

✓
Л. А. Покровскій.

ПРАВО И ФАКТЪ ВЪ РИМСКОМЪ ПРАВѢ.

ЧАСТЬ II.

ГЕНЕЗИСЪ ПРЕТОРСКАГО ПРАВА.



Юрид. Кабинету
Суд. В. М. Курсовъ

отъ автора

Апр. 1919.



КІЕВЪ.

Типографія Императорскаго Университета св. Владиміра
Акціон. О-ва печати и издат. дѣла Н. Т. Корчакъ-Новицкаго, Мерицговекая ул.
1902.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владиміра.
Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій за 1902 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемый въ настоящее время трудъ, съ одной стороны, является естественнымъ продолженіемъ сочиненія „*Право и фактъ въ римскомъ правѣ ч. 1 Право и фактъ, какъ матеріальное основаніе исковъ*“, а, съ другой стороны, представляетъ нѣкоторое самостоятельное цѣлое. Общее происхожденіе этого труда таково.

Въ указанномъ сочиненіи, изслѣдуя вопросъ о различіи между римскими *actiones in jus* и *in factum conceptae*, я пришелъ къ тому заключенію, что различіе это опредѣляется не чисто внѣшнимъ, редакціоннымъ строеніемъ исковыхъ формулъ (какъ то учить господствующее воззрѣніе), а глубокою внутреннею противоположностью въ самомъ матеріальномъ основаніи исковъ гражданскихъ и преторскихъ. Исками *in jus conceptae* являются только гражданскія и называются они такъ потому, что всегда опираются на субъективное гражданское право истца, на нѣкоторое „*res mea est ex jure Quiritium*“ или „*dare mihi oportet*“—вообще на нѣкоторое *jus*. Искъ преторскій, напротивъ, какъ бы ни была редактирована его формула (съ простымъ перечисленіемъ фактовъ, съ фикціей, съ перестановкой субъектовъ), есть всегда *actio in factum*, ибо во всѣхъ случаяхъ онъ опирается лишь на такой или иной комплексъ объективныхъ фактовъ—вообще на нѣкоторое *factum*.

Этотъ результатъ, однако, выдвигалъ предо мной новый вопросъ. Конечно, преторскій искъ—въ противоположность гражданскому *jus*—опирается всегда на нѣкоторое *factum*: это *factum* приводитъ проситель передъ преторомъ, это *factum* кладется затѣмъ въ основаніе

исковой формулы. Но, вѣдь, не всякій фактъ достаточенъ для того, чтобы въ глазахъ претора оправдать желаніе просителя и чтобы вызвать власть на такое или иное активное вмѣшательство въ область частныхъ отношеній. Въ однихъ случаяхъ преторъ удовлетворить просьбу и дать искъ, въ другихъ нѣтъ; слѣдовательно, приводимые просителемъ факты для того, чтобы побудить претора къ активному вмѣшательству, должны имѣть нѣкоторый особый характеръ, должны быть съ какой-то точки зрѣнія преторомъ оцѣнены. И вотъ естественно возникаетъ вопросъ, съ какой же именно точки зрѣнія преторъ все представляемое ему проентелемъ оцѣниваетъ, или—говори иначе—какой *верховный критерій*, какой *общій мотивъ руководилъ всей преторской дѣятельностью въ области гражданскаго права?*

Отвѣтъ, который предлагало мнѣ господствующее ученіе на этотъ вопросъ, былъ несложенъ: такой верховный критерій и общій мотивъ есть *Aequitas*. Въ подтвержденіе можно было привести даже десятокъ-другой цитатъ изъ *Corpus juris civilis*, въ которыхъ въ такихъ или иныхъ выраженіяхъ сообщается, что та или иная норма преторскаго эдикта вытекаетъ изъ *Aequitas*.

Несмотря на это, подобный отвѣтъ меня не удовлетворялъ. Что такое *aequitas*, спрашивала я себя и другихъ. Попытки опредѣлить это понятіе чертами болѣе точными, въ родѣ, напримѣръ, принципа равенства всѣхъ передъ закономъ, меня не убѣждали. Я видѣлъ, что, какъ у насъ, такъ и въ Римѣ *aequitas* представляла изъ себя нѣчто очень широкое и туманное, нѣчто, охватывавшее въ однихъ общихъ скобкахъ идеи разнообразнаго содержанія—идеи морали, соціальной политики и т. п. *Не было-ли, напротивъ, какого-либо болѣе спеціальнаго и вѣстнаго съ тѣмъ болѣе опредѣленнаго мотива, который ставилъ римскаго магистрата вмѣшательствомъ въ частныя отношенія?*

Получить надлежащій отвѣтъ на этотъ вопросъ, казалось мнѣ, возможно не путемъ сопоставленія большей или меньшей массы общихъ изреченій изъ *Corpus*, а путемъ историческаго наблюденія за дѣятельностью римскихъ магистратовъ въ области гражданскихъ отношеній. Если намъ удастся, думалось мнѣ, опредѣлить начальную сферу этой дѣятельности и начальный мотивъ ея,—тогда вмѣстѣ съ тѣмъ мы получимъ и наше искомое, т. е. общій и руководящій принципъ преторскаго права *въ его исторически-чистомъ видѣ*.

Такимъ образомъ, поставленный выше вопросъ самъ собою превратился для меня въ вопросъ объ историческомъ генезисѣ претор-

скаго права, и вмѣстѣ съ тѣмъ работа начала пріобрѣтать (по отношенію къ первой части) самостоятельный характеръ.

Предпріятыя въ этомъ направленіи изслѣдованія привели меня къ убѣжденію, что дѣйствительно начальный мотивъ преторской дѣятельности мы можемъ опредѣлить вѣрнѣе точно и ясно, и что этотъ общій мотивъ совершенно одинаково сказывается какъ въ участіи магистрата въ древне-римскомъ цивильномъ процессѣ, такъ и въ сферѣ его вибъ-судебнаго вліянія. Тотъ же мотивъ замѣтно слышится даже въ позднѣйшихъ созданіяхъ преторскаго права, когда преторское творчество пріобрѣло себѣ уже прочную опору въ глазахъ общественнаго мнѣнія и уже въ какихъ либо спеціальныхъ оправданіяхъ не нуждалось.

Результаты этихъ изслѣдованій я и предлагаю теперь вниманію специалистовъ, причемъ долженъ оговориться, однако, въ слѣдующемъ.

Работа моя имѣетъ характеръ по преимуществу *синтетическій*. Какъ того требовала самая задача, дѣло въ большинствѣ случаевъ заключалось не столько въ установленіи тѣхъ или иныхъ детальныхъ фактовъ, сколько въ общихъ выводахъ изъ того, что уже установлено наукой, въ принципиальномъ освѣщеніи этихъ фактовъ, въ приведеніи ихъ къ органическому единству. Лишь въ некоторыхъ отдѣльныхъ вопросахъ мнѣ приходилось углубляться въ детали—именно тамъ, гдѣ среди господствующаго ученія я не находилъ согласія или гдѣ это господствующее ученіе мнѣ казалось ошибочнымъ. Въ виду того, что я писалъ для спеціалистовъ, на такія детали, относительно которыхъ я не имѣлъ сказать ничего существенно новаго, я считалъ себя вправѣ только просто указывать.

Излагая *генезисъ* преторскаго права, я отнюдь не имѣлъ намѣренія прослѣдить развитіе всѣхъ отдѣльныхъ институтовъ преторскаго права, въ какомъ порядкѣ они появлялись, къ какой эпохѣ должны быть отнесены и т. д. Взять на себя подобную трудную задачу—написать *исторію* преторскаго права—я, конечно, не рѣшилъ. Мнѣ казалось, что, прежде нежели приступить къ такой большой работѣ, необходимо сначала подвергнуть разсмотрѣнію общіе и принципиальныя вопросы этой исторіи. Поставить эти вопросы и предложить на нихъ сильнѣйшій отвѣтъ—это только и составляетъ задачу настоящаго сочиненія.

Кіевъ.

Декабрь, 1901 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ВВЕДЕНИЕ.

СТРАН.

Вопросъ о происхожденіи преторскаго права въ литературѣ. Господствующее ученіе.—Отступающія теоріи Puntchart'a и Schultze	1 — 16
---	--------

ГЛАВА I.

Роль магистрата въ древне-римскомъ гражданскомъ процессѣ.

§ 1. <i>Характерныя особенности древне-римскаго процесса и попытки ихъ объясненія.</i> Дѣленіе римскаго процесса на двѣ стадіи— <i>ius</i> и <i>judicium</i> — центральный пунктъ всѣхъ характерныхъ особенностей этого процесса.—Вопросъ объ этомъ дѣленіи въ литературѣ. Теоріи догматическія. Теорія конституціонная. Общія ученія о <i>legis</i> <i>actiones</i> Геринга, Бернгейфа, Шульце и Г. Крюгера	17 — 41
§ 2. <i>Pignoris capio et manus injectio.</i> <i>Pignoris capio</i> , какъ выѣ-судебный способъ осуществленія правъ у римлянъ и у другихъ народовъ.— <i>Manus injectio</i> (вопросъ объ <i>addictio</i> ; внимательство <i>vindex'a</i>).—Историческое мѣсто объ- ихъ формъ и роль магистрата	42 — 53
§ 3. <i>Legis actio sacramento.</i> Вопросъ о древнѣйшемъ значеніи <i>sacramentum</i> . <i>Sacramen-</i> <i>tum</i> , какъ присяга сторонъ. Теорія Данз'а, ея недостатки и по- пытки ея исправленія (H. Krüger, Schultze, Pflüger). Анализъ ритуала <i>l. a. sacramento</i> и выводы относительно происхожденія и дальнѣйшаго развитія этой формы	54 — 72

§ 4. *Общие выводы о системе legis actiones.*

1. Для понятия legis actio участие магистрата не составляет необходимости.—2. Если магистратъ участвуетъ, то это участие вызывается не его судебной функцией, а функцией полицейской.—3. По это участие въ legis actio не даетъ ему никакой власти надъ матеріальнымъ дивильнымъ правомъ

73 — 78

ГЛАВА II.

Формальный генезисъ преторскаго права.

§ 5. *Административная cognitio и интердикты.*

Развитіе интердиктовъ изъ cognitio магистрата (господствующее ученіе; ученія Huschke и Jobbé-Duval'a). Интердикты и cognitio въ позднѣйшемъ правѣ

79 — 92

§ 6. *Stipulationes praetoriae, missio in possessionem и restitutio in integrum.*

Связь stipulatio praetoria съ интердиктами.—Missio in possessionem.—Restitutio in integrum не есть самостоятельное средство

93 — 103

§ 7. *Преторскія средства въ эпоху формулярнаго процесса.*

Положеніе старыхъ формъ преторскаго вліянія (интердиктовъ и пр.). Новыя формы: denegatio цивильнаго иска и exsertio; actiones praetoriae; анализъ ихъ юридическаго характера. Разборъ мѣнія Schultze объ общемъ характерѣ формулярнаго процесса и эскурсе относительно процессуальной consumptio

104 — 123

§ 8. *Общие результаты главы*

Преторскія средства развились изъ административной cognitio, еще до lex Aebutia и въ вѣлкой связи съ нормальнымъ гражданскимъ процессомъ

129 — 134

ГЛАВА III.

Матеріальный генезисъ преторскаго права.

§ 9. *Jurisdictio и imperium.*

Шаткость римской классической терминологіи. Древнѣйшее представленіе о jurisdictio. Jurisdictio и imperium въ классической юриспруденціи. Зародышъ преторскаго права надо искать въ идеѣ охраны общественнаго мира

135 — 145

§ 10. *Принципъ общественнаго порядка въ исторіи преторскаго права.*

Зарожденіе преторскаго права: вопросъ о матеріальномъ происхожденіи интердиктовъ. Слѣды принципа общественнаго порядка въ позднѣйшихъ преторскихъ институтахъ, особенно въ исторіи обязательствъ.—Постепенное расширеніе этого принципа и параллельная потеря имъ его первоначальной яркости

146 — 165

- § 11. *Принципъ общественнаго порядка въ эдильскомъ правѣ.*
 Эдильская полиція и эдильская юрисдикція. Вопросъ о развитіи эдильскихъ средствъ. Мысль Иеринга и Влассака о принципиальной противоположности между претурой и эдилитетомъ. Полная ошибочность этой мысли 166 — 176

ГЛАВА IV.

Юридическая природа *jus honorarium*.

- § 12. *Взглядъ современной литературы.*
 Характеристика римскаго правовоззрѣнія, сдѣланная Випдшейдомъ. Возраженіи Muther'a. Мысль Bruns'a. Ученіе Bekker'a и его несостоятельность 177 — 182
- § 13. *Юридическая природа права цивильнаго и преторскаго.*
 Юридическая характеристика *jus civile: actio* есть лишь функція права. *Jus honorarium: actio* въ случаяхъ, въ эдиктѣ не предусмотрѣнныхъ; зарожденіе и развитіе эдикта; его вліяніе на частныя правоотношенія. Заключение: въ системѣ преторскаго права *jus* является послѣдствіемъ *actio* 183 — 193
- Заключеніе 194 — 209

ВВЕДЕНИЕ.

Вопросъ о происхожденіи преторскаго права въ литературѣ.

Господствующее ученіе.—Отступавшія теоріи Puntchart'a и Schultze.

Основнымъ явленіемъ исторіи римскаго права, явленіемъ необычайной важности должно быть признано, безъ сомнѣнія, параллельное существованіе двухъ правовыхъ системъ—цивильной и преторской, *jus civile* и *jus honorarium*. Этотъ дуализмъ правовыхъ системъ, эта *compossessio plurium in solidum* въ области объективныхъ нормъ, не находящая себѣ аналогій въ исторіи другихъ народовъ, представляетъ, конечно, громадный историческій и теоретическій интересъ.

Если мы прикинемъ къ этому дуализму правовыхъ нормъ нашу обычную юридическую мѣрку, мы тотчасъ попадемъ въ заколдованный кругъ юридическихъ загадокъ и противорѣчій. Мы увидимъ здѣсь судью, повидимому, обязаннаго примѣнять законъ и тѣмъ не менѣе его не примѣняющаго; судью, повидимому, не имѣющаго законодательной власти и тѣмъ не менѣе законодательствующаго. Мы встрѣтимъ здѣсь нормы, одинаково дѣйствительныя и тѣмъ не менѣе опредѣленно другъ другу противорѣчащія. Мы найдемъ здѣсь какія-то „голыя права“, т. е. права, не имѣющія никакой силы и тѣмъ не менѣе все-таки „права“... И т. д. и т. д. Однимъ словомъ, цѣлый рядъ явленій, съ точки зрѣнія нашихъ понятій о правѣ совершенно странныхъ, производящихъ на первый взглядъ впечатлѣніе какой-то необыкновенной юридической фантазмагоріи.

Разобраться во всѣхъ этихъ странныхъ явленіяхъ, внести въ нихъ научную юридическую опредѣленность—представляетъ, конечно, паущую необходимость для истиннаго пониманія римскаго права-развитія; безъ этого почти все въ исторіи римскаго права будетъ казаться туманнымъ.

Но разобрать въ этихъ вопросахъ, очевидно, будетъ невозможно, если мы не будемъ знать заранѣе, откуда пошелъ этотъ юридическій дуализмъ, какими причинами онъ вызванъ. Другими словами, теоретическому изслѣдованію о взаимномъ соотношеніи гражданской и преторской системъ должно предшествовать историческое изслѣдованіе о происхожденіи и развитіи преторскаго права. Что именно съ этого вопроса необходимо начинать распутываніе указанного сложнаго узла юридическихъ загадокъ,—на этомъ, какъ кажется, останавливаться нечего.

Какъ же отвѣчаетъ на этотъ вопросъ наша современная литература? Сущность общепринятаго ученія на этотъ счетъ состоитъ въ слѣдующемъ ¹⁾.

Великій гражданскій процессъ въ Римѣ, прежде нежели вступить въ стадію фактическаго разбирательства (*in iudicio*), долженъ былъ пройти предварительно чрезъ руки претора (*in iure*). Здѣсь процессъ получалъ свою юридическую формулировку, отъ которой зависѣла его дальнѣйшая постановка *in iudicio*; здѣсь опредѣлялся предметъ спора и разбирательства; здѣсь устанавливались тѣ рамки, въ которыхъ должна была затѣмъ развиваться дѣятельность сторонъ и судьи.

Въ эпоху древнѣйшаго римскаго процесса *per legis actiones* указанная юридическая формулировка спора *in iure* производилась самими спорящими посредствомъ извѣстныхъ словесныхъ формулъ, опре-

¹⁾ Ср. *Puchta*. *Cursus der Institutionen*. Bd. I. § 79—82.—*Rudorff*. *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. I (1857) § 4. § 60—61.—*Esmarch*. *Röm. Rechtsgeschichte*. (2-te Aufl. 1880) s. 211—213.—*Karlowa*. *Röm. Rechtsgeschichte*. Bd. I (1885). S. 458 и сл.—*Sohm*. *Institutionen*. § 14.—*Krügner*. *Geschichte der Quellen und der Literatur des röm. Rechts* (1888). § 5.—*Iörs*. *Die röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (1888). S. 156—198.—*Bethmann-Hollweg*. *Der röm. Civilprocess*. Bd. II. (1865) § 57.—*Keller*. *Der röm. Civilprocess*. § 23.—*Muirhead*. *Introduction historique au droit privé de Rome*. trad. par Bourcart (1889) p. 322 и сл.; p. 311 и сл.—*Girard*. *Manuel élémentaire de droit romain* (2-me éd. 1898) p. 37 и сл.—*Willems*. *Le droit public romain*. (5-me éd. 1884) p. 278 и сл.—Изъ русскихъ авторовъ см. *Муромцевъ*. *Гражданское право древняго Рима* (1883) стр. 229 и сл., *Боголюбовъ*. *Учебникъ исторіи римскаго права* (1895) стр. 330 и сл., *Ефимовъ*. *Лекціи по исторіи римскаго права* (1895) стр. 105 и сл.

дѣявшихъ такими или иными стереотипными выраженіями сущность и содержаніе спора. Поэтому преторъ въ эту эпоху не имѣлъ возможности оказать свое вліяніе на постановку дѣла *in judicio* и на его окончательный матеріальный исходъ: все проходило и разрѣшалось сообразно строгимъ правиламъ *juris civilis*.

Но положеніе претора существенно измѣнилось тогда, когда вмѣсто процесса *per legis actiones* закономъ Эбуція былъ установленъ процессъ *per formulas*. Составленіе формулы, т. е. инструкціи судья находилось теперь всецѣло въ рукахъ претора, въ силу чего отъ него волею зависѣло дать дѣлу то или иное направленіе и тѣмъ предрѣшить его судьбу *in judicio*.

Конечно, вводи подобную реформу процесса, законъ Эбуція имѣлъ въ виду исключительно практическія удобства самихъ сторонъ (желалъ устранить стѣснительный формализмъ *legis actiones*) и вовсе не предполагалъ давать претору какую-либо юридическую власть надъ матеріальными нормами *juris civilis*. Но *de facto* порядокъ судопроизводства, созданный этимъ закономъ, предоставлялъ претору огромную власть въ области гражданскихъ правоотношеній и мало по малу превратилъ его изъ простаго исполнителя закона въ его контролера, создалъ ему положеніе „почти законодательное“.

Какъ и всякій высшій магистратъ, преторъ имѣлъ т. н. *jus edicendi* т. е. право издавать эдикты, касавшіеся функціи его служебной дѣятельности. Эдикты эти имѣли силу для гражданъ обязательную — но лишь на время должностного года издаваемаго ихъ магистрата. Одни изъ этихъ эдиктовъ издавались преторами въ теченіе ихъ должностного года по тому или другому отдѣльному поводу и имѣли временный, преходящій характеръ; это т. н. *edicta repentina*. Другіе же издавались ими въ самомъ началѣ года, при самомъ вступленіи въ должность, и были предназначены служить руководствомъ на все время службы ихъ автора; это т. н. *edictum perpetuum*. Вотъ въ этомъ-то послѣднемъ „постоянномъ“ эдиктѣ и отлагались постепенно все преторскія нововведенія въ области юрисдикціи.

Постоянный эдиктъ являлся т. обр. должностною программой преторовъ по отношенію къ юрисдикціи; онъ опредѣлялъ тѣ правила, которыми преторы будутъ руководствоваться при отправленіи правосудія. По идеѣ своей преторскій эдиктъ долженъ былъ по отношенію къ *jus civile* занимать лишь служебное положеніе, способствуя его наилучшему примѣненію и осуществленію — т. е. *juris civilis adju-*

vandi vel supplendi gratia. Но мало по малу затѣмъ, когда положеніе претора въ этомъ отношеніи упрочилось, онъ перешелъ и къ исправленію отживающихъ нормъ гражданского права—*juris civilis corrigendi gratia*,—являясь въ этомъ случаѣ выразителемъ взмѣнившихся условий жизни и новыхъ потребностей оборота. Требованиямъ, потерявшимъ опору въ глазахъ общественнаго мнѣнія, онъ отказывалъ въ процессуальномъ осуществленіи, въ искѣ; и, наоборотъ, сталъ давать такіе иски изъ правоотношеній, хотя и не признанныхъ въ *jus civile*, но соответствующихъ новымъ условіямъ и потребностямъ. Такимъ путемъ въ теченіе столѣтій въ преторскихъ эдиктахъ выросла рядомъ со старой системой гражданского права новая система *преторскаго права*, которая перекрещивалась съ первой въ самыхъ различныхъ направленіяхъ, комбинировалась съ нею самымъ различнымъ образомъ, создавая тотъ *юридическій дуализмъ*, который, какъ сказано выше, служить такимъ характернымъ явленіемъ римскаго праворазвитія.

Таковъ общій ходъ возникновенія преторскаго права согласно господствующему ученію; отдѣльныя отбѣжки, встрѣчающіеся иногда въ изложеніи различныхъ авторовъ, въ ту или другую сторону существеннаго значенія не имѣютъ.

Всмотримся въ это ученіе ближе. Основными идеями его являются слѣдующія.

1) *Преторское право возникло изъ судебной дѣятельности претора и по поводу этой дѣятельности*. Являясь органомъ суда, органомъ, черезъ руки котораго должно было прѣйти всякое дѣло, преторъ сталкивался и съ жизнью и съ нормами гражданского права, и естественно, если онъ, имѣя въ эпоху формулярнаго процесса возможность дать спору сторонъ такое или иное направленіе, занялъ мало по малу по отношенію къ *jus civile* положеніе контролирующее и „почти законодательное“. „Aus processleitenden Beamten sind die Prätores, говоритъ по этому поводу *Bekker*, im Laufe der Zeit wenn nicht geradezu Schöpfer und Gesetzgeber, doch Former und Bildner des Rechts geworden“. Ихъ положеніе, продолжаетъ онъ, прежде занимали цари и консулы; для преторовъ при ихъ учрежденіи не были созданы какія либо новыя права и обязанности; но та власть, которую они получили отъ своихъ предшественниковъ, быстро возрасла въ ихъ рукахъ. Съ одной стороны то обстоятельство, что преторы имѣли больше возможности обращать вниманіе на отправление суда, чѣмъ ихъ предшественники, которые часто отвлекались отъ него и

военными походами и своими другими дѣлами, съ другой стороны развитіе оборота—все это способствовало расширенію упомянутой власти. Во времена Плавта преторъ является уже магистратомъ часто упоминаемымъ—но всегда лишь какъ магистратъ судебный; Цицеронъ же говорить о немъ уже, какъ о виднѣйшемъ фактѣ праворазвитія. „*Aus dem Einfluss auf das Verfahren ist der Einfluss auf das Recht hervorgewachsen*“²⁾.

