниках *ius civile* или *ius honorarium*, таким образом, становится предпосылкой к тому, чтобы лицо могло защищаться от права требований выдвижением конкретного факта. Именно в этих случаях, по мнению Кошембар-Лысковского, возможно говорить о том, что закон желает предоставить лицу защиту. В иных обстоятельствах такой возможности у лица нет. Следовательно, делает вывод ученый,

¹ Перевод приводится по: Институции Гая = Gai Institutionum commentarii quattuor: текст, пер. с лат., коммент. / под общ. ред. Д.В. Дождева. С. 269.

² См.: Lene/ O. Op. cit. S. 59.

ответчик не может по своему усмотрению защищаться с помощью *exceptio*¹ – для этого ему нужна предпосылка в виде конкретного акта.

М. Казер также полагал, что *exceptio* – это прежде всего часть формулы. Поэтому материально-правовая характеристика отражена в эксцепциях еще меньше, чем в *actio*. Иными словами, Казер считал, что общее правило о том, будто каждый вид эксцепций несет в себе материально-правовую природу, является надуманным, так как ответчик мог ссылаться на эксцепцию, только если она была включена в процесс по его просьбе, и лишь в редких случаях ее применение могло наступить *ex officio*².

Таким образом, тезис о появлении эксцепций в силу требований справедливости, а не закона является весьма спорным, так как при появлении нормы *exceptio* уже перестает быть способом защиты, вытекающим из одной только справедливости³.

Как мы уже говорили, *exceptio* появилось в период формулярного процесса, заменив *praescriptio pro reo*. Природа появления *exceptio*, расширение его сферы применения по сравнению с *praescriptio* – все это привело к тому, что теперь изменяется и формальное место такого способа защиты в процессе: если *praescriptio* употреблялось перед формулой, предшествовало основному тексту, то *exceptio* было уже частью формулы, вплеталось в нее и помещалось после *intentio* – части формулы, описывающей притязание, предъявляемое истцом в суде. Таким образом, дело должно было быть рассмотрено в любом случае. Соответственно, расширяется и количество юридических фактов, подлежащих рассмотрению в процессе. Покровский, как мы указывали выше, окрестил это требованием «дополнительного труда». В то же время результат рассмотрения дела будет

¹ См.: Koschembahr-Lyskowski J. von. Die Theorie der Exceptionen nach Klassischem Römischen Recht. Berlin, 1893. S. 77.

² Kaser M. Das römische Privatrecht. Abschn. 1: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht. München, 1955. S. 198.

³ Э. Циммерманн, однако, рассматривая приведенные выше сенатусконсульты, писал, что материальная основа *exceptio* может быть гражданской, однако сама эксцепция – инструмент защиты, созданный преторским правом (см.: Zimmermann E. Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der exceptio. Gießen, 1872. S. 21). Хвостов также полагал, что не только от преторов исходили идеи создания эксцепций, однако механизм реализации положений указанных *senatus consulta* был несколько иным. Законодатель напрямую не предусматривал ничтожность того или иного иска, а лишь «поручал претору придавать каким-либо фактам значение условий, исключающих condemnation». И хотя в действительности указанные в сенатусконсультах эксцепции предусматривались нормами гражданского права, откуда и берет название один из видов *exceptio*, а претор, в свою очередь, начинает включать в формулу возражения по требованию закона, а не *aequitas*, тем не менее ученый, приводя определение эксцепций, писал о том, что это предписание давалось судье именно со стороны претора (см.: Хвостов В.М. Система римского права. М., 2023. С. 83). Подобную позицию мы можем соотнести с рассмотренным выше мнением Иеринга и Муромцева относительно иерархии авторитетов, сложившейся между системами *ius civile* и *ius honorarium*. По нашему мнению, именно с этой иерархией связано употребление закона в качестве первого, но никак не основного источника происхождения эксцепций.

разниться в зависимости от того, насколько убедительными являются *exserptio* ответчика. Заметим, Ч. Санфилиппо указывал, что судья, который должен был вынести судебное решение в пользу истца, обязан был установить не только существование права, которое утверждает истец, но и несуществование факта, приводимого ответчиком. Как будет показано далее, эксцепции действительно выдвигают против требования истца существующие факты, однако их заявление или незаявление находится в сфере самостоятельного права ответчика. Последний самостоятельно решает, реализовать свое право на заявление эксцепции или нет. Именно с этим связано то, что *exceptio* начинает рассматриваться не просто как часть формулы, а как способ защиты права, противопоставляемый *actio*, а само возражение начинает выступать на равных с правом требования¹ (*Ulp. D. 44.7.42*):

ULPIANUS libro vicensimo primo ad edictum Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placeat etiam pendente condicione creditorem esse. 1. Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptioe submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum.

Ульпиан в 21-й книге «Комментариев к эдикту». Тот, кому завещан легат под условием, до осуществления условия не является кредитором, но (будет таковым лишь) тогда, когда условие осуществится, хотя считают, что тот, кто estipулировал под условием, даже до осуществления условия является кредитором. § 1. Мы должны считать кредиторами тех, кто имеет какой-либо или гражданский иск, — однако такой, который нельзя устранить эксцепцией, — или преторский иск, или иск по факту (содержанного)².