2) Такой колоссальный результатъ для исторіи римскаго права получился не вслѣдствіе того, что претору было предоставлено право контролировать и исправлять *jus civile*, а лишь вслѣдствіе того, что преторъ имѣлъ *фактическую* возможность къ этому, оказывая такое или иное вліяніе на постановку процесса. Въ принципѣ преторъ и послѣ *lex Aebutia* не имѣлъ законодательной власти: онъ „*jus facere non potest*“; онъ, какъ и прежде, по отношенію къ *lex* и *jus* является органомъ подчиненнымъ. И если онъ тѣмъ не менѣе не только примѣняетъ законъ и восполняетъ его пробѣлы, но даже исправляетъ его,—то это лишь потому, что того требуетъ жизнь и преторъ имѣетъ фактическую возможность сдѣлать цивильную норму безвильной, отказавъ основанной на ней претензіи въ искѣ. Говоря короче, преторъ *воздѣйствуетъ на jus civile* не потому, что онъ имѣетъ на это право, а лишь потому, что онъ имѣетъ на это возможность.

Эта послѣдняя мысль, однако, тотчасъ же вызываетъ естественное недоумѣніе. Съ нашей точки зрѣнія судебный магистратъ, судя, идущій въ своихъ рѣшеніяхъ наперекоръ существующему закону, нарушаетъ свои обязанности и присваиваетъ себѣ власть, ему не принадлежащую. Если и римскій преторъ стоялъ дѣйствительно ниже закона, какъ то учить господствующая теорія, то, повидимому, и ему долженъ быть поставленъ тотъ же упрекъ: упрекъ въ нарушеніи основнаго принципа государственнаго права, въ нарушеніи римской государственной конституціи.

И дѣйствительно въ XVIII столѣтіи такой упрекъ претору неоднократно дѣлался³⁾. Но ученые XIX ст. съ насмѣшкой отбросили

²⁾ Bekker. Aktionen. Bd. II. Стр. 2—3.

³⁾ Ср напр. *Heineccius*. Historia juris civilis romani ac germanici. Ed. Ritteri (1751). Bd. I. § 63: „Ipsum equidem jus scriptum directe mutare edictis suis non poterant Praetores, idque non modo ipsi prae se ferunt. quoties in edictis suis leges, seta, edicta decretaque principum diserte excipiunt., sed et jurisconsulti passim profitentur.. Enimvero ut mali magistratus potestate, etiam legitima, facile abutuntur:

это обвиненіе. Если бы преторы дѣйствительно обманывали народъ, отмѣняя мало по малу старое право подъ видомъ его примѣненія, то пеужели этотъ народъ, вообще столь чуткій къ своимъ правамъ и къ своему достоинству, сталъ бы терпѣть подобный обманъ и подобную дерзость ⁴⁾?... Упрекъ этотъ вытекаетъ изъ непониманія общаго характера римскаго государственнаго устройства. Основнымъ принципомъ этого послѣдняго является, — „dauernde Herrschaft des Gesetzes und die vorübergehende Herrschaft des Magistrats“ ⁵⁾. Теоретически магистратъ, конечно, не имѣетъ власти надъ закономъ, практически же это подчиненіе магистрата закону могло быть приведено въ исполненіе лишь путемъ протеста со стороны другаго магистрата равной или высшей власти. Коллизіи и столкновенія т. обр. были не исключены; но въ томъ-то и сказывается по преимуществу политическое величіе римскаго народа, что оба указаннѣе факторы—идеальное господство закона и реальная сила магистрата—не тратились въ бесплодныхъ конфликтахъ между собой, а дружно, рука объ руку работали въ теченіе цѣлыхъ столѣтій. Пока законы XII таблицъ съ ихъ т. н. *interpretatio* и понтификальными *legis actiones* соотвѣтствовали дѣйствительнымъ условіямъ жизни, преторы или вовсе не вмѣшивались въ область права или же вмѣшивались очень рѣдко—въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ дѣйствующій законъ обнаруживалъ пробѣлы. Когда же развивалась жизнь и усилившейся гражданскій оборотъ перестали укладываться въ рамки стараго права, подвижная преторская юрисдикція нашла пути и средства для удовлетворенія новыхъ запросовъ. Гдѣ оказывалось противорѣчіе между старымъ правомъ и новыми требованіями времени, преторы не побоялись отдать предпочтеніе послѣднимъ и отказать старымъ нормамъ въ процессуальномъ осуществленіи. Они могли рѣшиться на это потому, что они имѣли за собой

ita et de praetoribus idem observat Dio Cassius“.—§ 69. „Quod ergo directe non poterant Praetores, id indirecte, adhibitisque quibusdam artibus, eos praestitisse, dudum ostendimus. Nam et novis excogitatis vocabulis leges eludebant, et actiones civiles datis exceptionibus, restitutionibus evertabant, et fictionibus suis efficiebant, ut aliam raene faciem induerant jura civilia“.—Подобныя упрёки преторамъ высказывались въ то время очень нерѣдко, хотя съ другой стороны находились и авторы, бравшіе на себя защиту ихъ. Полемикъ съ однимъ изъ такихъ защитниковъ посвящено горячее примѣчаніе Heineccius'a къ § 70 той же *Historia*.

⁴⁾ Ср. напр. *Puchta*. *Institutionen*. Bd. I (7-te Aufl.). S. 302—303. — *Wlassak*. *Römische Prozessgesetze*. Bd. I. S. 1.

⁵⁾ *Jörs*. *Römische Rechtswissenschaft*. S. 158—159.

общественное правосознание; это последнее являлось всегда конечным двигателем преторского права, и лишь благодаря этому правосознанию преторское право стало темъ, чѣмъ оно оставалось въ теченіе столѣтій—живымъ голосомъ римскаго гражданскаго права ⁶⁾).

Все это, конечно, справедливо, и упрекъ въ томъ, что преторы обманывали народъ, конечно, неоснователенъ. Но это объявленіе все-таки не устраняетъ вопроса о томъ, *было-ли подобное поведеніе преторовъ по отношенію къ закону (jus civile) правомѣрнымъ или же неправомѣрнымъ, а только терпимымъ?* Если оно было правомѣрнымъ, тогда придется бросить мысль о томъ, что преторъ стоитъ ниже закона, какъ нѣчто ему подчиненное, придется признать за нимъ силу законодателя. Если же, напротивъ, считать выраженіе „praetor jus facere non potest“ за одинъ изъ основныхъ принциповъ римскаго республиканскаго устройства—тогда, повидимому, неизбежно признать, что измѣненіе закона преторскими эдиктами есть нѣчто неправомѣрное, оставшееся безнаказаннымъ только потому, что подобное правонарушеніе соответствовало новымъ потребностямъ жизни и оборота.

Какъ мы видѣли, господствующее ученіе на этотъ вопросъ прямо не отвѣчаетъ, хотя безъ сомнѣнія склоняется въ пользу втораго рѣшенія альтернативы. Оно говоритъ лишь объ открывшейся со времени lex Aebutia широкой возможности для преторовъ вліять на судъ и право съ одной стороны, и о несомнѣнной поддержкѣ общественнаго мнѣнія—съ другой.

Но если такъ, тогда неизбеженъ слѣдующій дальнѣйшій выводъ: все преторское право, особенно тамъ, гдѣ оно было наиболѣе плодотворно для развитія римскаго права, т. е. гдѣ оно дѣйствовало *juris civilis corrigendi gratia* (exceptiones, restitutiones и т. д.),—выросло изъ злоупотребленія властью, выросло вопреки самому основному принципу не только римскаго, но и всякаго государственнаго устройства—принципу главенства и верховенства закона.

Этотъ послѣдній выводъ, конечно, не принадлежитъ къ числу тѣхъ, на которые легко рѣшиться и на которыхъ можно успокоиться, не испробовавъ всѣхъ средствъ, чтобы избѣжать его. Не удивительно поэтому, если среди современныхъ писателей нашли и такіе, которые предлагаютъ иное рѣшеніе поставленнаго здѣсь вопроса.

⁶⁾ Jörs. *ibid.*

Уже *Huschke* ⁷⁾ остановился передъ указаннымъ выше выводомъ и усумнившись въ правильности господствующаго ученія, высказалъ предположеніе, что *lex Aebutia* была не простымъ процессуальнымъ закономъ, а напротивъ закономъ, глубоко затрагивавшимъ все римское государственное устройство: этотъ законъ, говоритъ *Huschke*, далъ претору не только возможность, но и право создавать новыя гражданскія нормы; въ этомъ законѣ мы должны искать ту юридическую почву, на которой выросло все преторское творчество въ области права.

Послѣ этого вопросъ о такомъ государственно-правовомъ значеніи *lex Aebutia* подымался не разъ.

Оригинальную теорію римскаго праворазвитія даетъ прежде всего *Puntschart* ⁸⁾. Изслѣдовавъ юридическую природу римскаго государственнаго устройства въ періодъ царей, *Puntschart* приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ. При изданіи принципиальныхъ законовъ („*principieller Justizgesetze*“) царь былъ связанъ согласіемъ народнаго собранія; исполненіе же этихъ принципиальныхъ законовъ („*die Ausführungsgesetzgebung dieser principieller Gesetze*“) принадлежало исключительно ему. Это исполненіе царь осуществлялъ въ формѣ *легальной интерпретаціи*; онъ имѣлъ т. обр. *potestas legum interpretandarum*, и былъ въ этомъ смыслѣ *custos juris civilis* и *viva vox juris civilis* (стр. 25). По уничтоженіи царской власти эта широкая *potestas legum interpretandarum* перешла не къ консуламъ, а къ понтификамъ, т. е. собственно къ *pontifex maximus* (стр. 36, 37); консулы же, являясь преемниками свѣтской власти царей, получили лишь ихъ *imperium* (стр. 39). Т. обр. въ лицѣ понтификовъ гражданская юрисдикція получила новый постоянный органъ и новое государственно-правовое основаніе: избираемый для этой цѣли коллегіей *pontifex* являлся отноду не простымъ подающимъ лишь свое мнѣніе совѣтникомъ какого-нибудь судебного магистрата: онъ былъ, напротивъ, самъ судебнымъ магистратомъ, председателемъ гражданскихъ судовъ („*der Vorstand der Civilgerichte*“), аутентичнымъ интерпретаторомъ гражданского права, говорящимъ закономъ; голосу котораго въ силу самой конституціи магистратъ долженъ былъ повиноваться („*das re-*

⁷⁾ *Incerti auctoris etc. expos.* p. 60—65.

⁸⁾ *Puntschart. Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer.* (1872).

dende Gesetz, dessen Stimme zu beachten dem Magistrat die Verfassung gebot“ — стр. 42).

Когда скоро послѣ установленія республики понадобилось пересмотрѣть *jus civile*, то децемвиры, избранные съ этой цѣлью, для того, чтобы имѣть на пересмотрѣ надлежащее право, получили опять таки именно эту *potestas legum interpretandarum* въ ея полномъ объемѣ (стр. 51). Но когда затѣмъ все снова воротилось къ обычному порядку, то коллегія понтификовъ опять заняла свое прежнее государственно-правовое положеніе—положеніе органа, которому, какъ нѣкогда царю, было поручено все развитіе законнаго цивильнаго права (стр. 62).

Этому положенію понтификовъ однако пришелъ конецъ. Та власть, которая имъ такъ долго принадлежала, *potestas legum interpretandarum*, была перенесена на преторовъ, и это было сдѣлано *закономъ Эбуція*. Это былъ законъ не только процессуальный, а законъ глубокаго государственнаго значенія (стр. 126), законъ, имѣвшій въ виду создать за-ново полный правовой организмъ римскаго государства (стр. 134). Этотъ законъ далъ претору государственно-правовое основаніе для воздѣйствія на всю область гражданскаго права. *Lex Aebutia*, говоритъ Putschart, вручилъ всякому будущему *praetor urbanus* („*praetor, qui posthac erit, qui inter cives jus dicet*“) власть (*potestas*) по своему усмотрѣнію (*quando ei videbitur*) въ интересахъ (*ex usu*) гражданской юрисдикціи интерпретировать *jus civile* и въ формѣ эдиктовъ (*edicendo*) его исправлять (*corrigerere*) и восполнить (*supplere*) (стр. 131). Т. обр. этимъ закономъ была дана преторамъ широкая власть надъ всей областью гражданскаго права, и въ этомъ отношеніи они стоятъ даже выше консуловъ.

Не смотря на такую широкую власть претора, онъ не могъ однако измѣнять „*den gesetzlichen Bestand einer grundgesetzlichen Bestimmung*“, влѣдствіе чего всѣ его реформы въ области права могли быть лишь фактически дѣйствительными („*thatsächlich wirksam*“). Реформированное преторомъ гражданское право являлось т. обр. правомъ измѣнчивымъ, провизорнымъ, начальственнымъ („*ein veränderliches, provisorisches und obrigkeitliches Recht*“), могущимъ лишь отнять у основнаго цивильнаго права его фактическую силу, но не могущимъ уничтожить самаго его существа. Законъ Эбуція создалъ этимъ нѣкоторую особую форму народнаго законодательства—законодательство посредственное („*eine mittelbare Volkslegislation*“), кото-

рое отличалось отъ непосредственнаго (т. е. законодательства въ формѣ постановленій народнаго собранія) тѣмъ, что эдикты судебныхъ магистратовъ не были законами, предназначенными служить долгое время, а лишь законодательными распоряженіями, дѣйствительными только до тѣхъ поръ, пока ихъ авторъ былъ у власти („dass die Edicte der richterlichen Magistrate keine dauernde Gesetze, sondern gesetzgeberische Verordnungen waren, also nur so lange galten, als ihre Urheber im Amte waren“). По своему юридическому характеру эдикты преторовъ составляли нѣчто среднее между закономъ въ собственномъ смыслѣ и обыкновеннымъ правительственнымъ распоряженіемъ; они были подобны тѣмъ распоряженіямъ, которыя могутъ издавать нынѣшніи конституціонныи правительства на случай крайности въ тотъ періодъ времени, когда парламентъ не заседаетъ. Разница заключается только въ томъ, что эти послѣдніи распоряженія могутъ имѣть своимъ содержаніемъ лишь провизорныя дополненія, а отнюдь не исправленія или реформы дѣйствующаго права (стр. 135—136).

Такова въ общихъ чертахъ теорія Putschart'a. Теорія эта однако не встрѣтила себѣ сочувственнаго отклика въ позднѣйшей литературѣ. И дѣйствительно, вся эта широкая концепція римскихъ историческихъ явленій покоится сплошь на насильственномъ толкованіи немногихъ скудныхъ данныхъ источниковъ⁹⁾ и во многихъ существенныхъ пунктахъ противорѣчитъ неподлежащимъ сомнѣнію фактамъ.

Какъ бы ни было велико значеніе понтификовъ для древнѣйшаго римскаго права, но сказать, что понтифиии вплоть до *lex Aebutia* являлись настоящими судебными магистратами, такими же, какими были впоследствии преторы, едва-ли возможно. Утверждать, далѣе, что понтифики отстраняли въ этой функціи даже консуловъ (до учрежденія претурь), также будетъ совершенно ошибочно уже въ виду того, что даже впоследствии консуламъ принадлежала т. н. *jurisdictio voluntaria*, которая съ точки зрѣнія Putschart'a въ ихъ рукахъ была бы совершенно необъяснима. Затѣмъ, приписывать закону Эбуція начало преторскаго права также невозможно, ибо несомнѣнно, что до этого закона, еще въ эпоху *legis actiones* возникли нѣкоторые виды преторскаго воздѣйствія—напр. интердикты. Наконецъ, и самая *potestas legum interpretandarum*, которую какъ-то особенно хочетъ

⁹⁾ Ср. *Wlassak. Röm. Processgesetze. Bd. I. S. 25—26.*

конструировать Punschart, представляется въ высшей степени неясной. Что собственно должно означать излюбленное авторомъ выраженіе: царь, преторъ не можетъ измѣнить „den gesetzlichen Bestand einer grundgesetzlichen Bestimmung“? Также совершенно туманна характеристика преторскаго эдикта, какъ чего-то средняго „zwischen der gewöhnlichen Verordnung und dem Volksgesetz“. Правда, въ видѣ поясненія Punschart указываетъ на тѣ распоряженія, которыя допускаются въ настоящее время въ конституціонныхъ государствахъ въ періодъ между сессіями палатъ; но самъ же онъ затѣмъ прибавляетъ, что между этими провизорными распоряженіями и эдиктами римскихъ преторовъ есть громадная разница: распоряженія эти не могутъ идти вопреки закону, не могутъ его исправлять и реформировать, между тѣмъ какъ преторскій эдиктъ дѣлалъ и то и другое, сплошь и рядомъ измѣняя именно „den gesetzlichen Bestand einer grundgesetzlichen Bestimmung“. А вѣдь именно эта роль преторскихъ эдиктовъ и нуждалась въ объясненіи, и едва-ли ее какимъ бы то ни было образомъ можно вывести изъ potestas legum interpretandarum.

Желаніе найти какое нибудь государственно-правовое основаніе для широкой и реформаторской дѣятельности претора въ области гражданскаго права вызвало еще одну попытку освѣтить ходъ римскаго праворазвитія иначе, чѣмъ то дѣлаетъ господствующее ученіе—попытку Schultze въ его извѣстномъ сочиненіи „Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung“ (1883). Намъ придется во многихъ мѣстахъ нашего труда касаться этого интереснаго сочиненія; въ виду этого мы ограничимся здѣсь лишь самымъ общимъ изложеніемъ его возрѣвнѣй на нашъ ближайшій, здѣсь обозначенный вопросъ.

Согласно господствующему ученію, говоритъ Schultze (стр. 375), въ эпоху формулярнаго процесса старое jus civile продолжало сохранять свое значеніе положительнаго, формально-дѣйствующаго права: оно по прежнему имѣло силу надъ сторонами, судьей и преторомъ. И только рядомъ съ этимъ jus civile существуетъ право претора—при *примѣненіи* этого jus—предпринимать тѣ или другія модификаціи его. Для позднѣйшаго времени, когда уже накопилось извѣстное количество этихъ модификацій, говорятъ о т. н. двойственности права („Duplicität des Rechts“), причемъ понимаютъ подъ этимъ терминемъ параллельное существованіе двухъ формально-дѣйствительныхъ правовыхъ системъ. Jus civile считается при этомъ правомъ въ собственномъ смыслѣ, правомъ т. е. полносильнымъ („vollkräftiges Recht“),

правомъ „*an sich*“; право же преторское представляется правомъ чрезвычайнымъ, неполнозначнымъ, т. е. правомъ второго ранга и низшаго сорта (стр. 376).

Такое господствующее представлѣніе; но, говоритъ Schultze (стр. 381), оно уже логически несостоятельно. Оно допускаетъ существованіе рядомъ двухъ матеріально противорѣчащихъ другъ другу, но формально одинаково дѣйствительныхъ правовыхъ системъ. Такое сосуществованіе однако такъ же немислимо, какъ немислимо одновременное дѣйствіе двухъ другъ другу противорѣчащихъ нормъ. „*Es ist durchaus unmöglich, dass zwei sich direkt widerstreitende Sätze gleichzeitig und in demselben Gebiet geltendes Recht sind*“.

Въ дѣйствительности же, по мнѣнію Schultze, дѣло обстояло совершенно иначе. Когда закономъ Эбуція былъ введенъ формулярный процессъ, то, конечно, собственно имѣлось въ виду предоставить преторамъ только толкованіе, *interpretatio* дѣйствующаго гражданского права съ тѣмъ, чтобы они могли въ своемъ гипотетическомъ приговорѣ (а таковымъ, по мнѣнію Schultze, является *formula*) лучше и легче сообразоваться съ условіями конкретнаго случая. Однако это право на *interpretatio* заключало въ себя уже зародыши права на модификацію, и вмѣстѣ съ тѣмъ и на несоблюденіе *leges*. Права измѣнять законы, т. е. замѣнять ихъ новыми преторъ никогда не имѣлъ, но онъ имѣлъ право не соблюдать ихъ, т. е. могъ путемъ своихъ конкретныхъ приказаній для каждаго индивидуальнаго случая установить иное право, чѣмъ то, которое устанавливали *leges*. Съ появленіемъ такого полномочія въ рукахъ претора, само собою разумѣется, формальная, юридическая обязательность старыхъ *leges*, какъ таковыхъ, была отмѣнена. Предоставленіе претору подобной правопроизводящей власти само собою обозначаетъ принципиальную отмѣну стараго *jus civile*, какъ формально обязательнаго права, и принципиальную замѣну его конкретными, для каждаго отдѣльнаго случая издаваемыми приказаніями и рѣшеніями магистрата. *Jus civile*, т. е. обр., не было отмѣнено путемъ замѣны его какими либо новыми общими нормами: оно было лишено силы тѣмъ новымъ государственно-правовымъ принципомъ, въ силу котораго претору предоставлялось рѣшать каждый разъ дѣло такъ, какъ ему покажется наиболѣе цѣлесообразнымъ по условіямъ конкретныхъ отношеній (стр. 383).

Велѣдствіе этого послѣ закона Эбуція, въ эпоху формулярнаго процесса мы имѣемъ не двѣ, а только одну формально дѣйствующую

правовую систему—именно систему конкретных, указанных для каждого случая — путем декрета или путем формулы — нормъ (стр. 384).

Старое *jus civile*, потерявъ свое значеніе формально дѣйствительнаго права, превратилось теперь въ простое *юридическое содержаніе* („*Rechtsinhalt*“); оно не имѣетъ теперь никакой власти надъ преторомъ; напротивъ, преторъ имѣетъ полную власть надъ нимъ. Преторъ можетъ для того или другаго частнаго случая установить норму, соответствующую старому цивильному праву („*den Inhalt des jus civile als Recht gebieten*“), но онъ можетъ рѣшить дѣло и совершенно по-своему. Въ первомъ случаѣ онъ просто воспользуется формулой *in jus civile concepta*. Чистая *formula in jus civile concepta* есть не что иное, какъ преторскій приказъ („*Rechtsgebot*“), которымъ преторъ для даннаго конкретнаго случая признаетъ и санкціонируетъ, какъ частную норму, *содержаніе* стараго *jus civile* (стр. 385). Въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ такимъ путемъ содержаніе цивильнаго права получаетъ силу и примѣненіе, оно примѣняется не потому, что оно—*jus civile*, а потому, что преторъ усвоилъ его себѣ; не потому, что оно само по себѣ обязательно для претора или для судьи, а потому, что преторъ установилъ его для даннаго конкретнаго случая (стр. 387). *Jus civile* или *ipsum jus* является, поэтому, только *логической*, или, лучше сказать, *исторической категоріей*, употребляемой лишь съ той цѣлью, чтобы опредѣлить содержаніе того, что когда-то было правомъ, но теперь уже не есть право. Пресловутая „двойственность права“ даже въ самую цвѣтущую эпоху формулярнаго процесса на самомъ дѣлѣ представляетъ не двойственность *права*, а лишь возможное логическое и историческое различіе въ *содержаніи* права (стр. 388).

Lex Aebutia заключаетъ въ себѣ, такимъ образомъ, не только реформу внѣшняго, процессуальнаго характера. Этотъ законъ знаменуетъ собою глубокий поворотный пунктъ въ состояніи самаго римскаго гражданскаго права. Формулярный процессъ, говорятъ *Schultze* (стр. 410—411), въ своей основной формѣ обусловленъ тѣмъ, что въ его эпоху не существуетъ никакихъ общихъ граждански-правовыхъ нормъ. Ни содержаніе эдикта, ни содержаніе стараго *jus civile* не связываютъ претора въ его юрисдикціи. Преторъ черпаетъ право для каждого конкретнаго случая прежде всего изъ своего собственнаго правосознанія... Формулярный процессъ является, поэтому, не процес-

сомъ *применія* права, а процессомъ *созданія* права— „ist ein Verfahren nicht sowohl lediglich der *Rechtsanwendung*, als vielmehr ein Verfahren der *Rechtsschöpfung*, der *Rechtsproduction*“.

Съ теченіемъ времени, однако, этотъ порядокъ оказывается несоотвѣтствующимъ измѣнившимся условіемъ государственной жизни Рима, и окрѣпнувшая императорская власть водворяетъ въ Римѣ снова господство закона, господство общихъ, абстрактныхъ нормъ (стр. 373). Это было сдѣлано именно Адрианомъ въ его т. и. *edictum perpetuum*. Адриановская редакція эдикта представляетъ въ этомъ отношеніи актъ громаднаго государственнаго значенія,—значенія, котораго совершенно не подмѣтила господствующая теорія.

Какъ видно изъ изложеннаго, теорія Schultze имѣетъ нѣкоторыя точки соприкосновенія съ теоріей Putschart'a. Какъ и этотъ послѣдній, Schultze связываетъ возникновеніе преторскаго права съ толкованіемъ и примѣненіемъ *jus civile*, съ его *interpretatio* (ср. цитату стр. 383); разница между ними только та, что, по мнѣнію Putschart'a, подобная широкая *interpretatio* являлась исконнымъ государственно-правовымъ учрежденіемъ Рима, межъ тѣмъ какъ по мнѣнію Schultze, она являлась въ рукахъ преторовъ чѣмъ то новымъ, нѣкоторымъ самостоятельнымъ созданіемъ *lex Aebutia*. Но, какъ и у Putschart'a, связь *реформирующую* преторскаго права съ *interpretatio* у Schultze плохо обоснована и объяснена. „Diese Befugniss der *interpretatio*, говоритъ только Schultze, trug den Keim in sich zur Befugniss der *Modification* und damit der *Nichtbeobachtung* der *leges*“. Какимъ образомъ *interpretatio* закона можетъ дать легальное основаніе для его *ex-interpretatio*, для его непримѣненія, для рѣшенія прямо противоположнаго,—это, конечно, совершенно непонятно.

Точно также, далѣе, и противъ Schultze можно возразить то же, что мы сказали ранѣе противъ Putschart'a: приписывать начало преторскаго права въ какомъ бы то ни было смыслѣ закону Эбуція невозможно, ибо вліяніе преторовъ въ области гражданскаго права гораздо старѣе этого закона и формулярнаго процесса.

Наконецъ, совершенно невозможно согласиться съ Schultze въ томъ, что въ эпоху формулярнаго процесса старое *jus civile* перестало быть положительнымъ, формально дѣйствующимъ правомъ, что оно превратилось въ простое историческое воспоминаніе, въ простую логическую категорію. То толкованіе, которое даетъ Schultze гражданскимъ нормамъ и гражданскимъ институтамъ въ эту эпоху, едва ли мо-

жеть быть признано соответствующимъ ихъ дѣйствительному значенію. Если бы идея Schultze была вѣрна, то мы не имѣли бы въ эпоху формулярнаго процесса примѣровъ возникновенія новыхъ гражданскихъ исковъ. А мы имѣемъ такихъ примѣровъ множество: таковы всѣ *actiones civiles bonae fidei*, являющіяся, какъ извѣстно, непосредственнымъ продуктомъ развивающагося безъ формальнаго участія претора обычнаго права. Сказать, что и здѣсь „*ipso jure*“ значить лишь „nach den Grundsätzen des früheren, jetzt nicht mehr verbindlichen jus civile“ dari oportet, будетъ, конечно, совершенно невѣрно по той простой причинѣ, что старому *jus civile* всѣ эти иски (*actiones empti-venditi, commodati etc.*) были вовсе неизвѣстны.

Мы останавливаемся только на этихъ крупнѣйшихъ возраженіяхъ, которыя можно сдѣлать теоріи Schultze; уже ихъ достаточно, чтобы признать и эту теорію несостоятельной. И дѣйствительно, и она не нашла себѣ поддержки въ литературѣ, хотя среди массы невѣрныхъ и произвольныхъ выводовъ у Schultze встрѣчается не мало очень тонкихъ и дѣльных замѣчаній, въ справедливости которыхъ мы убѣдимся ниже.

Какъ мы указали выше, всѣ изложенныя попытки вытекали изъ чувства недостаточности господствующаго ученія по вопросу о томъ, вліялъ-ли преторъ на *jus civile* потому, что онъ имѣлъ на это фактическую возможность, или же потому, что онъ имѣлъ на это право. Всѣ эти теоріи въ противоположность господствующему ученію старались найти для широкаго вліянія преторовъ какое-нибудь государственно-правовое основаніе, представить преторскія модификаціи и реформы въ области гражданскаго права не какъ хронически терпимое правонарушеніе, а какъ нѣчто конститүціонно-правомѣрное. Всѣ эти попытки оказались несостоятельными, но самое чувство, вызвавшее ихъ—чувство неудовлетворенности общепринятыми ученіями на этотъ счетъ—слѣдуетъ признать вполне законнымъ.

Какъ это ни странно, тѣмъ не менѣе такой важный для всей исторіи римскаго права вопросъ—вопросъ объ отношеніи магистрата къ закону, о возникновеніи преторскаго права,—если не считать указанныхъ попытокъ Puntschart'a и Schultze, никогда не былъ предметомъ самостоятельнаго изслѣдованія¹⁰⁾. Вслѣдствіе этого вообще мно-

¹⁰⁾ Ср. *Wlassak*. Röm. Proceßgesetze. Bd. I. Стр. 1: „In der neueren Literatur ist die aufgeworfene Frage (das Verhältniss der römischen Gerichtsobrigkeit zur

гие вопросы, напр. вопросъ объ отношеніи между *jus civile* и *jus honorarium*, о юридической природѣ преторскаго эдикта и т. др., лишены надлежащей юридически-научной ясности. Въ общихъ курсахъ по поводу этихъ вопросовъ ограничиваются обыкновенно общими стереотипными фразами, далекими отъ того, чтобы дать чувство научной удовлетворенности. И я думаю, что каждый, кто нѣсколько внимательно вдумается въ общепринятія теории по этому предмету, съ полнымъ чувствомъ поднимется подъ слѣдующимъ вышлѣмъ върнымъ замѣчаніемъ Schultze: „Die Rechtswissenschaft kann sich mit einem solchen „gewissermassen“ und „beinahe“, mit einer „Quasilegislation“ (des Prätor) u. s. w. nicht zufrieden geben; vielmehr hat dieselbe auch hier ihr Bestreben auf durchaus scharfe Begriffe zu richten“ (I. cit. стр. 362—363).

Желаніе избавиться отъ всѣхъ этихъ „приблизительно“, „почти“ и „quasi“, которыми дѣйствительно изобилуетъ господствующее ученіе, желаніе поставить вопросъ на точную научно-юридическую почву, побуждаетъ и насъ взяться за посылный пересмотръ всѣхъ соприкасающихся съ этимъ вопросомъ явленій. Но естественная связь этихъ явленій другъ съ другомъ заставляетъ насъ начать свою работу со времени очень далекихъ и потому очень темныхъ. Желая найти государственное-правовое основаніе для дѣятельности преторовъ въ области права, Huschke, Puntchart и Schultze обращали свое вниманіе на законъ Эбуція, о которомъ мы имѣемъ очень скудныя свѣдѣнія и который допускаетъ, поэтому, относительно себя всевозможныя гаданія. Но вліяніе преторовъ, безъ сомнѣнія, старѣе этого закона; первыя реформы преторовъ (а, можетъ быть, еще ихъ предшественниковъ—консуловъ), проведенныя въ формѣ интердиктовъ и нѣкоторыхъ другихъ средствъ, восходятъ еще къ эпохѣ полнаго господства процесса *per legis actiones*. Если предположить, что преторы для своихъ воздѣйствій въ области граждански-правовыхъ отношеній имѣли какое-нибудь государственное-правовое основаніе, то очевидно, что это основаніе надо искать за закономъ Эбуція. Необходимо, слѣдовательно, взять эту болѣе раннюю эпоху и попытаться опредѣлить участіе претора въ процессѣ *per legis actiones*, т. е. выяснить, въ чемъ состояло это участіе и какими причинами оно вызывалось.

Глава I.

Роль магистрата въ древне-римскомъ гражданскомъ процессѣ.

§ 1.

Характерныя особенности древне-римскаго процесса и попытки ихъ объясненія.

Дѣленіе римскаго процесса на двѣ стадіи—*jus* и *judicium*—центральный пунктъ всѣхъ характерныхъ особенностей этого процесса. Вопросъ объ этомъ дѣленіи въ литературѣ. Теорія догматическія. Теорія конституціонная. Общія ученія о *legis actiones* Терпига, Бернгейфта, Шульде и Г. Крюгера.

Исторія римскаго процесса позже другихъ областей римскаго права сдѣлалась предметомъ научнаго изслѣдованія. Такое научное изслѣдованіе стало возможнымъ только съ открытіемъ Институцій Гая; только съ этого момента во многихъ отношеніяхъ сдѣлались понятными различныя намеки и въ другихъ источникахъ. Прошло уже около столѣтій съ этого времени, а научное изслѣдованіе въ этой области далеко не дало еще тѣхъ результатовъ, какихъ можно было желать и ожидать. Кажется, что изъ всѣхъ скудныхъ данныхъ источниковъ выжато уже все, что только они могли дать. Всѣ сколько нибудь существенныя и характерныя черты древне-римскаго процесса отмѣчены и всѣ онѣ были подвергнуты болѣе или менѣе тщательному изученію; научная атака, такъ сказать, была уже направлена противъ всѣхъ отдѣльныхъ пунктовъ. Много, конечно, позицій заняла наука въ этой борьбѣ, много безспорныхъ пріобрѣтеній сдѣлала она,— но многое остается еще нерѣшеннымъ. Съ особеннымъ трудолюбіемъ

разрабатывались различныя *детали* этого древняго процесса. Выводы, сдѣланные каждымъ изслѣдователемъ въ своихъ ограниченныхъ предѣлахъ, казались сами по себѣ очень вѣскими и вѣроятными, но какъ только возникала мысль о согласованіи всѣхъ подобныхъ выводовъ между собой, о взаимномъ реально-историческомъ соотношеніи этихъ деталей,—то тотчасъ же обнаруживались трудно устранимыя противорѣчія, и все снова оказывалось сомнительнымъ. Съ теченіемъ времени дѣлалось все болѣе и болѣе очевиднымъ, что всѣ эти детали могутъ быть объяснены только всѣ вмѣстѣ, только тогда, когда мы установимъ ихъ общую гармоническую связь между собой, когда мы поймемъ общій характеръ и общій духъ древняго процесса. Другими словами, послѣ изслѣдованія, по преимуществу аналитическаго, пришло время для изслѣдованія по преимуществу синтетическаго, для общаго пересмотра всего добытаго до сихъ поръ. Потребность въ подобной общей „ревізій“ высказывается въ настоящее время все чаще и чаще ¹⁾).

Цѣлый рядъ специфическихъ особенностей характеризуетъ древне-римскій процессъ, особенностей, которыя, съ точки зрѣнія нашихъ понятій о судѣ и процессѣ, представляются совершенно необъяснимыми. Принципіальная невозможность нормальнаго процесса безъ личнаго и активнаго участія *обѣихъ* сторонъ, загадочная природа *litis-contestatio*, полная обособленность исполненія приговоровъ (*sententia*) отъ предшествовавшаго имъ производства и т. д. и т. д.,—все это черты, которыя придаютъ древне-римскому процессу какой-то совершенно странный характеръ и которыя нуждаются въ такомъ или иномъ объясненіи.

Первымъ узломъ и центральнымъ пунктомъ всѣхъ этихъ особенностей является, однако, *дѣленіе римскаго ординарнаго процесса на двѣ стадіи—jus и iudicium*. Невольно чувствуется, что именно здѣсь заключена разгадка всей сущности этого процесса, ключъ, безъ котораго мы не будемъ въ состояніи разобраться въ цѣлой сѣти другихъ указанныхъ выше загадокъ ²⁾).

¹⁾ Ср. напр. *Girard*. Manuel élémentaire de droit romain (2-me éd. 1898) p. 943 note: „La matière est une de celles, qui demanderaient le plus une revision d'ensemble“. — *H. Krüger*. Geschichte der Capitis deminutio (1897); первый томъ имѣеть подзаглавіе: „Zugleich eine Neubearbeitung des Legisactionenrechts“.

²⁾ Ср. напр. *Bilow*. Die Lehre von den Prozesseinreden (1868). S. 285: „Für das Verständniss des römischen Processsystems ist keine Frage von gleicher Wich-

Не удивительно поэтому, что изъ всёхъ особенностей древне-римскаго процесса эта послѣдняя особенность—т. е. его раздвоеніе—возбуждала въ литературѣ наибольшее къ себѣ вниманіе. И несмотря на это, она до сихъ поръ не нашла себѣ полнаго и удовлетворительнаго объясненія.

Дѣленіе римскаго процесса на двѣ стадіи—*jus* и *judicium*—является вопросомъ въ двоякомъ отношеніи. Во-первыхъ: есть ли это дѣленіе неконное явленіе римскаго процесса, явленіе, возникновеніе котораго теряется въ глубинѣ доисторическаго періода, или же, напротивъ, это есть позднѣйшее установленіе Рима, начало котораго мы можемъ указать, хотя бы и безъ особенной хронологической точности? Во-вторыхъ: въ чемъ заключается смыслъ этого дѣленія, какое оно имѣетъ значеніе матеріальное и процессуальное? Попытно, что оба эти вопроса тѣсно связаны между собой: такое или иное рѣшеніе одного изъ нихъ не можетъ оставаться безъ вліянія и на другой.

Что касается перваго вопроса, т. е. времени возникновенія этого дѣленія, то, ввиду скудости и сомнительности источниковъ на этотъ счетъ³⁾, мнѣнія ученыхъ расходятся: одни⁴⁾ склонны считать его

keft, wie die, welchen Grund und welche Bedeutung die Gliederung des Verfahrens in die beiden Stadien in *jure* und in *judicio* hatte".—Также *Schultze*. *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung* (1833). S. 229: „Dass in einer richtigen Auffassung des Verhältnisses dieser beiden Processabschnitte zu einander die Vorbedingung eines Verständnisses des römischen Processes überhaupt liegt, ist stets anerkannt, und daher gerade über diesen Punkt eine unermessliche Literatur vorhanden. Da jede einzelne Specialfrage aus dem römischen Processrecht muss mit Nothwendigkeit in diesem Verhältniss von *jus* und *judicium* gipfeln und kann nur darin ihre Lösung finden“.

³⁾ Наибольшую роль среди нихъ играютъ: *Cicero de republ.* V. 2: „*nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebatur judiciiis regiiis*“.—*Dionys.* IV. 25: „... Τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ (Serv. Tull.) βασιλέων ἀπάσας ἀξιούντων ἐφ’ ἑκαστοῦς ἄγειν τὰς δικάς, καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ ἑ ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἔχουτῶν τρόπον δικάζόντων, ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐπισκίετο τὰς διαγνώσεις, τῶν δὲ ἰδιωτικῶν ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, ὄρους αὐτοῖς καὶ κανόνες τάξας, οὗς αὐτὸς ἔγραψε νόμος“.

⁴⁾ Ср. напр. *Puchta*. *Cursus der Institutionen*. § 150: „In dieser Theilung der richterlichen Functionen zwischen Magistratus und *judex* besteht der *ordo judiciorum privatorum*, die regelmässige Ordnung des Verfahrens, die ihrer Grundlage nach ohne Zweifel schon in ältester Zeit bestanden hat“. Ср. тамъ же прим. а.—*Keller*. *Der*

ископнымъ принципомъ римскаго процесса: другіе, напротивъ, полагаютъ, что въ древнѣйшее время царь рѣшалъ дѣло самъ отъ начала до конца и что данное дѣленіе процесса есть продуктъ позднѣйшаго историческаго развитія, вѣроятно учрежденіе Сервія Туллія или начинающейся республики ⁵⁾).

Еще болѣе разногласій возбуждаетъ второй вопросъ: *какой смыслъ имѣло это дѣленіе въ общемъ ходѣ производства?*

Очень многіе изъ современныхъ изслѣдователей ограничиваются только тѣмъ, что такъ или иначе по своему разумѣнію опредѣляютъ задачу той и другой стадіи въ судебномъ разслѣдованіи спора, слѣдовательно остаются, такъ сказать, только на *догматической точкѣ зрѣнія процессуальнаго распределенія матеріи* („*Stoffvertheilung*“). Всѣ авторы данной категоріи отводятъ магистрату—органу суда *in jure*—только такую или иную предварительную, формальную или формализирующую роль, хотя въ ближайшемъ опредѣленіи этой роли можно замѣтить различныя отбѣнки. Цѣлью всего производства *in iure* и слѣд. участія магистрата въ процессѣ выставляются: одни— „*Einleitung und concrete Anordnung des Processes*“ (Keller ⁶⁾); другіе— „*Eröffnung und Instruction des Rechtsstreites*“ (Bethmann-Hollweg ⁷⁾), третьи— „*Feststellung der streitigen Punkte, die processuale Gestaltung der beiderseitigen Ansprüche*“ (Puchta ⁸⁾), четвертые— „*Solennisierung des Processes*“ (Kuntze ⁹⁾). Bekker ¹⁰⁾ думаетъ опредѣлить дѣленіе процесса на *jus* и *judicium* устанавливаемымъ имъ различіемъ между

römische Civilprocess. 6-te Aufl. S. 3: „... erscheint es als uralte Einrichtung“,—О другихъ будетъ сказано ниже.

⁵⁾ Напр. Walter. Geschichte des röm. Rechts. § 692: „Ausdrücklich bezeugt wird aber, dass der König alles selbst abmachte und nicht einem Privatrichter die Entscheidung überwies. Eine Aenderung machte jedoch Servius Tullius, welcher für Privatrechtshändel ein besonderes Gericht einsetzte.—Bethmann-Hollweg. Der röm. Civilprocess. § 22—23, особ. S. 56: „... als erster Begründer wird... Servius Tullius genannt“.—Schmidt Ueber die legis actio per iudicis postulationem въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. II (1831) S. 155 и сл.—A. Pernice въ томъ же журналѣ Bd. V (1834) Parerga II. Beziehungen des öffentlichen röm. Rechts zum Privatrechte. S. 38, 51 (дѣленіе на *jus* и *judicium* есть учрежденіе республиканское).

⁶⁾ Der römische Civilprocess. S. 3.

⁷⁾ Der römische Civilprocess. Bd. II. S. 203.

⁸⁾ Cursus der Institutionen § 150.

⁹⁾ Cursus des röm. Rechts. 2-te Aufl. § 93 и сл.

¹⁰⁾ Aktionen. Bd. I. S. 11 и сл.

actio и Anspruch: *Bülow*¹¹⁾ полагаетъ, что въ первой стадіи разрѣшается лишь вопросъ о формальныхъ предположеніяхъ процесса (Processvoraussetzungen), межъ тѣмъ какъ разборъ матеріальныхъ отношеній подлежитъ производству in iudicio и т. д. и т. д.

Однако, какъ бы мы ни опредѣляли процессуальное значеніе производства in iure въ общемъ ходѣ процесса, мы ни въ какомъ случаѣ не можемъ допустить, чтобы это „распредѣленіе матеріи“ вызвало и самое раздѣленіе процесса на двѣ стадіи. Подобное распредѣленіе процессуальныхъ вопросовъ могло возникнуть *уже на почвѣ существующаю дѣленія процесса*, а не наоборотъ. Къ какому бы времени мы ни отнесли возникновеніе этого дѣленія—къ періоду доисторическому, къ эпохѣ С. Туллія или къ началу республики,—во всякомъ случаѣ мы будемъ имѣть передъ собой столь далекое время, когда о такихъ тонкихъ юридическихъ понятіяхъ, какъ понятіе о формальныхъ и матеріальныхъ предположеніяхъ процесса и т. п.,—и рѣчи не могло быть.

Это дѣйствительно сознають даже нѣкоторые изъ только что перечисленныхъ авторовъ и пытаются дать другое—болѣе историческое—объясненіе интересующему насъ явленію. Наиболѣе распространеннымъ является при этомъ мнѣніе, что дѣленіе процесса на jus и iudicium вызвано было отчасти стремленіемъ облегчить магистратовъ, главнымъ же образомъ, такъ сказать, *конституціонной тенденціей* (по преимуществу *Шлебеера*) *обезопасить спорящихъ отъ произвола магистратовъ и создать извѣстную гарантію непристрастности приговоровъ*¹²⁾.

Эта мысль кажется уже гораздо болѣе вѣроятной, но и она едва ли можетъ быть признана при ближайшемъ разсмотрѣніи состоятельной.

Что касается, прежде всего, желанія облегчить магистрата отъ неизбежнаго съ увеличеніемъ населенія обремененія дѣлами, то такое

¹¹⁾ Die Lehre von den Processvoraussetzungen. S. 289 и сл.

¹²⁾ Ср. *Puchta* I. cit. §. 150.—*Walter* I. cit. § 692 („Diese Einrichtung diente ebenso sehr zur Erleichterung der Magistrate, als den Parteien zur Bürgschaft einer unparteiischen Untersuchung“)—*B.-Hollweg* I. cit. § 22—23.—*Виллемсъ*. Римское государственное право. Пер. подъ ред. Водинскаго. Кіевъ. 1888. Стр. 372.—*Huschke*, Die Multa. S. 101 („... das volksfreundliche Princip des S. Tullius, dass Jurisdiction und Iudication unter verschiedene Behörden vertheilt sein müsse“).—*Girard*. Manuel p. 20 ср. p. 953.—*A. Pernice*. Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. V. S. 38.

облегченіе проіце и естественнѣе достигалось бы увеличеніемъ количества надлежащихъ магистратуръ; нигдѣ въ другихъ мѣстахъ мы не видимъ, чтобы подобная потребность приводила къ такому крайне искусственному дѣленію процесса.

Но точно такъ же очень сомнительно, чтобы это дѣленіе возникло изъ конституціонныхъ стремленій.

Если даже мы согласимся съ тѣми изъ авторовъ, которые относятъ происхожденіе нашего дѣленія къ эпохѣ Сервія Туллія, то и въ такомъ случаѣ мы должны будемъ принять, что *legis actio* съ такимъ характеромъ существовала уже въ эпоху царей. Если, такимъ образомъ, уже царь сталъ передавать разборъ дѣла и постановленіе приговора какому нибудь другому лицу или учрежденію, то, конечно, онъ дѣлалъ это не съ цѣлью ограничить самого себя. Если даже въ силу обычая или общественнаго мнѣнія царь и былъ обязанъ передавать рѣшеніе *in iudicium*, то опять таки мотивомъ подобнаго общественнаго мнѣнія едва ли могло быть стремленіе оградить гражданъ отъ произвола царя: если бы такое стремленіе дѣйствительно существовало, оно направилось бы прежде всего на другія, болѣе чувствительныя, сферы — политическую, административную, уголовную. Гражданская юрисдикція во всѣхъ конституціонныхъ движеніяхъ выступаетъ на сцену гораздо позже этихъ послѣднихъ. Было бы поэтому очень странно, если бы конституціонное ограниченіе царской власти прежде всего коснулось гражданскихъ дѣлъ, межъ тѣмъ какъ напр. въ уголовныхъ дѣлахъ до самаго конца царскаго періода *provocatio ad populum* была, какъ извѣстно, для царя не обязательна ¹³⁾.

Конечно, римскія преданія объ эпохѣ, предшествовавшей установленію республики, во многихъ отношеніяхъ сомнительны, и, можетъ быть, многія реформы, приписываемыя С. Туллію, относятся въ дѣйствительности къ моменту народженія республики, а въ томъ числѣ и реформа гражданского процесса. При такомъ взглядѣ на эту темную эпоху римской исторіи конституціонныя гарантіи — политическая, уголовная и гражданская — относились бы къ одному и тому же моменту, находились бы другъ съ другомъ въ органической связи, и недоумѣніе, только что нами высказанное, при такихъ условіяхъ не имѣло бы мѣста. Такого именно воззрѣнія придерживается напр.

¹³⁾ Ср. *Mommsen. Römisches Staatsrecht. Bd. II. S. 9.*

A. Pernice, который считает дѣленіе процесса на двѣ стадіи съ передачей рѣшенія по существу частному судьѣ основнымъ учрежденіемъ республики и сооставляетъ его съ *provocatio ad populum* по дѣламъ уголовнымъ ¹⁴⁾).

Однако и въ такой постановкѣ съ конституціонной гипотезой едва ли можно согласиться.