После перехода от формулярного процесса к процессу *extra ordinem* происходит слияние *ius civile* и преторского права. Логично задаться вопросом о том, какова судьба института *exceptio* в связи с таким изменением. Ведь эксцепции по своей сути противопоставлялись гражданским способам защиты. Одна точка зрения гласила, что эксцепции потеряли свое значение, а сохранение термина «*exceptio*» носило чисто технический характер. Так, Ленель объяснял это тем, что *exceptio* являлось продуктом процесса по формуле. Соответственно, с ликвидацией *agere per formulas* должна была пропасть и эксцепция как способ защиты. Однако она сохранилась, что Ленель объяснял несколькими обстоятельствами. Во-первых, тесной связью между материально-правовой сущностью и процессу-

¹ См.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / под общ. ред. Д.В. Дождева. М., 2007. С. 154.

² Перевод приводится по: Дигесты Юстиниана. Т. 6 / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 555.

альной формулировкой, существующей в римских науке и практике. Во-вторых, сохранением за *exceptio in extraordinaria cognitio* того же порядка заявления, что и в формулярном процессе¹. А. фон Тур также полагал, что хотя римские эксцепции и имеют связь с современными возражениями, тем не менее отождествление данных институтов невозможно. Свой тезис ученый также обосновывал принадлежностью *exceptio* к структуре римской формулы в период *agere per formulas* – защита ответчика происходит только тогда, когда факты, свидетельствующие о несправедливости его осуждения, специально указаны в формуле, для чего должны были быть представлены претору в процессе, который включал их в формулу в качестве исключения из *condemnatio*. Другие же оправдывающие факты, пишет ученый, могли быть приняты во внимание судом *ipso jure*².

По-другому на судьбу эксцепций смотрел Савиньи, который в своей «Системе современного римского права» указывал, что эксцепции как часть формулы сохраняют свое значение так же, как и вся формула, так как в формуле был не случайный текст, а указание на сущность правоотношений³. Действительно, стороны по-прежнему с большей или меньшей точностью цитировали старые формулы эдиктов, даже если их к этому не принуждали. Сторонниками теории сохранения значений эксцепций были также Гримм и Хвостов⁴. О. фон Гирке так-

¹ См.: *Lenel O. Op. cit.* S. 62. Ф. Регельсбергер также полагал, что *exceptio*, являясь детищем формулярного процесса, в связи с отпадением последнего потеряло свое значение. Кроме того, ученый также отрицал и тот факт, что более современная форма возражений (*Einrede*) и римская эксцепция соотносятся между собой как идентичные категории, обосновывая этот тезис несколькими аргументами. Во-первых, он приводил в пример эксцепцию, вытекающую из *pactum de non petendo* – соглашения, заключенного между кредитором и должником в неформальном виде, при котором первый прощал второму долг в целом или в части. Ученый не понимал, почему при наличии *pactum de non petendo* право требования не погибает, а лишь приостанавливается встречным правом. Во-вторых, некоторые эксцепции (например, вытекающие из *SC Velleianum*, *Trebellianum* и *Macedonianum*, о которых мы обмолвились выше) требовали предварительного рассмотрения претором, который мог либо предоставить соответствующее *exceptio*, либо отказать в нем. В-третьих, лишь ограниченная группа возражений, состоящая из *exceptio doli specialis*, *metus*, *redhibitionis*, *exceptio doli generalis* и др., была основана на материальном праве ответчика, что делало институт эксцепций нецелесообразным ввиду его материально-правовой ограниченности (см.: *Regelsberger F. Op. cit.* S. 684).

² *Tuhr A. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Leipzig, 1910. S. 288.*

³ См.: Савиньи Ф.К. фон. Указ. соч. С. 416.

⁴ Гримм полагал, что эксцепции сохранили свое значение уже после перехода к экстраординарному процессу, и категорически не соглашался с Ленеелем по причине того, что уход от формулярного процесса привел лишь к отпадению внешней формы эксцепций, что никак не могло означать уничтожение их материально-правового значения. Оно, по мнению ученого, сохранилось, причем остались как те эксцепции, что препятствовали осуществлению права истца, так и те, что уничтожали соответствующее право (см.: *Гримм Д.Д. Указ соч. С. 195*). Хвостов полагал, что по мере того, как иск с течением времени стал не индивидуализироваться, а субстанцироваться, возражение в тесном смысле (*Einrede im materiellen Sinne*) приобрело значение противопоставления фактов, приводящихся ответчиком, фактам, которые приводил истец. В связи с этим автор выделял несколько возможных ситуаций заявления возражений. Во-первых, право требования истца, о котором тот заявлял, вовсе не возникло. Во-вторых, бывшее когда-то действительным притязание прекратило свое существование. В-третьих, наличествующее на момент рассмотрения иска притязание