Если дѣленіе гражданскаго процесса на *jus* и *judicium* одного происхожденія и одного назначенія съ уголовной *provocatio ad populum*,—тогда совершенно непонятна несомнѣнная существенная разница между ними. Въ уголовныхъ дѣлахъ вѣдѣствіе допущенія апелляціи къ народному собранію *отнюдь не возникло какого нибудь раздвоенія процесса*: магистратъ по прежнему рѣшалъ дѣло самъ и постановлялъ свой приговоръ, и если дѣло вѣдѣствіе *provocatio* переходило къ народному собранію, то процессъ передъ комиціями также былъ процессомъ полнымъ, процессомъ отъ начала до конца. Ничего аналогичнаго *jus* и *judicium* мы ни тамъ, ни здѣсь не находимъ. Откуда взялось подобное дѣленіе гражданскаго процесса, это остается необъяснимымъ, и съ точки зрѣнія даже этой модифицированной конституціонной гипотезы оно является чѣмъ то крайне страннымъ и неестественнымъ. Если желательно было гарантировать справедливость и безпристрастность приговоровъ по гражданскимъ дѣламъ, то проще всего этого можно было, конечно, достигнуть или установленіемъ апелляціи (подобно уголовной *provocatio*) или же передачей гражданской юрисдикціи въ другія, болѣе надежныя руки. Оставленіе нѣкоторой формальной части процесса въ рукахъ магистрата кажется, съ этой точки зрѣнія совершенно ненужнымъ.

Но еще больше противъ этой теоріи говорятъ другія особенности древне-римскаго легисакціоннаго процесса, особенности, вся совокупность которыхъ невольно наталкиваетъ на мысль, что все онѣ, а въ томъ числѣ и наше дѣленіе процесса, имѣютъ какой то иной смыслъ и какое то иное происхожденіе. И въ литературѣ нынѣшняго столѣтія не было недостатка въ попыткахъ раскрыть этотъ общій смыслъ и это общее происхожденіе римскаго процесса *per legis actiones* со

¹⁴⁾ Цитированное выше мѣсто (*Z. der Sav.-St. Bd. V. S. 33*): „Es gehört vielmehr zu den grundgesetzlichen Einrichtungen des republikanischen Staatswesens, dass ein *judex* bestellt wird.“ Прим. 2: „Von hier aus könnte man auch die Zweitheilung des Civilprocesses mit der *provocatio ad populum* zusammenstellen“.

всѣми его на нашъ взглядъ странными, но несомнѣнно характерными особенностями. Мы остановимся здѣсь только на тѣхъ изъ этихъ попытокъ, которыя были развиты ихъ авторами въ болѣе или менѣе полную систему.

Во главѣ этихъ попытокъ и по исторической послѣдовательности и по авторитетности автора должно быть поставлено ученіе *Ihering'a* въ его „*Geist des römischen Rechts*“ 15).

Въ ту дальнюю эпоху, когда государство еще не имѣло органовъ для защиты и осуществленія частныхъ правъ, говоритъ *Ihering*, права защищались и осуществлялись частными средствами самихъ заинтересованныхъ лицъ подъ широкимъ контролемъ общественнаго мнѣнія. Единственнымъ средствомъ такой защиты было, конечно, самоуправство (*Selbsthülfe*). Ввиду того, что самоуправство въ этомъ случаѣ получало свою санкцію въ общественномъ мнѣніи и въ немъ находило себѣ оправданіе и поддержку, оно безпрепятственно могло быть допущено только тогда, если осуществляемое такимъ путемъ право было для всѣхъ ясно и очевидно. Только тогда, если право одного и не-право другаго были несомнѣны для всѣхъ, могло самоуправство быть увѣрено въ той моральной и физической поддержкѣ, на которой покоилась возможность его успѣха. Тамъ же, гдѣ претензія имѣла сомнительный характеръ, осуществленіе ея путемъ самоуправления могло повести лишь къ дикой борьбѣ и къ совершенной анархіи. Очевидно, что въ этомъ случаѣ для рѣшенія споровъ нуженъ былъ пѣкоторый иной путь—путь мирнаго улаженія ихъ.

Соотвѣтственно этому построены и древнѣйшія римскія процессы—*legis actiones*. *Legis actio per manus injectionem* и *per pignoris capionem* являются отраженіемъ древнѣйшаго самоуправления: первая форма представляетъ изъ себя „*Personalexecution*“, вторая— „*Realexecution*“. Однако, и здѣсь необходимъ былъ коррективъ противъ возможнаго неосновательнаго самоуправления надъ личностью или надъ вещью, и этимъ коррективомъ былъ послѣдующій процессъ, которымъ долженъ былъ оправдать себя истецъ на случай, если *vindex*омъ при *manus injectio* или собственникомъ захваченной вещи при *pignoris capio* будетъ потомъ возбужденъ споръ о правомѣрности захвата. Ради этого-то „оправдательнаго“ процесса (*Justificationsverfahren*) *manus injectio* и *pignoris capio* и причислялись къ *legis actiones*.

¹⁵⁾ Bd I. § 11—12.

Legis actio sacramento представляет собою, напротивъ, путь мирнаго улаженія споровъ. Однако, этотъ путь въ Римѣ имѣеть своеобразный характеръ. Потребность въ разрѣшеніи споровъ удовлетворялась, говорятъ Пегингъ, не вездѣ одинаковымъ способомъ. У иныхъ народовъ съ этой цѣлью обращались къ божеству, которое изрекало свое рѣшеніе посредствомъ судовъ божіихъ, оракуловъ, жребія и т. п.; у другихъ эту роль исполняли власти. Въ обоихъ случаяхъ, однако, стороны подчиняли себя такой или иной высшей власти. Совершенно другой путь избрала себѣ издревле римскій народъ, и позднѣйшая исторія не могла затемнить основного характера древности. Эта характерная черта римской древности—*рѣшеніе споровъ третейскимъ судомъ*. Въ случаѣ спора лицо, право котораго было нарушено, предлагало своему противнику или передать дѣло на рѣшеніе третейскаго судьи или же подтвердить свою претензію присягой и—значить—закончить дѣло безъ суда.

Институтъ третейскаго суда, такъ же какъ и институтъ виѣ-судебной присяги, дополняли систему самоуправства. Оба средства въ Римѣ были чрезвычайно распространены даже еще въ позднѣйшее время, и оба они повторяются въ торжественныхъ формахъ древнеримскаго процесса. Послѣдній представляется ничѣмъ инымъ, какъ вылившимся въ твердыя формы осадкомъ этого существовавшего задолго до него договорнаго рѣшенія споровъ. Виѣ-судебная присяга превращается въ судебную, третейскій судья становится судьей официальнымъ, причѣмъ оба института влѣдствіе этой перемѣны отнюдь не утрачиваютъ своего прежняго характера. Нашъ нынѣшній судья производитъ свою власть отъ государства, а не отъ добровольнаго подчиненія сторонъ; его власть состоитъ не только въ томъ, чтобы констатировать спорное право, но и въ томъ, чтобы его осуществить. Ничего подобнаго мы не находимъ въ Римѣ: функціи римскаго судьи ничѣмъ не отличаются отъ обыкновенныхъ функцій судьи третейскаго.

Но если такъ, то какимъ же образомъ объясняется участіе въ судѣ магистратовъ? На этотъ вопросъ Пегингъ даетъ такой отвѣтъ: Часто могло случаться, что стороны обращались съ просьбой о третейскомъ рѣшеніи къ магистрату, извѣстному въ народѣ своею юридическою опытностью и своею справедливостью. Исполненіе такого желанія сторонъ было первоначально для магистрата только дѣломъ его чести, а впослѣдствіи стало его должностною обязанностью. Обремененіе

такого рода порученіями привело магистрата къ тому, что онъ сталъ указывать сторонамъ какое либо другое лицо вмѣсто себя.

Всматриваясь далѣе въ другомъ мѣстѣ того же сочиненія ¹⁶⁾ въ древнѣйшую природу legis actio sacramento, Phering останавливается на несомнѣнномъ участіи въ этомъ процессѣ понтификовъ. Въ „sacramentum“ древнѣйшаго времени Phering усматриваетъ присягу сторонъ, благодаря которой они могли всегда подчинить споръ духовному суду и т. обр. вызвать юрисдикцію понтификовъ. Во второмъ изданіи своего сочиненія Phering оставилъ мысль о присягѣ, участіе же понтификовъ въ судѣ сталъ объяснять просто добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ о подчиненіи спора третейскому рѣшенію послѣднихъ. Объ этомъ мы будемъ говорить подробнѣе ниже, здѣсь же намъ нужно отмѣтить только то, что, каково бы ни было ближайшее объясненіе Phering'a, участіе понтификовъ выводится имъ, во всякомъ случаѣ, изъ добровольнаго компромисса сторонъ (простаго или облеченнаго въ двѣ встрѣчныхъ присяги). Стороны по различнымъ причинамъ желали вызвать третейское рѣшеніе понтификовъ и тѣмъ или другимъ способомъ достигали желаемаго.

Такова въ самыхъ общихъ чертахъ гипотеза Phering'a о происхожденіи древнеримскаго процесса. Много она содержитъ несомнѣнно истиннаго, и многое дѣйствительно сдѣлалось нынѣ общимъ достояніемъ науки—напр., признаніе въ legis actio per manus injectionem и per pignoris captionem элемента самоуправства, признаніе участія понтификовъ въ legis actio sacramento и т. д.—Обо всемъ этомъ намъ придется говорить ниже, и тамъ истинное достоинство ученія Phering'a выступитъ въ полной мѣрѣ. Здѣсь же мы остановимся только на одномъ пунктѣ: *что даетъ намъ это ученіе для разрѣшенія вопроса о дѣленіи древнеримскаго процесса на jus и iudicium?*

Какъ мы видѣли, Phering этого вопроса прямо не ставитъ, и потому отвѣтъ, который даетъ на него все его ученіе, является чрезвычайно неопредѣленнымъ и перѣшительнымъ.

Въ одномъ мѣстѣ Phering какъ бы подсказываетъ такой отвѣтъ: стороны очень часто обращались съ просьбой о третейскомъ рѣшеніи къ магистрату; обремененіе дѣлами заставляло послѣдняго отсылать ихъ къ какому либо другому лицу; повидимому т. обр. мы должны искать начало нашего дѣленія процесса именно здѣсь. Но, очевидно,

¹⁶⁾ Ibid, § 18 a.

съ другой стороны, что этимъ предположеніемъ самое *дѣленіе* процесса еще не объясняется: если обремененіе дѣлами заставляло магистрата отказаться отъ разбора дѣла, то естественнѣе всего, что онъ ограничился бы просто указаніемъ судьи, который и разслѣдовалъ бы потомъ все дѣло отъ начала до конца. Съ другой стороны, участіе магистрата въ процессѣ *in jure* („mittite ambo rem“, *vindicium* *datio* и пр.) указываетъ ясно на то, что и эта стадія производства имѣла какую-то особую функцію, которую магистратъ или не желалъ или не могъ отклонить отъ себя, перебросивъ ее на плечи *judex'a*. Какова эта функція, изъ ученія *Ihering'a* вывести нельзя ¹⁷⁾.

Въ другомъ мѣстѣ *Ihering* говоритъ уже о понтификахъ, какъ о третейскихъ судьяхъ по соглашенію сторонъ. Здѣсь опять возникаетъ рядъ недоумѣній. Какъ согласить эту гипотезу съ первой: если въ *legis actio sacramento* судьями являлись понтифики, то гдѣ же оставалось мѣсто магистрату? Могли-ли стороны обращаться или къ тѣмъ или къ другому по своему свободному усмотрѣнію, или же, напротивъ, компетенція обѣихъ властей (если здѣсь вообще можно говорить о компетенціи) была какъ-либо разграничена? Наконецъ, и то объясненіе, которое даетъ *Ihering* участію понтификовъ въ судѣ, не объясняетъ опять-таки самаго раздѣленія процесса на *jus* и *judicium*: разъ стороны желаютъ передать свое дѣло рѣшенію понтификовъ, то великое участіе магистрата излишне: понтифики разобрали бы дѣло отъ начала до конца. „Mit dieser Hypothese ins Gericht zu gehen, erscheint überflüssig“, говоритъ совершенно справедливо по поводу этого ученія *Pflüger* ¹⁸⁾.

Т. обр. для вопроса о дѣленіи процесса на *jus* и *judicium* ученіе *Ihering'a* не даетъ ничего и, вмѣстѣ съ тѣмъ, объясняя многія характерныя особенности древнеримскаго процесса чрезвычайно мѣтко и вѣрно, самую существенную особенность его оставляетъ совершенно

¹⁷⁾ Самъ *Ihering* въ примѣч. 71^a (стр. 169, 2-го изд.) къ сказанному въ текстѣ о третейской роли магистратовъ прибавляетъ: „Für die historische Zeit hebt sich das *imperium* des mit der *jurisdictio* versehenen Königs oder Magistrats zu sehr von der im Text dem Richter zugewiesenen Stellung ab, als dass man den Versuch machen könnte beide auf eine Linie zu stellen. Der Befehl des Prätors im *Vindicationsprocess*: *mittite ambo hominem* zeigt deutlich, dass seine Macht nicht bloss so weit reichte, als die Parteien ihm dieselbe eingeräumt hatten, dass er nicht *unter*, sondern *über* ihnen stand“.

¹⁸⁾ *H. H. Pflüger*. Die *Legis Actio sacramento*. Ein Versuch auf dem Wege der Rechtsvergleichung. 1898. S. 13.

необъясненной. Значительно позже—въ III томѣ того-же „Geist des römischen Rechts“¹⁹⁾ Ihering упоминаетъ, правда, о раздѣленіи на jus и iudicium, но уже въ всякой связи съ изложеннымъ ученіемъ о происхожденіи legis actiones и трактуетъ это раздѣленіе, какъ проявленіе римской методы „der stückweisen Erledigung“ процессуальной задачи, причемъ производство in iure опредѣляется имъ, какъ „das Stadium der Vorbereitungshandlungen und der Feststellung des Streitpunktes“. Ihering становится т. обр. на догматическую точку зрѣнія „распредѣленія процессуальной матеріи“, но уже выше было замѣчено, что эта точка зрѣнія не можетъ дать намъ отвѣта на вопросъ объ историческомъ происхожденіи нашего явленія.

Много общаго съ Iерингомъ въ своихъ исходныхъ идеяхъ обнаруживаетъ Bernhöft²⁰⁾, хотя въ концѣ своего ученія этотъ послѣдній авторъ далеко уже расходится съ Iерингомъ.

У римлянъ и германцевъ, говоритъ Bernhöft, процессъ выросъ изъ самоуправства, но такими различными путями, что о какой-либо исторической связи между обоими народами не можетъ быть и рѣчи. У римлянъ рядомъ съ самоуправствомъ вторымъ элементомъ, изъ котораго развился процессъ, является третейскій судъ. Многочисленные соображенія должны были заставлять уже древнихъ вмѣсто чисто личной силы для возстановленія нарушенныхъ правъ прибѣгать къ разрѣшенію споровъ третейскимъ судомъ. Судьями въ такихъ случаяхъ могли быть всѣ тѣ, кто пользовался довѣріемъ сторонъ; но особенно часто, конечно, выбирали такихъ лицъ, которыя или пользовались уваженіемъ вообще или въ частности были извѣстны своими юридическими познаніями. Къ первымъ принадлежатъ царь, ко вторымъ—жрецы. Между тѣмъ какъ въ дѣятельности царя не всегда можно ясно различить, что онъ дѣлаетъ въ силу своей власти и что въ силу соглашенія сторонъ,—въ юрисдикціи жрецовъ третейскій характеръ ея обнаруживается вполнѣ опредѣленно.

Что касается юрисдикціи цари, то Bernhöft считаетъ болѣе вѣроятнымъ, что царь въ древнѣйшее время рѣшалъ все дѣло отъ начала до конца лично и заканчивалъ процессъ своимъ приговоромъ. Остаткомъ этого окончательнаго приговора въ позднѣйшихъ legis actiones является, по мнѣнію автора, *vindiciarum datio*. На вопросъ же,

¹⁹⁾ § 50 въ концѣ (стр. 26 2-го изд.).

²⁰⁾ Staat und Recht der röm. Königszeit. 1892. S. 226 и сл.

какимъ образомъ произошла эта эволюція римскаго процесса, Bernhöft предлагаетъ слѣдующую гипотезу.

Переходъ дѣла изъ одной стадіи (jus) въ другую (judicium) въ историческое время совершался, какъ извѣстно, посредствомъ пари сторонъ (sacramentum). Это sacramentum, говоритъ Bernhöft, обнаруживаетъ такое рѣшительное сходство съ аттическимъ институтомъ *πρωταρχεία*, что о какомъ-либо случайномъ совпадении едва-ли можно думать, тѣмъ болѣе, что древніе писатели очень рѣшительно сообщаютъ о рецепціи аттическаго права въ законахъ XII таблицъ. Римское производство in iure точно соотвѣтствуетъ аттическому предварительному производству предъ магистратомъ (*ἀνάκρισις*), а производство in iudicio—процессу предъ аттическимъ народнымъ судомъ. Вслѣдствіе этого сама собою напрашивается мысль о томъ, что римскіе центумвиры скопированы съ греческихъ гелиастовъ.

Если аттическое производство предъ народнымъ судомъ опредѣляется какъ *ἔφεσις*, т. е. какъ апелляціонное производство по отношенію къ предшествовавшему приговору магистрата, то вѣроятно, думаетъ Bernhöft, что первоначально подобное же значеніе имѣло и въ Римѣ производство in iudicio. Какъ только подобная апелліація къ центумвирамъ стала явленіемъ общимъ, значеніе vindictiarum datio „сморщилось“ (*schrumpte sich zusammen*) совершенно такъ же, какъ значеніе уголовнаго производства предъ магистратомъ подъ вліяніемъ provocatio.

Какъ видимъ, отиравные пункты Bernhöft'a тѣ же, что и у Ieringa: самоуправство, какъ единственная мыслимая для древности форма осуществленія поправныхъ правъ, и третейскій судъ, какъ коррективъ и необходимое восполненіе системы самоуправления. Къ сожалѣнію, ученіе Bernhöft'a содержитъ еще болѣе недоговореннаго, чѣмъ даже ученіе Ieringa, вслѣдствіе чего оно на многіе естественно возникающіе вопросы вовсе не даетъ никакого отвѣта.

Bernhöft, напримѣръ, для древнѣйшаго времени допускаетъ, по видимому, юрисдикцію (третейскую) царя или юрисдикцію понтификовъ альтернативно, по выбору сторонъ. Но въ какомъ видѣ мыслима эта юрисдикція понтификовъ? Обыкновенно всѣ тѣ, которые принимаютъ участіе понтификовъ въ древнѣйшемъ процессѣ, думаютъ, какъ и Ieringъ, о *legis actio sacramento*. Bernhöft, однако, этой формѣ даетъ совершенно другое объясненіе, причѣмъ въ видѣ органа, разбирающаго дѣла in iudicio, представляетъ себѣ судъ центумвировъ.

Понтификамъ, слѣдовательно, въ процессѣ мѣста нѣтъ. Bernhöft предполагаетъ, впрочемъ, что центумвиральный судъ скопированъ съ греческаго суда гелиастовъ и, вѣроятно, около эпохи законовъ XII т.: можетъ быть, т. обр., до этого времени органами суда *in judicio* были понтифики? Но тогда они—согласно общему воззрѣнію Bernhöft'a на производство *in judicio*, какъ на производство апелляціонное, оказались бы по отношенію къ царю инстанціей вышей, чего, конечно, самъ Bernhöft не допустить. Если же *legis actio sacramento* вовсе никакого отношенія къ жрецамъ не имѣла, то на чемъ же тогда вообще можетъ опираться гипотеза о юрисдикціи этихъ послѣднихъ?

Далѣе, относительно раздѣленія этого процесса на *jus* и *judicium*, Bernhöft предполагаетъ, что оно подъ вліяніемъ аттическаго образца выросло изъ апелліи на рѣшеніе магистрата къ суду центумвировъ, причемъ произошло нѣчто подобное тому, что совершилось въ уголовномъ процессѣ подъ вліяніемъ института *provocatio*. Оставляя совершенно въ сторонѣ въ высокой степени спорные вопросы о греческомъ вліяніи на законы XII т., о времени появленія въ исторіи центумвиральнаго суда,—мы укажемъ опять-таки на то, что въ уголовномъ процессѣ подъ вліяніемъ *provocatio* все-таки дѣленіе производства на двѣ стадіи не возникло. Почему гражданскій процессъ пошелъ—при предполагаемой одинаковости условій—совершенно иной дорогой,—этого изъ ученія Bernhöft'a никакимъ образомъ усмотрѣть нельзя. Да и вообще проводимые Bernhöft'омъ параллели съ аттическимъ процессомъ имѣютъ въ себѣ чрезвычайно много сомнительнаго.

Понятно, что при такихъ серьезныхъ пробѣлахъ, при цѣломъ лабиринтѣ недоумѣній, которыя оно возбуждаетъ, ученіе Bernhöft'a, поскольку оно отклоняется отъ ученія Іеринга, не могло оказать существеннаго вліянія на послѣдующую разработку вопроса. Въ частности, мысль Bernhöft'a о процессѣ *in judicio*, какъ о процессѣ апелляціонномъ, была совершенно оставлена.

Иную общую концепцію древнеримскаго процесса даетъ *Schultze* въ уже цитированномъ раньше сочиненіи „*Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*“, хотя его система въ нѣкоторыхъ пунктахъ также соприкасается съ ученіемъ Іеринга.

Schultze начинаетъ свое изслѣдованіе природы римскаго процесса съ процесса формулярнаго. Въ этомъ послѣднемъ, говоритъ онъ, находитъ и опредѣляетъ нормы права, которыя должны быть примѣнены къ данному случаю, самъ преторъ. Онъ не провѣряетъ

фактических данных сторонъ, но подъ условіемъ ихъ истинности произносить заранѣе свой условный, *гипотетическій* приговоръ, и этотъ гипотетическій приговоръ есть *формула*. Судья (*judex*), провѣривъ тѣ данныя, о которыхъ шла рѣчь *in jure*, превратитъ этотъ гипотетическій приговоръ въ положительный—*тетическій*. Преторъ могъ, конечно, рѣшить дѣло и лично, своимъ *декретомъ*; но, если онъ этого не сдѣлалъ, если его производство *in jure* заканчивается не декретомъ, а формулой, на основаніи которой будетъ затѣмъ произнесенъ приговоръ *in judicio*,—то во всякомъ случаѣ и здѣсь авторитативная сила приговора (*sententia*) будетъ истекать не отъ судьи, а отъ самого претора. Преторъ придаетъ этому приговору судьи юридическую силу не *a posteriori*, какъ это имѣло мѣсто въ германскомъ процессѣ относительно приговора шёффеновъ, а заранѣе, давалъ своею формулой судьѣ какъ-бы нѣкоторый „*Blankett-Rechtsbefehl*“²¹⁾.

Переходи затѣмъ къ системѣ *legis actiones*, Schultze даетъ ей слѣдующее объясненіе. Въ древнѣйшее время римскаго государства единственнымъ и исключительнымъ источникомъ права былъ законъ—*lex*,—который обладалъ и абсолютной силой. Права, вытекающія изъ *lex*, не нуждались уже для своего осуществленія въ какомъ-либо активномъ участіи государственныхъ органовъ, въ дѣятельности суда въ нашемъ смыслѣ: законъ самъ являлся и судьей. Поэтому *legis actio* есть не искъ въ нашемъ значеніи, а *непосредственное осуществленіе закона, непосредственное осуществленіе права самимъ его субъектомъ*. Таковы именно древнѣйшія формы *legis actio*—*manus injectio* и *rignoris capio*: обѣ представляютъ изъ себя чистый актъ, и, если *manus injectio* должна быть повторена передъ магистратомъ, то во всякомъ случаѣ магистратъ фигурируетъ здѣсь не въ качествѣ судьи, а лишь для того, чтобы частному осуществленію права обезпечить легальную силу²²⁾.

Съ теченіемъ времени, однако, необходимо должны были прійти къ мысли, что и отвѣтчику нужно предоставить возможность спора,—и это послужило причиной появленія *legis actio per sacramentum*. А съ допущеніемъ спора сама собою естественно возникала необходимость и приговора. Но подобно тому какъ раньше осуществленіе права было дѣломъ его субъекта, такъ и теперь *приговоръ произно-*

²¹⁾ Стр. 233—236

²²⁾ *l. cit.* стр. 452 и сл.

сится исключительно самими сторонами. Ритуаль *legis actio sacramento* представляет из себя не искъ и не отвѣтъ на него, не простое утверждение и осцариваніе права въ нашемъ смыслѣ, а именно *приговоръ* сторонъ о своемъ правѣ, приговоръ, пронесимый ими непосредственно на основаніи *lex* и уже потому обладающій юридической силой и способностью къ исполненію. Гипотетическій приговоръ, заключающійся въ самомъ законѣ, т. обр., самими сторонами путемъ *legis actio* превращается въ приговоръ тетическій.

Наступить-ли юридическая сила подобнаго приговора истца (*Parteiurtheil*) о своемъ правѣ тотчасъ-же, или нѣтъ—это зависитъ отъ поведенія противника. Если послѣдній не противопоставить ему подобнаго же приговора съ своей стороны, мы будемъ имѣть случай *confessio in iure*, и приговоръ истца будетъ исполнимъ тотчасъ же и *ipso jure* („*confessus pro iudicato accipitur*“). Въ противномъ случаѣ возникаетъ необходимость рѣшить, чей приговоръ справедливъ. Т. обр. *децемвиры* и *центумвиры*, какъ представители общины и той власти, отъ которой исходятъ самые законы, не создаютъ свой собственный приговоръ, а лишь рѣшаютъ, приговоръ которой изъ сторонъ есть приговоръ съ точки зрѣнія закона правильный²³). Присутствіе же *магистрата* при совершеніи *legis actio* и здѣсь служитъ лишь для того, чтобы всему происходящему придать торжественную, формальную обязательность; о какомъ-либо рѣшеніи и приговорѣ съ его стороны не можетъ быть и рѣчи²⁴).

Господствующее ученіе, продолжаетъ далѣе *Schultze*, неправо и въ томъ, что считаетъ переданное намъ *Гаемъ* содержаніе *legis actio* исчерпывающимъ все происходящее *in jure*. Произнесенію торжественныхъ формулъ должны были предшествовать разнообразныя неформальныя объясненія сторонъ, и *legis actio* являлась лишь послѣднимъ, заключительнымъ актомъ этихъ объясненій, т. е. именно приговоромъ сторонъ о своемъ правѣ²⁵). Приговоръ этотъ для полнаго своего значенія долженъ былъ первоначально подкрѣпляться присягой—*sacramentum*,—которая и вызывала въ древнѣйшее время юрисдикцію *поптитиковъ*²⁶).

²³) *ibid* стр. 476.

²⁴) Стр. 487.

²⁵) Стр. 490 и сл.

²⁶) Стр. 509 и сл.

Указаннымъ характеромъ древнеримскаго процесса, говорить въ заключеніе Schultze, объясняется не только раздѣленіе процесса на *ius* и *judicium*, но и все прочія непонятныя до сихъ поръ особенности: необходимость воспроизводить въ формулѣ *legis actio* слова самаго закона, консумирующее дѣйствіе *litiscontestatio*, вліяніе *pluspetitio* и т. д. Последнія явленія связываются всегда съ приговоромъ, и потому они будутъ до тѣхъ поръ необъяснимыми, пока мы будемъ смотрѣть на *legis actio*, какъ на простое, хотя бы и торжественное, заявленіе сторонами другъ другу своихъ взаимныхъ претензій²⁷⁾.

Дѣйствительно, нельзя не признать, что въ изложенномъ ученіи Schultze, которое представляется, т. ск., цѣлой философіей римскаго процесса, многочисленныя особенности этой области, служившія для другихъ теорій камнемъ преткновенія (а въ томъ числѣ и дѣленіе процесса на двѣ стадіи), находятъ себѣ цѣлостное и гармоническое освѣщеніе. Къ сожалѣнію, однако, все эта красивая, гармоническая постройка поконится на очень зыбкой почвѣ весьма произвольныхъ общихъ предположѣній автора²⁸⁾.

Такъ, во-первыхъ, Schultze отводитъ для древнѣйшаго права слишкомъ большое мѣсто закону—*lex*. Онъ утверждаетъ, напр. (и это является основой всего его ученія о *legis actio*), что „въ древнѣйшее исторически намъ извѣстное время въ Римѣ исключительнымъ и единственнымъ источникомъ всего гражданскаго права былъ законъ, *lex*. О какомъ-нибудь правѣ, которое не было бы ясно и опредѣленно („*ausdrücklich oder wörtlich*“) установлено въ законѣ, не могло быть и рѣчи“²⁹⁾. Думаемъ, что нѣтъ необходимости доказывать, насколько это невѣрно именно по отношенію къ гражданскому праву, гдѣ, какъ справедливо учить господствующее воззрѣніе, преимущественнымъ (если не единственнымъ до законовъ XII таблицъ) источникомъ права былъ обычай.

Во-вторыхъ, Schultze для оправданія своихъ дальнѣйшихъ построеній утверждаетъ, что законъ у древнихъ римлянъ имѣлъ и абсолютную—*„jede ihr (der lex) widerstreitende Subjectivität vernich-*

²⁷⁾ Стр. 493 и сл.

²⁸⁾ О книгѣ Schultze см. *Becker. Zu den Lehren von l. a. sacramento, dem uti possidetis und der possessio* въ *Zeitschr. der Sav.-St. Bd. V (1834). S. 136—143.—Demelius. Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht. Bd. XI (1884). S. 723* и сл.

²⁹⁾ Стр. 452.

tende“—силу. „Ни у какого народа и ни въ какую иную эпоху мы не находимъ, говорить онъ, подобной имманентной закону силы“. Господство закона проникаетъ всю римскую жизнь въ такой степени, что намъ въ настоящее время даже трудно составить себѣ объ этомъ надлежащее представленіе. Законъ въ Римѣ не только создаетъ право, но въ то же время и ставитъ его внѣ сомнѣнія³⁰⁾; законъ есть и судья, при которомъ въ другомъ судѣ уже нѣтъ необходимости: „die lex bedient sich der Partei als ihres Mundes“³¹⁾.

Въ этой особенной силѣ древнеримскаго закона, по мнѣнію нашего автора, лежитъ и причина коренныхъ различій между процессомъ эпохи legis actiones, съ одной стороны, и процессомъ формулярнымъ и средневѣковымъ германскимъ—съ другой. Оба послѣдніе процессы, говорить Schultze, являются не средствомъ установленія (констатированія) уже существующаго и признаваемаго права (таковаго ни въ эпоху римскаго формулярнаго процесса, ни въ средніе вѣка въ Германіи—по мнѣнію автора—нѣтъ), а средствомъ созданія права (Privatrechtszeugung): въ обоихъ этихъ процессахъ судья путемъ своихъ рѣшеній для каждаго даннаго случая только еще создаютъ, творятъ право. Напротивъ, legis actio является первоначально процессомъ исполненія, а въ формѣ legis actio sacramento—процессомъ констатированія уже существующаго и дѣйствующаго права³²⁾.

Намъ кажется, достаточно уже этихъ выдержекъ, чтобы стало очевиднымъ, насколько все широкія и, безъ сомнѣнія, чрезвычайно интересныя обобщенія Schultze покоятся на шаткомъ фундаментѣ. Если авторъ всю свою философію legis actiones строить на томъ основаніи, что законъ въ древнемъ Римѣ имѣлъ какую-то особенную природу и силу, отличную отъ той, которую онъ имѣетъ вездѣ, то эту свою основную посылку онъ долженъ былъ бы обставить особо солидными доказательствами, а таковыхъ мы у Schultze совершенно не находимъ. Съ другой стороны, едва-ли кто согласится съ утверженіемъ Schultze, что, если нѣтъ закона, то нѣтъ вовсе и болѣе или менѣе прочнаго гражданскаго правопорядка, нѣтъ „allgemein gebotene und mithin aus und in sich verbindliche Privatrechtsnorm“. Обычай имѣетъ часто еще болѣе прочную обязательную силу, чѣмъ законъ.

³⁰⁾ Стр. 452—453.

³¹⁾ Стр. 494.

³²⁾ Стр. 527.

Для характеристики древнеримскаго закона Schultze ссылается на слова Lotze: „In voller logischer Form ist Gesetz ein allgemeines hypothetisches Urtheil, welches sagt: wenn U (Ursache) ist oder gilt, gilt oder ist auch W (Wirkung)“³³⁾. Но эти слова можно сказать о всякомъ законѣ вообще, а не только спеціально о древнеримскомъ. О всякомъ законѣ можно сказать, что онъ не только творитъ право, но и ставить его въ то же время внѣ всякаго сомнѣнія, что онъ есть и самъ судья. Какъ бы ни высоко стояло въ Римѣ уваженіе къ закону, въ самой юридической природѣ его мы не можемъ отыскать ничего такого, что не заключалось бы и въ идеѣ нашего, да и всякаго закона вообще.

Т. обр. самая основная посылка Schultze не доказана, да и не можетъ быть доказана, а вмѣстѣ съ нею падаетъ и все его объясненіе особенностей процесса *per legis actiones*. Правда, въ идеяхъ Schultze заключается нѣкоторое зерно истины, но это зерно окутано такой массой совершенно произвольныхъ построений, что оно въ нихъ вполне теряется и пропадаетъ.

Не менѣе общую и, пожалуй, не менѣе стройную теорію легисакціоннаго процесса развиваетъ и *Hugo Krüger* въ сочиненіи: „*Geschichte der Capitis deminutio. Bd. I Zugleich eine Neubearbeitung des Legisactionenrechts*“ (1887). Теорія Н. Krüger'a въ общихъ чертахъ сводится къ слѣдующему.

„*Legis actio*“, по мнѣнію автора, есть вообще всякій актъ лица на основаніи *lex*, какъ судебный, такъ и внѣ-судебный; это есть торжественный актъ осуществленія права и притомъ односторонній актъ того, кто право осуществляетъ (*ein solenner Rechtsverfolgungsakt—und zwar ein einseitiger Akt des Rechtsverfolgenden*“³⁴⁾). Древнѣйшее римское право знало только одинъ такой актъ осуществленія права—именно *овладѣніе или лицомъ или вещью*, причемъ дальнѣйшій процессъ происходитъ въ обоихъ случаяхъ совершенно одинаково.

Овладѣніе можетъ быть направлено, во-первыхъ, *на лицо*; тогда это есть *legis actio per manus injectionem*. Эта форма процесса представляеть изъ себя въ древнѣйшемъ правѣ не что иное, какъ *vindicatio должника in servitutem*; если появляется *vindex*, который *manum creditoris depellit*, то онъ совершаетъ не что иное, какъ *vindi-*

³³⁾ Logik. S. 379.

³⁴⁾ I. cit. стр. 165—166.

catio in libertatem, причемъ онъ объявляетъ совершенную истцомъ manus injectio неправомѣрнымъ насиліемъ, vis (vim esse dicit, откуда и самое его названіе—vindex). Если истецъ все-таки продолжалъ настаивать на своей manus injectio, то между нимъ и vindex'омъ завязывался тогда споръ въ формѣ legis actio sacramento—совершенно такъ же, какъ при обыкновенной vindicatio rei. Если vindex оказывался неправымъ, то должникъ (первоначальный объектъ процесса) приговаривался истцу. Poena dupli имѣла по отношенію къ неправому vindex'у мѣсто лишь тогда, если должникъ въ теченіе спора между истцомъ и vindex'омъ успѣлъ скрыться³⁵⁾.

Во-вторыхъ, legis actio, какъ актъ овладѣнія, можетъ быть направлена на вещь; тогда мы имѣемъ vindicatio rei. Но эта vindicatio rei по своему существу есть не что иное, какъ manus injectio rei; ибо, говоритъ Н. Krüger, manus injectio можетъ быть не только reo, но и rei, и въ обоихъ случаяхъ это есть одинъ и тотъ же актъ, часть одной и той же legis actio, именно vindicatio³⁶⁾.

Общій ходъ древнѣйшаго процесса представляется затѣмъ Н. Krüger'у въ слѣдующемъ видѣ. Manus injectio или vindicatio совершается истцомъ прежде всего внѣ суда, тамъ, гдѣ истецъ найдетъ должника или вещь³⁷⁾. Вызвать процессъ было уже затѣмъ дѣломъ отвѣтчика. Истецъ не обязанъ былъ звать отвѣтчика въ судъ (in jus vocatio есть институтъ болѣе поздняго времени), но, овладѣвъ должникомъ или вещью внѣ суда, истецъ, чтобы придать своей vindicatio характеръ явный и законный, долженъ былъ явиться съ захваченнымъ должникомъ или съ захваченной вещью въ судъ и здѣсь повторить manus injectio или vindicatio (что, какъ сказано, по мнѣнію Н. Krüger'a, одно и то же). Если vindicatio была направлена на лицо, т. е. имѣла характеръ manus injectio въ обычномъ смыслѣ, то дальнѣйшее зависѣло отъ появленія vindex'a. Если же vindicatio была направлена на вещь (т. е. была vindicatio не reo, а rei), то вызовъ, брошенный истцомъ (въ видѣ заявленія „это вещь моя“ и т. д.) веѣмъ, прежде всего, конечно, приметъ прежній владѣлецъ вещи, и тогда завязывается настоящій споръ. Обѣ стороны накладываютъ vindicta, и это положеніе vindicta представляетъ собою ихъ обоюдное

³⁵⁾ Стр. 207 и сл.

³⁶⁾ Стр. 202.

³⁷⁾ Стр. 182—183.

обращеніе къ магистрату съ просьбой объ *addictio* спорной вещи тому или другому ³⁹⁾. Выраженіе „*tibi*“ въ формулѣ „*esse tibi vindictam imposui*“ относится не къ противнику, какъ обыкновенно думаютъ, а къ магистрату ³⁹⁾. Вслѣдъ затѣмъ стороны вызываютъ другъ друга подтвердить и доказать свои утвержденія присягой (*provocatio sacramento*), ибо, и по мнѣнію Krüger'a, *sacramentum* было первоначально присягой ⁴⁰⁾. До принесенія этой присяги процессъ передъ магистратомъ приостанавливается; магистратъ только высказываетъ свой предварительный приговоръ, т. е. передаетъ спорную вещь тому или другому изъ спорящихъ (*vindicicias dare*) ⁴¹⁾. Затѣмъ совершается *litiscontestatio*, которая есть не что иное, какъ лишь актъ, удостоверяющій, что *provocatio sacramento* произошла ⁴²⁾.

Присяга приносилась сторонами уже у понтификовъ и, какъ предполагаетъ Krüger, на слѣдующій день послѣ *litiscontestatio*. Затѣмъ понтифики рѣшали вопросъ о томъ „*cujus sacramentum justum sit, cujus injustum*“. По рѣшеніи этого вопроса дѣло снова возвращалось *in jus*, гдѣ магистратъ на основаніи рѣшенія понтификовъ произносилъ уже свой окончательный приговоръ—*addictio* ⁴³⁾.

И *legis actio per pignoris capionem* не представляетъ, по мнѣнію Krüger'a, исключенія изъ общаго единства процесса: *pignoris capio* есть также *vindicatio rei* въ формѣ *manus injectio* на вещь. Вслѣдствіе *pignoris capio* лицо, совершившее ее, дѣлалось первоначально полнымъ собственникомъ захваченной вещи; право выкупа развилось только впоследствии. Споръ о неправомерной *pignoris capio* велся также въ обычной формѣ *vindicatio* и *legis actio sacramento* ⁴⁴⁾.

Что касается спеціально вопроса о происхожденіи и смыслѣ дѣленія процесса на *ius* и *judicium*, то Н. Krüger въ связи съ его общимъ изложеннымъ представленіемъ о *legis actiones* рѣшаетъ этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ.

Присяга (*sacramentum*) является въ древнѣйшую эпоху единственнымъ средствомъ доказательства; но разъ она принесена обѣими

³⁸⁾ Стр. 175.

³⁹⁾ Стр. 169.

⁴⁰⁾ Стр. 212.

⁴¹⁾ Стр. 223.

⁴²⁾ Стр. 251.

⁴³⁾ Стр. 236, 237, 239.

⁴⁴⁾ Стр. 342 и сл.

сторонами, то повѣрка этого доказательства естественно принадлежитъ духовнымъ властямъ, т. е. понтификамъ. Отсюда и необходимость приостановить процессъ *in jure* и передать его *in judicium*. Дѣленіе процесса на двѣ стадіи вытекаетъ, т. обр., изъ того обстоятельства, что по поводу гражданскаго спора возникаетъ споръ сакральный. Производство *in judicio* имѣетъ поэтому двойное значеніе: съ одной (сакрально-правовой) стороны это есть самостоятельный жреческій процессъ по вопросу объ *expiatio* или *exsecratio* за ложную присягу („ein Ermittlungsverfahren für das priesterliche Expiations—oder Exsecrationsverfahren“); съ другой стороны—для гражданско-правоваго, приостановленнаго *in jure* процесса—производство *in judicio* имѣетъ значеніе производства о доказательствахъ („Beweisverfahren“)⁴⁵⁾.

Вытекая, т. обр., изъ различія компетенціи свѣтскихъ и духовныхъ властей, дѣленіе процесса на *jus* и *judicium* въ эпоху царей не существовало или, по крайней мѣрѣ, не было необходимо: соединяя въ своемъ лицѣ и свѣтскаго судью и качество *pontifex maximus*, царь, конечно, могъ рѣшать и вопросъ „*cujus sacramentum justum sit*“, и потому могъ вести все дѣло лично отъ начала до конца. Необходимымъ такое дѣленіе стало только съ установленіемъ республики, когда свѣтская и духовная власти были другъ отъ друга отдѣлены⁴⁶⁾. Когда же въ послѣдствіи *sacramentum* потеряло свое сакральное значеніе, переставъ быть присягой, то и дѣленіе процесса естественно утратило свой смыслъ, и если сохранялось, то лишь по традиціи⁴⁷⁾.

Какъ видимъ, теорія Н. Krüger'a такъ же, какъ и теорія Schultze, даетъ цѣлую и стройную систему и въ такой же мѣрѣ, какъ и теорія Schultze, можетъ быть названа философией древнеримскаго процесса. Но точно такъ же, какъ и эта послѣдняя теорія, она, къ сожалѣнію, построена на такихъ предположеніяхъ, которыя авторомъ вовсе не доказаны, и потому—по совершенно вѣрному замѣчанію одного изъ критиковъ⁴⁸⁾—представляетъ изъ себя „ein seltsames Gemisch von Bezeugtem und Unbezeugtem“.

⁴⁵⁾ Стр. 227, 231.

⁴⁶⁾ Стр. 227—228.

⁴⁷⁾ Стр. 229.

⁴⁸⁾ Кірр. Рецензія на сочиненіе Krüger'a въ Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. IX (1888). Стр. 159—177.

Не разбирая учения Н. Krüger'a по отдѣльнымъ пунктамъ (съ ними мы будемъ имѣть дѣло ниже), мы укажемъ здѣсь только на одинъ существенный недостатокъ его, недостатокъ, который уже самъ по себѣ можетъ дискредитировать все это стройное учение. Какъ мы только что видѣли, Krüger придаетъ акту *litiscontestatio* въ общемъ ходѣ процесса чрезвычайно второстепенное значеніе: это—съ его точки зрѣнія—есть только актъ, удостоверяющій, что *provocatio sacramento* совершилась. Какъ же объяснить тогда то обстоятельство, что процессуальная *consumptio* связывалась именно съ этимъ моментомъ? Н. Krüger, признавая вмѣстѣ съ Schultze, что процессуальная *consumptio* есть всегда погашеніе вслѣдствіе состоявшагося по дѣлу приговора („*Urtheilconsumtion*“) и что въ эпоху формулярнаго процесса такимъ приговоромъ (но, конечно, гипотетическимъ) являлась формула, вслѣдъ затѣмъ говоритъ: иначе обстоило дѣло при *legis actio sacramento*: здѣсь надо различать, нужно-ли было для дальнѣйшаго теченія дѣла производство *in iudicio* или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ приговоромъ, имѣющимъ консумирующее дѣйствіе, будетъ приговоръ магистрата, т. е. *addictio*. Если же дѣло дошло до *sacramentum* и производства *in iudicio*, то консумирующее значеніе будетъ имѣть *sententia*⁴⁹⁾. Это утвержденіе Krüger'a, что въ эпоху *legis actiones* консумирующее дѣйствіе имѣла не *litiscontestatio*, а *sententia*, есть, во-первыхъ, очевидное *petitio principii*, а во-вторыхъ, оно противорѣчитъ собственному ученію Krüger'a. Вѣдь, если производство *in iudicio*, какъ то полагаетъ Krüger, имѣетъ лишь вѣтвой характеръ „*Beweisverfahren*“, если процессъ потомъ снова долженъ возобновиться *in iure*, чтобы дойти до *addictio*, то мы вправѣ были-бы ожидать, что онъ консумирующее дѣйствіе свяжетъ не съ *sententia*, а именно съ этимъ окончательнымъ приговоромъ магистрата по возобновленіи процесса *in iure*, съ *addictio*.

Какъ бы то ни было, но полное отрицаніе консумирующаго значенія за *litiscontestatio* совершенно противорѣчитъ общезвѣстнымъ показаніямъ источниковъ, которые, напротивъ, придаютъ этому моменту значеніе огромной важности. Если же вѣрить этимъ источникамъ, то очевидно, что *litiscontestatio*, моментъ, заключающій производство въ первой стадіи, имѣетъ не совсѣмъ такое назначеніе, какое приписываетъ ему Krüger. Съ другой стороны, также ни на чемъ

⁴⁹⁾ Стр. 177—178.

не основано утверждение Krüger'a, будто передача дѣла *in iudicium* представляет собою только *пріостановку* процесса *in iure* до разрѣшенія вопроса о доказательствахъ, будто процессъ послѣ этого возобновляется, чтобы закончиться *addictio* магистрата. Источники неоспоримо изображаютъ производство *in iudicio*, какъ нѣчто самостоятельное и окончательное.

Вслѣдствіе этого все учение Krüger'a объ общемъ ходѣ *legis actio sacramento* и о раздѣленіи процесса на *jus* и *iudicium* должно быть признано совершенно несостоятельнымъ.

Мы ограничиваемся здѣсь только изложенными ученіями; со многими другими мы познакомимся ниже; но только ученія Ierriга, Bernhöft'a, Schultze и Krüger'a представляют собою попытку дать полную и цѣлостную систему древнеримскаго легисакціоннаго процесса, попытку проникнуть въ его общіе историческіе принципы и въ его основной, характерный тонъ.

Если мы теперь окинемъ всѣ эти ученія общимъ взглядомъ, съ точки зрѣнія нашихъ основныхъ вопросовъ о томъ, какую роль игралъ магистратъ въ этомъ процессѣ, какое значеніе имѣло дѣленіе этого послѣдняго на *jus* и *iudicium*,—то мы увидимъ, что отвѣты даются самыя противоположныя. По ученію Ierriга, магистратъ въ принципѣ только третейскій судья, заимствующій свои полномочія не изъ своего должностнаго положенія, а изъ добровольнаго согласенія сторонъ; по духу его ученія, далѣе, главнымъ элементомъ древнеримскаго процесса является производство *in iudicio*, межъ тѣмъ какъ производство *in iure* имѣетъ значеніе только подготовительное. По ученію Bernhöft'a, магистратъ принципиально также третейскій судья, хотя въ древнѣйшее время онъ (въ лицѣ царя) разбиралъ все дѣло лично; производство же *in iudicio* явилось въ исторіи какъ производство апелляціонное. По воззрѣнію Schultze, въ процессѣ *per legis actiones* магистратъ вовсе не судья; судьями являются сами стороны, которыя и произносятъ надъ собой приговоръ на основаніи закона; на случай столкновенія двухъ противоположныхъ приговоровъ оказывается необходимымъ дальнѣйшій разборъ и новый внѣ-партійный приговоръ; но это дѣлается уже *in iudicio*. По этой системѣ обѣ стадіи процесса имѣютъ свою самостоятельную функцію и обѣ въ одинаковой степени важны. Наконецъ, по теоріи Krüger'a, магистратъ уже въ эту эпоху есть настоящій судья, начинающій слушаніе дѣла и заканчивающій его своимъ приговоромъ; производство же *in iudicio*

имѣть вставной, служебный характеръ; появленіе этого вставнаго производства объясняется условіями чисто историческими, отдѣленіемъ сибтской власти отъ духовной съ установленіемъ республики...

Какъ видимъ—полное разногласіе по всѣмъ основнымъ пунктамъ. Въ отдѣльныхъ частностяхъ всѣ поименованные авторы часто между собою сходятся, но общее пониманіе смысла и духа всего процесса радикально разнится. Къ тому же всѣ теоріи построены на одинаково шаткихъ основаніяхъ, одинаково оказываются несостоятельными,—и понятно поэтому, что вопросъ о древнеримскомъ процессѣ наука наша должна считать вопросомъ нерѣшеннымъ.

Попытаемся, однако, пересмотрѣть вопросъ еще разъ, проанализируемъ возможно внимательнѣе всѣ основныя формы древнеримскихъ *legis actiones*.

СПбГУ

Pignoris capio и manus injectio.

Pignoris capio, какъ вѣд-судебный способъ осуществленія правъ у римлянъ и у другихъ народовъ.—Manus injectio (вопросъ объ addictio, внимательство vindicta's).—Историческое мѣсто обыкн. формъ и роль магистрата.

Изъ пяти перечисленныхъ Гаемъ формъ legis actio наименѣе соотвѣтствуетъ нашему представленію о судѣ и процессѣ *legis actio per pignoris capionem*. Извѣстенъ рассказъ Гая о томъ, что даже пѣкоторымъ изъ римскихъ юристовъ казалось невозможнымъ считать эту форму осуществленія правъ за legis actio¹⁾.

Овлажденіе какою-либо вещью должника совершается безъ предварительнаго суда или разрѣшенія магистрата, и единственнымъ обстоятельствомъ, которое придавало этому овлажденію нѣкоторое сходство съ прочими legis actiones, были тѣ „certa verba“, которыя при этомъ произносились²⁾.

¹⁾ Gai. IV. 29: quibusdam autem contra placebat, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent, quam apud praetorem praesente adversario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

²⁾ Какія это были слова, неизвѣстно. *Huschke* (Multa. S. 402) напр. предполагаетъ слѣд. формулу: Quod te mihi pro hostia, quam a me emisti, decem asses dare oportet cosque mihi non reddidisti, ob eam rem pro decem assibus hanc rem pignus capio.

Такой порядокъ осуществленія правъ долженъ былъ естественно возбуждать массу недоумѣній, и во главѣ этихъ недоумѣній стоялъ вопросъ: что-же служило гарантiей противъ неосновательной *ignominiosa capio*? „*Legis actio per ignominiosam capionem* безъ гарантiи ея правомѣрности, т. е. безъ такого или иного процесса, который бы оправдывалъ совершенный захватъ вещи, была бы *carte blanche* для всякаго наслiя и грабежа“—говорилъ еще *Jerinъ*³⁾. Онъ предполагаетъ поэтому, что за *ignominiosa capio* долженъ былъ, въ случаѣ заявленiя протеста со стороны собственника захваченной вещи, послѣдовать дѣйствительный процессъ (*Justificationsverfahren*), въ которомъ роль истца долженъ былъ занять тотъ, кто совершилъ *ignominiosa capio*. Только владѣствiе постоянной юридической возможности такого процесса *ignominiosa capio*, по мнѣнiю *Jerinъ*, и причислялась къ *legis actiones*.

Большинство повѣйшихъ ученыхъ, однако, такого взгляда *Jerinъ* не раздѣляетъ, хотя вопросъ о гарантiи противъ неосновательной *ignominiosa capio* рѣшается ими неодинаково.

Такъ, по мнѣнiю *Muschke*⁴⁾, если на случай неосновательной *ignominiosa capio* не были установлены какiе-либо особые штрафы, то во всякомъ случаѣ собственникъ захваченной вещи могъ предъявить или *rei vindicatio* или *condictio* или искъ по поводу *furtiva* (позже *actio ex lege Aquilia*), причѣмъ обязанность доказать правомѣрность *ignominiosa capio* лежала, конечно, на отвѣтчикѣ, т. е. лицѣ, совершившемъ *ignominiosa capio*. По мнѣнiю *Bekker'a*⁵⁾, неосновательная *ignominiosa capio* составляла, во всякомъ случаѣ *furtum usus* и подвергала, слѣдовательно, виновника отвѣтственности по *actio furti*. Подобное же мнѣнiе высказываетъ и *Jobbé-Duval*⁶⁾. *Karlowa*⁷⁾ съ своей стороны полагаетъ, что относительно характера могущаго послѣдовать за *ignominiosa capio* процесса, нѣкоторыя указанiя можетъ дать сообщенiе Цицерона объ эдиктѣ Верреса для Сицилiи, гдѣ для одного частнаго случая (отношенiя между публиканомъ, откупщикомъ податей—*decumanus*—и *aratores*) устанавливается нѣчто въ родѣ *ignominiosa capio*; въ случаѣ неосновательнаго захвата вещей *arator'a* послѣднiй можетъ

³⁾ Geist. Bd. I. Стр. 159 и сл. (2-го изд.).

⁴⁾ Multa. Стр. 402.

⁵⁾ Aktionen. Bd. I Стр. 45.

⁶⁾ Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains (1896). p. 10—11.

⁷⁾ Der römische Civilproceß zur Zeit der Legisaktionen. Стр. 202 и сл.

потомъ предъявить противъ *decumanus actio in factum* на восьмерную стоимость захваченныхъ вещей⁸⁾.

Какъ бы то ни было, надо, дѣйствительно, признать вмѣстѣ со всѣми этими учеными, что „*Justificationsprocess*“ въ такой формѣ, какъ его представлялъ себѣ Терингъ, едва-ли мыслимъ; совершенно справедливо по этому поводу замѣчаніе *Bekker'a*: какимъ образомъ *pignerator*, послѣ того, какъ онъ уже захватилъ вещь, могъ быть принужденъ къ предъявленію иска⁹⁾? Несомнѣнно, должно было существовать какое-либо средство на случай неправомѣрности *pignoris capio*, и, конечно, это средство въ концѣ концовъ, по своему матеріальному значенію, явится „оправдательнымъ процессомъ“ по отношенію къ совершившейся *pignoris capio*. Но, во всякомъ случаѣ, этотъ дальнѣйшій процессъ отнюдь не есть, какъ то думалъ Терингъ, необходимая интегральная часть *legis actio per pignoris capionem*. Это будетъ или особый штрафной искъ противъ *pignerator'a* (какъ то полагаетъ *Karlowa* и допускаетъ *Huschke*), или искъ собственника о вещи (*rei vindicatio* или *condictio*—*Huschke*) или, наконецъ, *actio furti* (*Bekker*, *Jobbé-Duval*). Каковъ бы ни былъ этотъ искъ, онъ, во всякомъ случаѣ, представляетъ изъ себя уже нѣчто совершенно отдѣльное отъ *pignoris capio*, какъ особой *legis actio*. *Pignoris capio*, какъ извѣстная форма *legis actio*, заканчивается захватомъ вещи, и, т. обр., сама по себѣ она является извѣстнымъ формальнымъ актомъ самоуправства, черпающимъ свою юридическую силу не изъ приговора суда или администраціи, а исключительно изъ своей формальности. Совершенно основательно поэтому въ параллель съ *pignoris capio* ставится часто другой формальный институтъ римскаго права съ отпечаткомъ глубокой старины—*operis novi nuntiatio*¹⁰⁾.

Конечно, такой актъ внѣ-судебнаго осуществленія правъ, актъ чистаго самоуправства съ точки зрѣнія нашихъ понятій о процессѣ долженъ казаться явленіемъ страннымъ—быть можетъ, даже въ большей степени, чѣмъ то казалось тѣмъ нѣкоторымъ изъ римскихъ юристовъ, о которыхъ намъ повѣствуетъ Гай. Но такъ будетъ лишь до тѣхъ поръ, пока мы будемъ разсматривать его изолированно,

⁸⁾ Ср. къ этому вопросу еще *Pernice*. *Rarerga* II. *Beziehungen des öffentl röm. Rechts zum Privatrechte* в. *Zeitschr. d. Sav.-St.* Bd. V. Стр. 123—129.—*Wlassak*. *Röm. Processgesetz*. Bd. I. Стр. 252—253.

⁹⁾ *Aktionen*. Bd. I. Стр. 44, прим. 2.

¹⁰⁾ Ср. напр. *Bekker*. *Aktionen*. Bd. I. Стр. 49 и сл.

только какъ извѣстное явленіе римской исторіи. Напротивъ, вся странность нашего института исчезаетъ, какъ только мы бросимъ взглядъ на древнѣйшіе способы осуществленія правъ въ исторіи другихъ народовъ. Уже нѣкоторые изъ только что упомянутыхъ романистовъ для объясненія особенностей древнеримскаго процесса стали прибѣгать къ аналогіямъ изъ области права древнегерманскаго¹¹⁾. Новѣйшія изслѣдованія въ области сравнительнаго правовѣденія вполне убѣдительно выяснили, что *ignoris curio*, какъ способъ осуществленія правъ, есть явленіе весьма распространенное на извѣстной ступени правоваго развитія¹²⁾.

Наиболѣе изслѣдованными и потому болѣе полезными оказываются для насъ аналогичныя явленія въ исторіи древнегерманскаго права. Германское право знало въ широкой степени самоличное и виѣ-судебное осуществленіе претензій путемъ овладѣнія какой-либо вещью должника (*Pfändung, aussergerichtliche Pfandnahme*). Къ такой *Pfändung* управомочивало великое обязательство, заключенное посредствомъ *vadia* (*gewettete Schuld*). Захватъ вещи должно было прѣдшествовать, однако, соблюденіе извѣстныхъ, обычнымъ правомъ установленныхъ формальностей, въ особенности надлежащее (и притомъ обыкновенно троекратное) напоминаніе должнику. Разъ всѣ эти формальности были соблюдены, то затѣмъ какого-либо процесса или судебного позволенія на захватъ первоначально уже не требовалось. Такъ стоитъ еще дѣло въ правѣ лангобардскомъ, которое требуетъ судебного позволенія лишь въ томъ случаѣ, когда за немнѣишемъ у должника другаго имущества, исполненіе претензій приходится направить на такія вещи, которыя обыкновенно отъ *Pfändung* изъяты. То же мы находимъ въ шведскихъ правахъ и въ правѣ саксонскомъ; въ этомъ послѣднемъ виѣ-судебная *Pfändung* была запрещена только закономъ Карла—*Capitulatio de partibus Saxoniae*. Напротивъ, другія законодательства (напр., бургундское, франкское, баварское и п. др.) уже требуютъ предварительнаго судебного разрѣшенія¹³⁾.

¹¹⁾ Ср. *Bekker*. *Aktionen*. Bd. I. Стр. 20 прим., *Karlowa* *Legisaktionen* стр. 207. Особенное вліяніе оказало въ этомъ отношеніи изслѣдованіе *Sohm's* *Der Process der Lex Salica*.

¹²⁾ Ср. въ особ. *Sumner Maine*. *Études sur l'histoire des institutions primitives*. trad. par Durieu de Leyritz (1880). Chap. IX и X.—*Leist*. *Altarisches Jus Civile*. Bd. II (1896) стр. 311 и сл.—Ср. также авторовъ, цитированныхъ у *Johbè-Daval*. *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les romains*. p. 9, note 3.

¹³⁾ Ср. *Brunner*. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Bd. II. S. 446 и сл.—*Heussler*.

Такимъ образомъ, въ ту древнѣйшую эпоху, когда еще не требовалось судебного разрѣшенія, мы и въ древне-германскомъ правѣ встрѣчаемся съ тѣмъ же вопросомъ: не дастъ-ли возможность вѣдъ судебного захвата *carte blanche* для всевозможнаго произвола, не нуженъ-ли и здѣсь какой-нибудь послѣдующій *Iustificationsprocess*? Источники германскаго права даютъ на этотъ вопросъ болѣе точный отвѣтъ, чѣмъ источники права римскаго. „Несвоевременная, чрезмѣрная или неправомѣрная *Pfändung*, говоритъ *Brunner* ¹⁴⁾, наказывалась штрафомъ или какъ грабежь, или какъ воровство, или, наконецъ, какъ особый самостоятельный деликтъ“.

Pignoris capio оказывается, слѣдовательно, явленіемъ не специфически римскимъ, а довольно общимъ, причемъ вездѣ она встрѣчается съ болѣе или менѣе одинаковыми чертами. „*C'est là un moyen de contrainte*, говоритъ совершенно правильно *Girard* ¹⁵⁾, qui vient assez naturellement à l'esprit, qui, en un certain sens, vit toujours dans la conscience populaire et qui a fonctionné plus ou moins largement dans beaucoup de législations peu avancées a peu près partout, ou l'organisation judiciaire n'a pas encore arrêté l'initiative du créancier“.

Правда, въ римскомъ правѣ *pignoris capio* встрѣчается только въ извѣстныхъ, строго опредѣленныхъ случаяхъ, отмѣченныхъ публичностическимъ или сакральнымъ характеромъ ¹⁶⁾, вслѣдствіе чего въ литературѣ перѣдко высказывается мысль, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ уступкой (*cessio*) того *jus pignoris capionis*, которое вообще имѣли магистраты для вынужденія своихъ должностныхъ требованій ¹⁷⁾. Мы не станемъ вдаваться въ этотъ вопросъ, потому что онъ, между прочимъ, связанъ съ вопросомъ о томъ, насколько перечисленіе случаевъ *pignoris capio*, данное Гаемъ, можетъ быть признано исчерпывающимъ ¹⁸⁾. Для насъ во всякомъ случаѣ важенъ лишь тотъ фактъ, что

Institutionen des deutsch. Privatrechts. Bd. II. S. 241.—*Schröder*. Lehrbuch des deutschen Rechtsgeschichte. S. 288.

¹⁴⁾ I. cit. стр. 449.

¹⁵⁾ Manuel. p. 955.

¹⁶⁾ Ср. Gai. IV. 27—28.—*Keller*. Civilprocess. § 20.—*Karlowa*. Legisaktionen. S. 207—218.

¹⁷⁾ *Pernice*. Zeitschr. d. Sav.-St. V. S. 127—128; также *Girard*. Manuel. p. 956. Напротивъ, *Jobbé-Duval*. Études p. 9, note 4 склоненъ видѣть въ римскихъ случаяхъ *pignoris capio* „un débris d'une institution plus ancienne“.

¹⁸⁾ Ср. напр. предположеніе *B.-Hollweg'a* (Civilprocess. Bd. I. S. 204), что

въ *pignoris capio* мы имѣемъ осуществленіе правъ въ видѣ совершенно виѣ-судебнаго, лишь обставленнаго извѣстными формальностями, частнаго акта. Мы имѣемъ здѣсь *legis actio*, при которой не только о *judicium*, но даже и о *ius* не можетъ быть рѣши.

Если въ источникахъ римскаго права *pignoris capio* встрѣчается только въ немногихъ особо привилегированныхъ случаяхъ, то, напр., въ древне-германскомъ правѣ *Pfändung* имѣетъ гораздо болѣе широкое примѣненіе; а, если припнть во вниманіе, что *Wettschuld*, обязательство, заключенное *per vadia*, является въ древне-германскомъ правѣ первымъ типомъ исковаго обязательства¹⁹⁾, то для этого послѣдняго права *Pfändung* надо будетъ признать древнѣйшимъ нормальнымъ средствомъ осуществленія обязательствъ (*Klagen um Schuld*).

Какъ мы только что видѣли, *Pfändung* въ германскомъ правѣ въ болѣе позднюю эпоху начинаетъ нуждаться въ предварительномъ разрѣшеніи со стороны властей. Этотъ фактъ чрезвычайно характеренъ для исторіи древняго процесса вообще. Если мы совершившуюся, такимъ образомъ, эволюцію *Pfändung* выразили бы въ терминахъ римскаго права, то мы сказали бы, что *pignoris capio* приобрѣла первую стадію процесса—*ius*,—хотя и не нуждается еще во второй—*judicium*.

Нормальнымъ средствомъ исполненія являлась въ древнемъ Римѣ, какъ извѣстно, другая форма *legis actio*—*manus injectio*. Виѣшній ходъ ея описывается Гаемъ (IV. 21) слѣдующимъ образомъ:

„Qui agebat, sic dicebat „Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sest. X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sest. X milium judicati manum inicio“, et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur“.

Согласно этому описанію, *manus injectio* состоитъ въ торжественномъ произнесеніи кредиторомъ извѣстной формулы (*certa verba*),

pignoris capio въ древнѣйшее время имѣла мѣсто и по поводу *damnum infectum*.—Ср. *Karlowa* Legisaktionen. S. 216, *Keller*. Civilprocess. § 20. Ann. 267 a.

¹⁹⁾ *Schröder*. Lehrbuch d. deutsch. Rechtsgeschichte. S. 288, *Heussler*. Institutionen. Bd. II. S. 231.

обращенной къ должнику и въ наложеніи на должника руки. Этотъ актъ совершается передъ трибуналомъ магистрата, но и только: приведенныя слова Гая о какомъ бы то ни было дальнѣйшемъ участіи магистрата (вродѣ приговора) ничего не говорятъ: „*qui vindicem non dabat, domum ducebatur et vinciebatur*“. Точно также и дошедшій до насъ текстъ закона XII т. говоритъ просто:

„*ni iudicatum facit aut quis endo em* ²⁰⁾ *iure vindicet, secum ducito, vincito*“ etc.

Въ другихъ, однако, мѣстахъ источниковъ говорится уже объ *addictio* со стороны магистрата. Напр., Gell. XX. 1. 44:

„... *post deinde, nisi dissolverent, ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur*“.

По поводу такого видимого разногласія источниковъ *Huschke* ²¹⁾ высказалъ мысль, что первоначально, въ эпоху законовъ XII т., никакой *addictio* при *manus injectio* не было; ея необходимость установилась гораздо позже—„*wo die höhere Gewalt des Staates bei der Rechtsverfolgung nicht mehr nach dem Gesetz in dem Kläger selbst lag, sondern auf den Prätor ausschliesslich überging, der ebendamt nur allein noch fähig war, dem Kläger eine solche Gewalt über den Verurtheilten zu geben*“. Это случилось, по мнѣнію *Huschke*, только послѣ *lex Poetelia*, который превратилъ право кредитора на самовольную *ductio* должника въ простое право просить о преторскомъ разрѣшеніи на такую *ductio*.

Противъ такого взгляда высказался *Bethmann-Hollweg*. Если законы XII т. не требуютъ *addictio*, если истецъ не нуждается въ признаніи своего права со стороны государственной власти, говорить онъ, то зачѣмъ тогда необходима вся процедура *in iure*, вся эта *in ius ductio*? Едва-ли вѣроятно, чтобы преторъ предоставлялъ право увести должника простымъ молчаніемъ ²²⁾.

Теринъ, раздѣляющій вообще мнѣніе *Huschke*, относительно приведеннаго возраженія В.-*Hollweg*'а замѣчаетъ: *vindex* можетъ выступить только *in iure*; а такъ какъ при всякой *manus injectio* необхо-

²⁰⁾ Или *eo in*? Ср. *Lencl. Edictum perpetuum* S. 328.

²¹⁾ Ueber das Recht des Nexum (1846). S. 79 и сл., S. 149.

²²⁾ Civilprocess. Bd. I. S. 118, прим. 12, ср. S. 198, прим. 19.

димо предполагать возможность появленія такой защиты, то понятно поэтому, что акт *manus injectio* долженъ быть совершенно непременно публично и передъ лицомъ магистрата, т. е. *in iure* ²³⁾.

Съ тѣхъ поръ вопросъ остается спорнымъ. Изъ позднѣйшихъ писателей одинъ склоняется къ мнѣнію *Huschke* и *Terringa* ²⁴⁾, другіе— къ мнѣнію *В.-Н. Weg'a* ²⁵⁾, третьи, наконецъ, оставляютъ вопросъ просто открытымъ ²⁶⁾.

Мы, съ своей стороны, признавая, что вопросъ едва-ли можетъ быть рѣшенъ на основаніи источниковъ къ ту или другую сторону, полагаемъ, однако, что древнѣйшая *manus injectio* не требовала какой-либо *addictio*. Въ пользу этого говорить весь строй до-историческаго процесса, насколько онъ намъ извѣстенъ изъ новѣйшихъ данныхъ сравнительнаго правовѣденія. У многихъ древнихъ народовъ неплатежъ яснаго и безспорнаго долга пуждается только къ публичномъ констатированіи этого факта, чтобы повлечь затѣмъ для должника, такъ сказать, *ipso iure* неизбежное послѣдствіе—долговую кабалу ²⁷⁾.

Но даже, если бы мы признали, что *addictio* была всегда цѣлью и непременнымъ концомъ *manus injectio*,—то и въ такомъ случаѣ мы должны были бы согласиться съ *Demelius'*омъ, что эта *addictio* не имѣла значенія преторскаго приговора, а лишь являлась актомъ, констатирующимъ, что всѣ законныя формальности были соблюдены и что *manus injectio* не была прекращена появленіемъ *vindex'a* ²⁸⁾.

Второй спорный и темный вопросъ въ области *manus injectio*

²³⁾ *Geist*. Bd. I. S. 152, прим. 59^b.

²⁴⁾ *Keller*. *Civilprocess*. § 83, прим. 1018. Самъ *Huschke* и позже сохранилъ свой взглядъ—ср. *Multa* (1874). S. 456.—*Girard* также признаетъ *addictio* доказанной только для эпохи послѣ законовъ XII т.—*Manuel*. p. 959.—Ср. еще *Wlassak*, *Röm. Proccesgesetz*. Bd. I. S. 96, прим. 27.—*G. May*. *Éléments de droit romain* (1898). p. 610.

²⁵⁾ *Karlowa*. *Legisaktionen*. S. 158, *Röm. Rechtsgeschichte*. Bd. II. (1892). S. 550.—*M. Voigt*. *Die XII Tafeln* (1833). Bd. I. S. 622.—*Lenel*. *Edictum perp.* S. 328.—*Hartmann*. *Obligation*. S. 121 и н. др.

²⁶⁾ Напр. *Jahbi-Dural Études*. p. 7—8.

²⁷⁾ Ср. *Leist*. *Alt aris-les Jus Civile*. Bd. II. S. 304 и сл. Въ особ. S. 306 относитъ римскаго права. „Die prätorische Addiction ist die speciell latinische magistratische Aktkonstatierung in Betreff Dessen, was ursprünglich überhaupt die vor Güttern und Menschen manifeste Greifung und Caput-Unterwerfung des Schuldners gewesen war“.

²⁸⁾ *Demelius*. *Die Confessio im röm. Civilprocess* (1880). S. 43, 56.

заключается въ слѣдующемъ: *если появляется vindex, то какой видъ принимаетъ процессъ въ дальнѣйшемъ?*

Что касается, прежде всего, должника, то изъ современныхъ ученыхъ почти все согласны въ томъ, что онъ вступленіемъ vindex'a окончательно и навсегда освобождается²⁹⁾. Весь процессъ обрывается теперь на vindex'a, и освобожденіе должника не зависитъ отъ такого или иного исхода процесса. „Вмѣнательство vindex'a, говоритъ *Demelius*, отнюдь не есть вступленіе его въ процессъ между кредиторомъ и должникомъ: это есть самостоятельный актъ, своею собственною силою тотчасъ же освобождающій должника отъ кредитора. Должникъ освобождается не только въ томъ случаѣ, если vindex въ послѣдующемъ процессѣ докажетъ неосновательность истцовою претензіи, и не только въ моментъ приговора по этому процессу, а просто въ силу формальнаго „*manus depellere*“ со стороны vindex'a. Это есть такой же формальный актъ, какъ и самая *manus injectio*, только съ противоположнымъ дѣйствіемъ. Если послѣдствіи вмѣнательства vindex'a окажется неосновательнымъ, то не восстанавливается прежній процессъ противъ должника, а кредитору отвѣчаетъ теперь исключительно только vindex“³⁰⁾.

„Если, такимъ образомъ, продолжаетъ далѣе *Demelius*, вступленіе vindex'a не есть освариваніе долга въ томъ смыслѣ, что только озрадательный приговоръ освобождаетъ должника, если оно производить окончательное освобожденіе послѣдняго отъ власти кредитора независимо отъ дальнѣйшаго исхода спора, — то очевидно, что въ этомъ отношеніи между кредиторомъ и должникомъ при *manus injectio* не можетъ быть и рѣчи о какомъ-либо спорѣ, о какомъ-либо приговорѣ, о какой-либо *confessio*“.— Весь процессъ *in jure* имѣетъ опять-таки

²⁹⁾ Ср. *Keller*. Civilprocess. 6-te Aufl. S. 97-98: „vindex, der für Process und eventuelle Zahlung entstand und in diesem Sinne seine Defension übernahm. — *B.-Hollweg*. Civilprocess. Ed. I. S. 156, 197. — *Huschke*. Multa S. 399 (въ прим. 128 *Huschke* конструируетъ примѣрную формулу, произносимую при этомъ vindex'омъ такъ: „*Quod ille tibi iure iudiatus sive damnatus non est sest. X m., neque ea quando oportet non solvit. ob eam rem ego pro eo tibi vindex sum indicatque manus huic depello*“). — Ср. еще *Girard* Manuel p. 958. — Исключеніе составляетъ только *H. Krüger*, который, какъ было указано выше, полагаетъ, что должникъ eo ipso не освобождается и что отвѣтственность vindex'a *in dictum* была установлена только на тотъ случай, если должникъ ко времени окончанія спора съ vindex'омъ укрывался. Но въ источникахъ нигдѣ нѣтъ ни малѣйшей опоры для подобной гипотезы.

³⁰⁾ Die Confessio. S. 56-57.

и въ этомъ случаѣ характеръ простаго констатированія извѣстнаго факта—факта вѣдѣтельности vindex'a и полного прекращенія вѣдѣтвѣ этого начатой manus injectio.

Но пойдѣмъ теперь дальше. *Какой видъ могъ имѣть процессъ между кредиторомъ и vindex'омъ?* Въ виду полного молчанія источниковъ на этотъ счетъ мы обречены на догадки. По мнѣнью однихъ, этотъ процессъ разыгрывался въ формѣ обыкновенной legis actio sacramenta³¹⁾, другіе считаютъ это по различнымъ причинамъ невозможнымъ, хотя сами отъ предположеній воздерживаются³²⁾; наконецъ, третьи думаютъ, что безосновательное вѣдѣтельство vindex'a составляетъ самостоятельный деликтъ, обложенный poena dupli³³⁾.

Намъ кажется, что, какъ бы мы ни представили себѣ этотъ дальнѣйшій процессъ противъ vindex'a (мы съ своей стороны думаемъ, что не существуетъ никакихъ препятствій къ предположенію legis actio sacramenta),—этотъ процессъ *съ формальной стороны* уже выходитъ за предѣлы manus injectio. Съ появленіемъ на сцену vindex'a, въ моментъ его формальнаго „manum depellere“ manus injectio, какъ таковая, заканчивается, а все дальнѣйшее должно совершиться уже въ какой нибудь иной формѣ.

Какъ извѣстно, Теренцій и здѣсь предполагалъ въ некоторый iustificationsprocess, который являлся, по его мнѣнью, только извѣстной составной частью legis actio per manus injectionem, и ради котораго manus injectio и называлась Legis actio. Но подобно тому, какъ при pignoris capio, такъ и при manus injectio процессъ противъ vindex'a, какую-бы форму мы для него ни предположили, формально находясь уже за предѣлами manus injectio, *съ матеріальной точки зрѣнія* является для нея необходимымъ „оправдательнымъ“ процессомъ. Исканіе такого „оправдательнаго процесса“ *въ предѣлахъ самой manus*

³¹⁾ Puchta. Institutionen. Bd. II. § 162 (7-te Aufl. S. 85), Rudorff. Röm. Rechtsgeschichte. Bd. II. § 21. S. 86. Huschke. Multa S. 399 и п. др.

³²⁾ Keller. Civilprocess (6-te Aufl. S. 101. прим. 25⁴⁾) и предполагаетъ, что poena dupli съ l. a. sacramenta несовместима.—Bethmann-Hollweg. Civilprocess. Bd. I. S. 163. прим. 33 считаетъ невозможнымъ переходъ одной legis actio (per manus injectionem) въ другую (per sacramentum).—Karlowa. Legisaktionem S. 186—187.

³³⁾ Girard. Manuel. p. 959, прим. 3. „A notre avis, le manum depellere du vindex est un acte formel symétrique au manum injicere du demandeur, qui, s'il est fait sans droit, constitue un délit. Il plaide en son nom à lui.. et il plaide sur le point de savoir, s'il a commis un délit, ce qui explique la peine du double“.

injectio, какъ это мы видимъ у Теринга, по справедливому замѣчанію *Demelius'a*³⁴⁾, „beruht auf einer aus den Verhältnissen der späteren Zeit abstrahirten Schablone“. Явится-ли *vindex* или нѣтъ, *manus injectio* во всякомъ случаѣ будетъ *legis actio*³⁵⁾; появленіе *vindex'a* и возникновеніе влѣдствіе этого *спора*, нуждающагося къ разборѣ и разрѣшенію, по отношенію къ *legis actio per manus injectionem* играетъ только роль возможнаго инцидента³⁶⁾.

Такимъ образомъ, если мы при *rigoris capio* имѣли форму процесса совершенно вѣ-судебную, имѣли *legis actio* безъ *jus* и безъ *judicium*, то при *manus injectio* мы имѣемъ *legis actio*, въ которой изъ этихъ двухъ стадій есть уже первая—*jus*, хотя все еще нѣтъ второй—*judicium*. Позднѣйшая Pfändung германскаго права, когда для захвата вещей должника уже требовалось предварительное судебное разрѣшеніе, по своей структурѣ представляетъ параллель римской *manus injectio* и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ намъ кажется, даетъ указаніе на историческій ходъ образованія этой формы древне-римскаго процесса.

Въ древнѣйшее время осуществленіе претензій, безъ сомнѣній, совершалось собственною силой самого кредитора, безъ всякаго участія властей—на подобіе *rigoris capio*, причемъ у однихъ народовъ подобное взысканіе обращалось *prima facie* на имущество должника (германцы, ирландцы и т. д.), у другихъ—какъ у римлянъ—на личность этого послѣдняго. Способомъ взысканія влѣдствіе этого былъ захватъ или вещей, или самого должника. Необходимо было только, чтобы этотъ захватъ былъ совершенъ публично, чтобы при этомъ въ обычныхъ установленныхъ формахъ (*certa verba*) „передъ богами и передъ людьми“ было заявлено, что этотъ захватъ есть не грабежъ и насиліе, а именно осуществленіе права. Публичность договорныхъ формъ, ограниченность государственной территоріи—дѣлали то, что всѣ дѣловыя отношенія, всѣ требованія и долги между частными лицами, членами маленькаго государственнаго міра, были всегда всѣмъ извѣстны. При такихъ условіяхъ не было необходимости къ судѣ и приговорѣ пачальства, ибо здѣсь дѣйствовалъ общенародный судъ, судъ общественнаго мнѣнія, который по большей части уже заранѣе

³⁴⁾ Die Confessio. S. 40, прим. 2.

³⁵⁾ *Demelius. ibid.* S. 41.

³⁶⁾ *Jobbé-Dural Études* p. 6.

стоять на сторонѣ того или другаго изъ лицъ заинтересованныхъ. Должникъ, вступая въ обязательство, уже заранѣе на случай своего неисполненія осуждалъ себя самъ, и кредиторъ теперь только приводилъ это самоосужденіе въ исполненіе.

Но дѣло, конечно, должно было измѣниться съ расширеніемъ территоріи, съ увеличеніемъ населенія, съ усложненіемъ условій общественной жизни. Пренія простота, несложность и общезвѣстность юридическихъ фактовъ и отношеній стала исчезать, а вмѣстѣ съ тѣмъ пренія формы осуществленія правъ стали все больше и больше открывать возможность злоупотребленій. Тогда-то устанавливается требованіе, чтобы всѣ подобныя акты осуществленія правъ совершались тамъ, гдѣ лежитъ центръ общественной жизни—на форумѣ, предъ лицомъ того, кто является представителемъ общества съ одной стороны и блюстителемъ гражданскаго порядка—съ другой.—т. е. передъ магистратомъ. Такимъ образомъ, возникаетъ требованіе предварительнаго разрѣшенія на *Pfändung* въ германскомъ правѣ, необходимость совершенія *manus injectio in iure*—въ правѣ римскомъ.

Магистратъ, однако, при этомъ отнюдь не является судьей: судить ему здѣсь не о чемъ. Какъ опять-таки совершенно справедливо говоритъ *Demelius* ³⁷⁾, въ древнемъ процессѣ истецъ ни о чемъ не жалуется магистрату, ни о чемъ его не проситъ: онъ просто осуществляетъ въ его присутствіи свое право или, по крайней мѣрѣ, дѣлаетъ попытку его осуществить. „Er erstrebt dem Gegner gegenüber die Durchsetzung seines Rechts“.

Употребляя современные выраженія, мы могли бы сказать, что магистратъ присутствуетъ при этомъ отчасти въ роли нотаріуса, отчасти въ роли полицейскаго чиновника, который смотритъ затѣмъ, чтобы осуществленіе права (частный актъ) не перешло должныхъ границъ и тѣмъ не нарушило бы спокойнаго теченія общественной жизни.

³⁷⁾ Die Confessio. S. 41.

§ 3.

Legis actio sacramento.

Вопросъ о древнѣйшемъ значеніи sacramentum. Sacramentum, какъ присяга стороны. Теорія Danz'a, ея недостатки и попытки ея исправленія (H. Krüger, Schultze, Pfüger). Анализъ ритуала l. a. sacramento и выводы относительно происхожденія и дальнѣйшаго развитія этой формы.

Впервые съ дѣленіемъ на jus и iudicium мы встречаемся въ третьей формѣ древнеримскаго процесса—legis actio sacramento. Но если двѣ разсмотрѣнныя нами формы—pignoris capio и manus injectio—представляютъ много трудностей для современныхъ исследователей, то еще больше такихъ трудностей мы имѣемъ при legis actio sacramento.

Многіе изъ современныхъ писателей, впрочемъ, ограничиваются лишь общей, глухою характеристикой этой формы. Legis actio sacramento есть процессъ—пари; спорящія стороны въ подтвержденіе своей правоты устанавливаютъ извѣстный залогъ (sacramentum), и сторона проигравшая теряетъ его затѣмъ въ пользу государства. Sacramentum, т. обр., представляетъ изъ себя одинъ изъ видовъ т. н. poenae temere litigantium, штрафовъ за неосновательное возбужденіе спора¹⁾.

Другимъ, однако, такое объясненіе кажется недостаточнымъ. Legis actio sacramento даже въ такомъ видѣ, какъ она изображена

¹⁾ Ср. Keller. Civilprocess § 13.—Puchta. Institutionen. Bd. II. § 161.—Bethmann-Hollweg. Civilprocess. Bd. I. S. 120.—Rudorff. Röm. Rechtsgeschichte. Bd. II. § 21 и и. др.

намъ Гаемъ, содержать въ себѣ столько странныхъ, но характерныхъ чертъ, что мысль невольно стремится проникнуть глубже этой виѣшней характеристики, стремится понять эту форму процесса по возможности въ связи съ вызвавшими ее реально-историческими условіями. Къ чему весь этотъ слово за слово опредѣленный ритуаль, который даже самимъ римлянамъ время республики казался только смѣшнымъ²⁾? Почему денежный залогъ носить для него, повидимому, неподходящее названіе *sacramentum*? Почему этотъ залогъ, какъ свидѣтельствуешь *Varro*³⁾, полагался „ad pontem“, т. е. имѣть какое-то отношеніе къ каассѣ понтификовъ? и т. д., и т. д.

„Что теперь только ритуаль, то въ былое время имѣло серьезное значеніе; гдѣ нынѣ лишь куча пепла, тамъ, безъ сомнѣнія, когда-то горѣло“—такими словами одинъ изъ современныхъ писателей⁴⁾ характеризуетъ настроеніе, заставлявшее, конечно, не одного только автора этихъ словъ вдумываться въ значеніе всѣхъ этихъ странныхъ черточекъ *legis actio sacramento*. Подъ влияніемъ этого настроенія, о *legis actio sacramento* выросла, можно сказать, огромная литература, старавшаяся выленить эту форму процесса во всѣхъ ея деталяхъ. Мы омыѣтимъ въ этой литературѣ лишь главнѣйшія направленія.

Первую попытку поставить вопросъ о происхожденіи *legis actio sacramento* глубже и шире и при томъ до нѣкоторой степени на почвѣ сравнительнаго правовѣденія мы находимъ у *Asverus'a*⁵⁾. Наблюдая тотъ фактъ, что у германскихъ племенъ однимъ изъ наиболѣе распространенныхъ способовъ разрѣшенія тяжбъ въ древнѣйшее время былъ поединокъ, *Asverus* папалъ на мысль, не есть ли и римскій процессъ *per sacramentum* отголосокъ того-же способа? Въ этой мысли укрѣпляютъ автора не только засвидѣтельствованные источниками случаи поединковъ у римлянъ, но въ особенности выраженіе *sacramentum*. Такимъ именемъ у римлянъ называлась прежде всего

²⁾ Cicero Pro Murena, 12 26.

³⁾ Varro. De lingua latina. V. 180 (Bruns. Fontes. S.riptores, ed. 6. p. 56). Ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum: qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacra auferbat, victi ad aerarium redibat.

⁴⁾ *Gradenwitz*. Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung, в. Festgaben für Gueist. Berlin 1883. S. 284.

⁵⁾ Ueber die *Legis actio sacramenti*. 1837.

присяга солдатъ. Смысль этой присяги, говорить *Asverus*, тотъ, что воинъ ею получаетъ отъ божества разрѣшеніе убивать непріятелей и освобождается отъ отвѣтственности предъ нимъ (божествомъ) за убійство. Если мы и при частномъ процесѣ встрѣчаемъ выраженіе *sacramentum*, то отсюда мы должны сдѣлать тотъ выводъ, что и здѣсь въ древности это выраженіе обозначало не сумму денегъ, а также пѣ-которую клятву сторонъ передъ поединкомъ, клятву, которая давала сторонамъ право безнаказанно убивать противника: такое же право, какое получали и воины, принесшіе *sacramentum*. Т. обр., заключаетъ *Asverus*, *legis actio sacramento* первоначально была не чѣмъ инымъ, какъ именно судебнымъ поединкомъ сторонъ; когда же впоследствии поединки были признаны явленіемъ антигосударственнымъ, то клятва замѣнилась положеніемъ извѣстной суммы денегъ *ad pontem*, которая затѣмъ и терялась побѣжденнымъ противникомъ въ пользу казны въ видѣ штрафа, а самый поединокъ отразился лишь въ символическихъ дѣйствіяхъ *manu consertio*.

Предположеніе *Asverus*'а о возникновеніи *legis actio sacramento* изъ судебныхъ поединковъ въ послѣдующей литературѣ было единодушно отвергнуто⁶⁾, но данное имъ толкованіе *sacramentum*, какъ присяги, обратило вниманіе на этотъ вопросъ и вызвало скоро цѣлую массу дальнѣйшихъ изслѣдованій въ этомъ направленіи. Если *sacramentum* въ древности было присягой сторонъ, то какое значеніе имѣла эта присяга въ процессуальномъ спорѣ? Въ этомъ вопросѣ сосредоточивалась задача дальнѣйшихъ изслѣдованій.

Въ 1853 г. появилась работа *Stintzing*'а⁷⁾, въ которой авторъ по поводу природы древнѣйшаго *sacramentum* развиваетъ слѣдующую мысль. Слово *sacramentum* въ своемъ первоначальномъ значеніи обозначаетъ не что иное, какъ средство посвященія, то, что посвящается, обрекается—*ein Mittel zur Weihe, das Medium, durch welches man weiht*⁸⁾. Средства же эти могутъ быть различны. Однимъ изъ такихъ средствъ является клятва, торжественное призваніе божества, которымъ человекъ посвящаетъ божеству самого себя, всю свою личность,— и это обыкновенное средство обреченія носить по преимуществу на-

⁶⁾ Ср. рецензію *Huschke* въ *Richters und Schneiders Jahrbücher*. Jahrgang 8. S. 672—677.

⁷⁾ Ueber das Verhältniss der *Legis actio sacramento* zu dem Verfahren durch *Sponsio praejudicialis*. S. 10 и сл.

знание sacramentum. Но есть и другое sacramentum, при котором человекъ обрекаетъ не самого себя, а лишь известную часть своего имущества, которая передается въ руки жрецовъ. Такой именно характеръ имѣеть и sacramentum при legis actio sacramento. Если кто-либо обращается къ предустановленнымъ хранителямъ права и закона, жрецамъ, съ просьбой произнести приговоръ о его правѣ, то нѣтъ ничего естественнаго, говорить Stintzing, какъ потребовать отъ него, чтобы онъ посвятилъ богамъ нѣкоторую часть своего имущества. Такое посвященіе есть, слѣдовательно, средство вызвать противника на то же самое, а вмѣстѣ съ тѣмъ вызвать и юрисдикцію жрецовъ.

Гораздо болѣе ясный и послѣдовательный видъ получила, однако, эта теорія sacramentum, какъ присяги, въ работахъ Danz'a⁸⁾. По мнѣнію Danz'a, присяга сторонъ также являлась первоначально лишь средствомъ вызвать процессъ и рѣшеніе спора компетентными властями. Если два частныя лица спорили между собой о томъ или иномъ правѣ, то, говоритъ Danz, вмѣшатель въ этотъ споръ и рѣшить его своимъ приговоромъ въ древнѣйшее время было для магистрата или для pontifex'a, конечно, его правомъ, но едва-ли было его обязанностью. Если же, однако, стороны подтвердили свои претензіи обоюдной присягой, то здѣсь уже, несомнѣнно, одною изъ сторонъ была принесена ложная присяга, было совершено преступленіе противъ божества, нѣкоторое impium facinus. При такихъ условіяхъ представитель и хранитель сакрального права, pontifex, не могъ уже оставаться равнодушнымъ; онъ уже долженъ былъ вмѣшаться въ дѣло и разслѣдовать, кто изъ спорящихъ falsum juravit. Сторона, оказавшаяся по разслѣдованіи присягнувшей ложно, должна была подвергнуться такому или иному штрафу въ пользу оскорбленнаго божества для очищенія себя и всего общества отъ его гнѣва. Размѣры этого штрафа (piamentum) первоначально, вѣроятно, опредѣлялись понтификами въ каждомъ конкретномъ случаѣ, а впоследствии были таксированы въ зависимости отъ цѣнности спорной вещи.

Подобное же возрѣніе на sacramentum, какъ на присягу съ цѣлью вызвать юрисдикцію жрецовъ, высказала и *Ierini* въ первомъ

⁸⁾ Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr. 1859. Свою теорію Danz старался подкрѣпить впоследствии аналогіей съ нѣкоторыми явленіями греческаго права (Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts. Bd. V) и нѣкоторыми новыми аргументами (Zeitschr. f. R. Geschichte. Bd. VI. 1867. Das Sacramentum und die lex Pinaria).

изданіи своего „Geist des röm. Rechts“⁹⁾). Въ древнемъ Римѣ, говорить онъ, было въ обычаѣ тѣ договоры, для которыхъ не существовало формы, могущей придать имъ юридическую силу, подкрѣпить присягой и этимъ ставить ихъ подъ защиту религіи. Неисполненіе такого договора являлось нарушеніемъ клятвы и естественно вызывало юрисдикцію понтификовъ. Обязаны-ли были послѣдніе въ такихъ случаяхъ безусловно привлекать виновника къ своему суду, какъ духовные суды среднихъ вѣковъ, этого Іерингъ утверждаетъ не рѣшается; во всякомъ же случаѣ говорить онъ, такой процессъ у понтификовъ могъ начаться, если на то были согласны обѣ спорящія стороны. Тогда каждая сторона присягала и въ то же самое время полагала известную сумму денегъ *ad pontem*, и сторона проигравшая процессъ теряла свой залогъ, какъ штрафъ или за совершеніе лжеприсяги или за ложное обвиненіе въ таковой.

Слава понтификовъ, какъ знатоковъ права, преимущество ихъ, какъ постоянной коллегіи, заставляло спорящихъ и во многихъ другихъ случаяхъ, гдѣ не было договора, заранѣе подкрѣпленнаго клятвой, стремиться къ тому, чтобы сдѣлать споръ подлежащимъ компетенціи понтификовъ. А этого можно было достигнуть, принося присягу теперь въ видѣ подтвержденія каждой стороной своихъ тяжбныхъ претензій. Это и есть *legis actio sacramenta* въ ея древнѣйшемъ видѣ. Позже эта форма была перенесена на свѣтскіе суды, но при этомъ она потеряла, конечно, свой первоначальный религіозный характеръ; *sacramentum* превратилось въ простой залогъ, который идетъ теперь уже въ кассу государства.

Таковъ былъ взглядъ Іеринга въ первомъ изданіи. Но уже во второмъ изданіи¹⁰⁾ (1866 г.) Іерингъ значительно измѣнилъ свои воззрѣнія по причинамъ, которыхъ онъ, однако, не излагаетъ. Онъ оставляетъ теперь мысль о *sacramentum*, какъ о присягѣ, вовсе; участіе же понтификовъ и процессуальный залогъ онъ объясняетъ теперь такъ. Стороны и безъ присяги могли обращаться къ понтификамъ съ просьбой разрѣшить ихъ споръ. Обиліе такихъ обращеній заставило коллегію выбирать ежегодно съ этой цѣлью одного изъ своей среды. Но такъ какъ этотъ трудъ отвлекалъ избраннаго отъ его непосредственной службѣ божеству, то поэтому, говорить Іерингъ,

⁹⁾ Bd. I. S. 263—268; перепечатано и во 2-мъ изданіи S. 302 и сл.

¹⁰⁾ Bd. I. S. 297 и сл.

было только справедливо, чтобы боги были за это вознаграждены. Такимъ вознагражденіемъ и являлась *summa sacramenti* стороны, проигравшей процессъ.

Тѣмъ не менѣе идея *Stintzing'a* и *Danz'a* о древнѣйшемъ sacramentum, какъ о присягѣ, съ теченіемъ времени приобрѣтала себѣ все большее и большее количество сторонниковъ, хотя каждый изъ этихъ послѣднихъ подвергалъ эту идею тѣмъ или другимъ модификаціямъ. Къ числу ученыхъ этой категоріи, кромѣ упомянутыхъ уже раньше *Schultze* и *H. Krüger'a*, принадлежатъ, напр., *Karlowa*¹¹⁾, *Huschke*¹²⁾, *Kuntze*¹³⁾, *Sohm*¹⁴⁾, *Eisele*¹⁵⁾; изъ французскихъ ученыхъ—*Girard*¹⁶⁾, *Cug*¹⁷⁾ и др.¹⁸⁾. И мы съ своей стороны думаемъ, что противъ основной мысли этой теоріи, т. е. противъ того, что sacramentum было когда-то присягой, едва-ли могутъ быть сдѣланы какія-либо серьезныя возраженія. Напротивъ, при этомъ предположеніи станетъ понятнымъ и названіе sacramentum, и положеніе его ad frontem. При этомъ предположеніи, дѣйствительно, находятъ себѣ полное и прочное объясненіе тотъ несомнѣнный фактъ, что понтифики являлись древнѣйшими юристами; одно установленіе календаря и забота о непрерываніи семейныхъ сага едва-ли бы доставило понтификамъ такое всеобъемлющее значеніе въ области гражданскаго права, какое они, по свидѣтельству источниковъ, имѣли.

Но лишь основная мысль этой теоріи можетъ быть признана правильной: иное дѣло то дальнѣйшее развитіе ея, которое мы находимъ у *Stintzing'a*, *Danz'a* и др.; здѣсь многое при внимательномъ разсмотрѣніи оказывается въ высокой степени сомнительнымъ.

Какъ было отмѣчено, *Stintzing*, *Danz*, *Иерингъ* (въ первомъ изданіи) и др. смотрятъ на присягу, какъ на средство для сторонъ вызвать юрисдикцію понтификовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ вообще открыть

¹¹⁾ *Legisaktionen*. S. 17 и сл.

¹²⁾ *Multa*. S. 361, 367, 380 и др.

¹³⁾ *Cursus des röm. Rechts*. 2-te Aufl. 1879. S. 89.

¹⁴⁾ *Institutionen*. § 35 Anm. 2.

¹⁵⁾ *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte* (1896). *Das Sacramentum und die Lex Pinaria*. S. 217 и сл.

¹⁶⁾ *Mannel*. (1898). p. 962.

¹⁷⁾ *Institutions juridiques des romains*. (1891). p. 409.

¹⁸⁾ Въ Россіи однако эта теорія находитъ себѣ гораздо меньше сочувствія. Ср. *Муромцевъ*, *Гражд. право древняго Рима* (1883) стр. 78 и сл., *Ефимовъ*, *Лекціи по Исторіи рим. права* (1895), стр. 428, *Боголюбовъ*, *Учебникъ Исторіи рим. права* (1895), стр. 301, которые все слѣдуютъ *Иерингу* въ его 2-мъ изданіи.

спору путь судебного процесса, который безъ этого для сторонъ былъ бы вовсе невозможенъ.

По поводу этого въ литературѣ было уже неоднократно высказано сомнѣніе: при такомъ предположеніи оказывалось бы, что для того, чтобы могъ возникнуть процессъ, по крайней мѣрѣ, одно изъ спорящихъ лицъ должно было принести ложную присягу, совершить клятвенное преступленіе. Стороны желаютъ покончить дѣло путемъ суда, но для нихъ нѣтъ иного средства найти себѣ судью и вызвать этотъ судъ, какъ путь обоюдной клятвы и, слѣдовательно, путь непремѣннаго клятвенного преступленія со стороны, по крайней мѣрѣ, одного изъ спорящихъ. Но возможно-ли это? Возможно-ли, чтобы иначе, т. е. безъ такой опасной (по возрѣніямъ великой древности) игры съ гнѣвомъ боговъ, нельзя было найти себѣ суда и рѣшенія¹⁹⁾?

Но еще болѣе противъ указанной теоріи говорить, какъ намъ кажется, слѣдующее соображеніе. Если стороны путемъ обоюдной присяги могли вызвать судъ и въ частности судъ понтификовъ, то тогда совершенно непонятно все производство *in iure*: зачѣмъ оно? Зачѣмъ стороны должны предварительно идти къ магистрату? Вѣдь и присяга сторонъ вѣдъ *jus*, казалось-бы, ставила понтификовъ въ необходимость разслѣдовать, на чьей сторонѣ есть *imprium facinus*, т. е. разобрать дѣло по существу²⁰⁾? Съ другой стороны, древнѣйшій магистратъ, т. е. царь, какъ извѣстно, соединялъ въ своемъ лицѣ и званіе верховнаго жреца; разъ стороны явились къ нему и облекли свой споръ въ двѣ встречныя присяги, то вѣдь самъ царь могъ бы разслѣдовать и сакрально-правовой вопросъ объ *imprium facinus*, и передача дѣла *in iudicium* была бы совершенно ненужна.

Иными словами, съ точки зрѣнія этой теоріи раздвоеніе процесса на *jus* и *iudicium* оказывается совершенно непонятнымъ; или та или другая стадія является совершенно ненужною.

Недостатки теоріи Danz'a вызвали, конечно, попытки ея исправленія. О двухъ изъ нихъ—*Schultze* и *H. Krüger'a*—мы упоминали уже выше при общемъ изложеніи ихъ ученій о характерѣ древне-римскаго процесса. Мы видѣли, что, по мнѣнію *H. Krüger'a*, присяга (*sacramentum*) являлась не средствомъ вызвать юрисдикцію во-

¹⁹⁾ Ср. *M. Voigt. Mün.-h. krit. Vierteljahrschrift. Bd XIX (1877). S. 133, Schultze. Privatrecht u. Process. S. 511, Pflüger. Die l. a. sacramento S. 16.*

²⁰⁾ Мы упоминали выше, что по поводу теоріи Геринга *Pflüger* (l. cit. S. 10) сказали: „Mit dieser Hypothese ins Gericht zu gehen erscheint überflüssig“. Эти слова, какъ видимъ, могутъ быть сказаны вообще по поводу изложеннаго ученія.

обще, а лишь способом доказательства: по своему сакральному характеру она должна была вызывать и сакральную проверку, но в эпоху царей эту проверку производил самъ царь. Когда же съ установленіемъ республики духовная власть была отдѣлена отъ свѣтской, тогда возникла необходимость впродъ до рѣшенія духовными властями вопроса о томъ, *utrius sacramentum iustum sit*, приостанавливать производство у магистрата. Такимъ-то образомъ и возникло раздѣленіе процесса на двѣ стадіи—*ius* и *iudicium*. По окончаніи производства *in iudicio* дѣло должно было снова возвратиться къ магистрату, который на основаніи приговора понтификовъ постановлялъ свое окончательное рѣшеніе въ видѣ *addictio*.

Гипотеза Н. Krüger'a устраняетъ, конечно, тѣ возраженія противъ теоріи Danz'a, которыя были сдѣланы выше: но мы упоминали уже, что воззрѣніе Krüger'a на производство *in iudicio*, какъ на производство вѣстное, предполагающее возвращеніе дѣла къ магистрату, — рѣшительно не имѣетъ никакой опоры въ источникахъ и даже болѣе, противорѣчить всему характеру того, что мы знаемъ изъ описаній Гая и др. о древнеримскомъ процессѣ.

По мнѣнію *Schultze*, присяга (*sacramentum*) являлась опять-таки не средствомъ вызвать юрисдикцію понтификовъ, а необходимымъ клятвеннымъ подтвержденіемъ того приговора стороны о своемъ правѣ, который усматриваетъ *Schultze* въ древнеримской *legis actio*. Лишь по необходимости—въ слѣдствіе наличности двухъ другъ другу противорѣчащихъ, но клятвенно подтвержденныхъ приговоровъ—возникала юрисдикція жрецовъ. Съ точки зрѣнія этого ученія опять-таки понятнo раздвоеніе процесса; но это ученіе, помимо уже раньше указанныхъ соображеній, разбивается о слѣдующій вопросъ. Если *sacramentum* есть присяга, которой долженъ быть подрѣшенъ для своей полной юридической силы всякій приговоръ лица о своемъ правѣ, то почему тогда мы не видимъ подрѣшенія присягой приговора стороны о своемъ правѣ при другихъ формахъ *legis actio*—напр. при *manus injectio*?

Новѣйшую попытку исправить теорію Danz'a и вмѣстѣ съ тѣмъ нарисовать полный историческій генезисъ *legis actio sacramento* представляетъ попытка *Pflüger'a* ²¹⁾.

²¹⁾ Die *Legis actio sacramento*. Ein Versuch auf dem Wege der Rechtsvergleichung. 1898.

Pflüger считает утверждение многих, что дѣление процесса на *jus* и *judicium* есть исконный принцип римскаго судопроизводства, недоказаннымъ и ошибочнымъ. Не столько свидетельство Цицерона, пишетъ онъ, сколько внутренняя вѣрность и логика историческаго развитія говорятъ въ пользу того, что царь соединялъ въ своихъ рукахъ и *jus* и *judicium*, самъ разсматривалъ доказательства и самъ же произносилъ свой приговоръ²²⁾. И только мало по малу изъ этого единаго процесса царскаго періода выделился тотъ процессъ *per sacramentum*, описание котораго мы имѣемъ.

Въ древнѣйшее время царь самъ разбираетъ дѣло и самъ постановляетъ свой приговоръ. Доказательство этого Pflüger находитъ въ словахъ, съ которыми послѣ „*mittite ambō hominēs*“ обращался къ отвѣтчику истецъ: „*postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*“, и въ отвѣтъ отвѣтчика: „*jus feci, sicut vindictam imposui*“. Вопросъ истца, по мнѣнію Pflüger'a, заключается въ себѣ вопросъ о *causa acquirendi*, отвѣтъ же отвѣтчика на этотъ вопросъ является не чѣмъ инымъ, какъ полнымъ отказомъ отъ всякаго отвѣта. Въ эпоху позднѣйшаго процесса *per sacramentum*, т. обр., весь этотъ діалогъ сторонъ, очевидно, не имѣетъ никакого смысла, и нахождение его въ ритуалѣ является совершенною загадкой. Но эта загадка разрѣшается тѣмъ, что прежде — въ эпоху царей — здѣсь имѣлся въ виду дѣйствительный отвѣтъ отвѣтчика по существу и затѣмъ дѣйствительный разборъ дѣла²³⁾.

Если отвѣтчикъ указывалъ на пріобрѣтеніе спорной вещи отъ какого-либо *auctor*'а, то этотъ *auctor* долженъ былъ вступить въ процессъ. Подобное привлеченіе *auctor*'а, по свидетельству Цицерона, было возможно еще въ его время. Очевидно, что въ такомъ случаѣ въ *legis actio sacramento* явился дѣйствительный отвѣтъ по существу вмѣсто глухаго и ничего не говорящаго „*jus feci*“. Но, съ другой стороны, также очевидно, что случай этотъ есть не нововведеніе позднѣйшаго времени, а лишь наслѣдство эпохи царей²⁴⁾.

Однако, и въ эпоху царей возможенъ былъ отказъ отъ отвѣта и простое заявленіе „*jus feci*“. Это именно тогда, когда отвѣтчикъ могъ сослаться на давность, на *usus*. Тогда уже незачѣмъ было съ-

²²⁾ l. cit S. 20—21.

²³⁾ ibid S 32—33.

²⁴⁾ ibid S 37.

даться на auctor'a: но—подобно тому какъ въ пѣкоторыхъ древне-германскихъ системахъ ссылка отвѣтчика на „*rechte Gewehr*“ пущдалась еще въ подтвержденіи присягой,—также точно и въ римскомъ правѣ ссылка на давность требовала присяги. Эта присяга и есть *sacramentum*. Въ случаѣ принесенія этой присяги весь процессъ тѣмъ и оканчивался; присяга имѣла рѣшительное, для отвѣтчика оправдывающее значеніе ²⁵⁾.

Истець въ такомъ случаѣ могъ, однако, (опять-таки подобно древне-германской *Eidesschelte*) опорочить присягу отвѣтчика. Но такъ какъ онъ этимъ подвергалъ послѣдняго риску быть обвиненнымъ въ лже-присягѣ и быть объявленнымъ *homo sacer*, то очевидно говорить *Pfänger*, что и истецъ съ своей стороны долженъ былъ въ противобѣдъ подвергнуть себя такому же риску, т. е. въ свою очередь также присягнуть. Тогда возникалъ процессъ о лживости присяги той или другой стороны, процессъ, который конечно („*wir brauchen es nicht weiter zu begründen*“—прибавляетъ *Pfänger*) былъ уже дѣломъ хранителей сакрального права—понтификовъ ²⁶⁾.

Въ этой возможности опороченія присяги и лежитъ начало дальнейшей эволюціи римскаго процесса. Магистраты (тогда еще консулы) естественно стремились по возможности облечь себя и, не выпуская изъ своихъ рукъ высшаго веденія юрисдикціи, по крайней мѣрѣ сбить съ себя кропотливую работу разбора доказательствъ и составленія рѣшеній. Съ другой стороны и сами спорящіе тяготѣли болѣе къ понтификамъ, куда влекло ихъ, какъ уже указалъ Терингъ, преимущество постоянной коллегіи, въ которой путемъ практики накоплялась съ теченіемъ времени прочная юридическая традиція ²⁷⁾.

Но такъ какъ компетенція понтификовъ ограничивалась лишь случаями *Eidesschelte*, то для того, чтобы во всѣхъ прочихъ случаяхъ достигнуть передачи дѣла въ руки этихъ послѣднихъ, оказывалось необходимымъ совершить процессъ передъ магистратомъ, принесеніе присяги и ея опороченіе по крайней мѣрѣ для вида. Вѣдствіе этого вмѣсто дѣйствительной присяги стали довольствоваться „имущественной клятвой“ (*Verheid, Geldeid*) ²⁸⁾.

Конечно, эта эволюція совершилась не сразу. Первоначально,

²⁵⁾ *ibid.* S. 46—50.

²⁶⁾ *ibid.* S. 53—54.

²⁷⁾ *ibid.* S. 54.

²⁸⁾ *ibid.* S. 55.

вѣроятно, магистратъ передавалъ понтификамъ дѣла только особенно трудныя и только съ согласія стороны. Позже затѣмъ, быть можетъ, признавалось достаточнымъ желаніе одной стороны, и лишь наконецъ магистратъ сталъ безусловно отказывать въ старомъ порядкѣ производства. Законы XII т., повидямому, приходится какъ разъ на этотъ переходный періодъ²⁹⁾.

Какъ ни много остроумія заключается и въ этой повѣйшей попыткѣ разобраться въ исторіи *legis actio sacramento*, тѣмъ не менѣе и она, какъ намъ кажется, не можетъ быть признана удачною.

Совершенно вѣрно, конечно, что вопросъ *postulo anne dicas etc.* и отвѣтъ *jus feci* въ позднѣйшей *legis actio sacramento* кажутся лишь безодержательнымъ діалогомъ. Вѣроятно также и то, что на этомъ мѣстѣ возможно было указаніе *auctor'a* и его вступленіе въ процессъ. Но это единственное, что можно изъ всего ученія Pflüger'a считать за предположеніе сколько-нибудь обоснованное. Pflüger, однако, идетъ гораздо дальше, причемъ съ каждымъ дальнѣйшимъ шагомъ его построенія дѣлаются все болѣе и болѣе произвольными.

Если отвѣтчикъ могъ опереться на давностное владѣніе, говорить Pflüger, то онъ на вопросъ истца о *causa vindicandi* могъ отвѣтить простымъ „*jus feci*“, но обязанъ былъ подкрѣпить эту свою ссылку на давность присягой. Въ источникахъ, однако, насколько намъ извѣстно, нѣтъ ни малѣйшихъ намековъ на то, чтобы давность пуждалась еще въ присягѣ. Т. обр. это первое утвержденіе Pflüger'a, имѣющее большое значеніе для всѣхъ его дальнѣйшихъ предположеній, оказывается совершенно произвольнымъ.

Переходъ отъ неразрывнаго процесса царскаго періода къ *legis actio sacramento*, какъ изложено выше, представляется Pflüger'у въ слѣдующемъ видѣ: желая облегчить себя, магистратъ отказывался выслушивать объявленія и доказательства стороны и этимъ принуждать ихъ къ принесенію присяги, чтобы добиться приговора отъ понтификовъ. Pflüger не замѣчаетъ при этомъ, что онъ впадаетъ въ существенное противорѣчіе съ самимъ собой.

Обсуждая теорію Danz'a, въ силу которой присяга являлась средствомъ для того, чтобы дать спору ходъ законнаго судебного процесса, Pflüger высказываетъ этой теоріи зоріаніе за то, что съ ея точки зрѣнія для предоставленія спору нормальнаго хода

²⁹⁾ *ibid* S. 56.

непремѣнно нужно было совершить клятвопреступленіе. Могъ-ли допустить что-либо подобное извѣстный религіозный духъ древнихъ римлянъ? Никогда, отвѣчаетъ Pflüger³⁰⁾. Но развѣ не къ тому же самому приводитъ и собственная гипотеза Pflüger'а? Магистратъ отказываетъ въ разборѣ дѣла и этимъ заставляеть стороны — съ единственною цѣлью вызвать юрисдикцію понтификовъ и облегчить себя—принести двѣ противоположныя присяги, изъ которыхъ одна, конечно, непремѣнно должна быть ложною!

Затѣмъ, допустимъ даже, что самихъ спорящихъ влекло къ понтификамъ преимущество постоянного суда, ихъ слава, какъ юристовъ и т. д. Но дѣло въ томъ, что это преимущество должно было покупаться въ дѣйствительности дорогою цѣной—цѣной потери одною или другою изъ сторонъ суммы залога. Легко сказать, что въ этомъ рискѣ потери лежала гарантія серьезности иска и возраженія, но въ дѣйствительности дѣло далеко не такъ просто. Стороны могли быть вполне добросовѣстно убѣждены въ своемъ правѣ, но для нихъ далеко не все равно, разберутъ-ли и рѣшатъ-ли ихъ дѣло безъ залога или съ залогомъ. Несмотря на всю свою убѣжденность, каждая сторона всегда можетъ рассчитывать, что при разборѣ, особенно въ виду извѣстнаго формализма древнѣйшаго права, окажется, что ею упущена та или другая формальность, что она, слѣдовательно, будетъ признана неправой и потеряетъ залогъ. Прибавимъ къ этому еще необходимость предварительнаго представленія залога³¹⁾,—и мы убѣдимся, что предполагаемая Pflüger'омъ замѣна стараго процесса, процесса безъ затрудненій и риска, процессомъ *per sacramentum* являлась для сторонъ замѣной совершенно невыгодной. Это было бы не облегченіе и улучшеніе процесса, а его существенное ухудшеніе. А при такихъ условіяхъ едва-ли стремленіе магистрата облегчить себя могло бы одержать побѣду надъ противоположными и весьма сильными интересами гражданъ.

Т. обр. и попытка Pflüger'а не даетъ вѣроятной картины развитія *legis actio sacramento*, и вопросъ остается открытымъ. Гдѣ же, однако, искать разрѣшенія этого вопроса?

По нашему мнѣнію, единственно прочнымъ базисомъ для дальнѣйшихъ разысканій въ области нашего вопроса можетъ служить

³⁰⁾ *ibid.* S. 16.

³¹⁾ Ср. по этому поводу *Ihering. Scherz und Ernst.*

идея древнѣйшаго самоуправства и идея третейскаго суда,—отправные пункты, честь установленія которыхъ принадлежитъ безусловно Герингу.

Однимъ изъ наиболѣе цѣнныхъ результатовъ сравнительнаго изученія правовой исторіи является установленіе того факта, что въ древнѣйшее время защита правъ есть дѣло частное самихъ заинтересованныхъ лицъ. Еще только зарождающаяся государственная власть ограничивается на первыхъ порахъ задачами виѣшней охраны и въ отношенія частныхъ лицъ между собою совершенно не вмѣшивается.

Это касается одинаково какъ области уголовныхъ правонарушений, такъ и области гражданскихъ правъ, тѣмъ болѣе, что въ древнѣйшее время обѣ эти области, какъ извѣстно, рѣзко не разграничиваются. Въ области уголовного права древнѣйшимъ періодомъ является періодъ частной мести, въ области гражданского права ему соответствуетъ періодъ чистаго самоуправства. И тамъ и тутъ споръ разрѣшается физическою борьбою спорящихъ при участіи ихъ родственниковъ, пособниковъ и т. д. Общепризнаннымъ отраженіемъ этого порядка въ римскомъ процессѣ являются *rigoris cario* и *manus injectio*.

Однако, уже въ эту эпоху часты случаи рѣшенія споровъ путемъ *компромисса* между спорящими. Такого происхожденія, какъ извѣстно, въ области уголовного права т. н. частныя композиціи. Другимъ способомъ полюбовнаго, мирнаго улаженія споровъ является *третейскій судъ*. Но и то и другое зависитъ отъ соглашенія сторонъ и потому, несмотря на свою обычную распространенность въ жизни, является исходомъ необязательнымъ.

Когда упрочившаяся и окрѣпнувшая государственная власть начинаетъ обращать вниманіе на внутреннее устройство государства, реальныя распри частныхъ лицъ, ихъ семей и родовъ по поводу всякихъ (уголовныхъ и гражданскихъ) обидъ должны показаться ей, безъ сомнѣнія, явленіемъ нежелательнымъ. И вотъ тогда-то на мѣсто прежняго, неорганизованнаго порядка правовой защиты устанавливается новый.

При этомъ, однако, мыслимы различныя дороги. Большинство извѣстныхъ намъ народовъ, запрещая мечь и самоуправство, создаютъ постепенно особые судебные органы, которые и рѣшаютъ споры авторитативно, выводя свою компетентность и силу не изъ какого-

либо соглашенія сторонъ, а изъ понятія государства и власти. Говоря иначе, государственная власть, запрещая самоуправство, сама беретъ на себя рѣшеніе споровъ и защиту поправныхъ правъ.

Римскій народъ, однако, избралъ себѣ, какъ справедливо замѣтилъ уже Іерингъ, иной путь — не путь созданія государственныхъ судовъ, а путь усвоенія и обобщенія института третейскихъ судовъ.

Іерингъ, Bernhöft и др., высказывая эту мысль, представляютъ себѣ этотъ переходъ къ новому гражданскому строю такъ: частныя лица все чаще и чаще стали избирать въ третейскіе судьи или магистратовъ или понтификовъ, и такимъ путемъ мало по малу развился государственный судъ, на которомъ, однако, остался отпечатокъ его происхожденія изъ суда третейскаго.

Мы говорили уже, что при такомъ предположеніи должны были бы развиваться или суды магистратовъ или суды понтификовъ или и тѣ и другіе параллельно, но мы не получали бы соединенія въ одномъ и томъ же процессѣ участія и тѣхъ и другихъ, не получили бы и дѣленія процесса на *jus* и *judicium*.

Намъ кажется, напротивъ, что уже самый ритуаль *legis actio sacramento* содержитъ въ себѣ ясныя отложенія совершенно иного историческаго развитія; надо только отнестись къ этому ритуалу внимательнѣе.

Ритуаль этотъ, какъ извѣстно, состоитъ въ слѣдующемъ ³²⁾. Истецъ, касаясь одной рукой спорной вещи и затѣмъ накладывая на нее палку (*festuca*), которую онъ держитъ въ другой рукѣ, произноситъ слѣдующую формулу:

„*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam.*

Sicut dixi ecce tibi vindictam imposui“.

Затѣмъ тоже самое повторяетъ отвѣтчикъ. Но тутъ выступаетъ на сцену магистратъ и отдаетъ свое приказаніе:

„*mittite ambo hominem!*“

Какой смыслъ имѣетъ все это? Смыслъ этотъ настолько очевиденъ, что едва-ли даже можетъ возникнуть сомнѣніе. Не подлежитъ никакому сомнѣнію (и въ настоящее время это, кажется, всѣми

³²⁾ Gai. IV. 16.

признано), что *vindicatio* и *contravindicatio* представляют собою взаимное заявленіе сторонами своих претензій, причемъ наложение *vindicta* обозначаетъ ихъ готовность поддержать эти претензіи и осуществить ихъ собственною силой. Т. обр. стороны стоятъ теперь другъ противъ друга, готовые къ бою. Въ этотъ то моментъ выступаетъ магистратъ и своимъ повелѣніемъ останавливаетъ готовую разыгратъ борьбу.

Подобно тому, какъ въ народныхъ эпопеяхъ въ какомъ-либо драматическомъ событіи отражается иногда цѣлый періодъ народной жизни, такъ же точно и въ приведенной сценѣ отражается цѣлый знаменательный переворотъ въ гражданской жизни римскаго общества.

Въ ту древнѣйшую эпоху, когда, какъ сказано, государственная власть еще не вмѣшивалась въ частные споры отдѣльныхъ лицъ, защита правъ совершалась въ формѣ самоуправства, въ формѣ реальной борьбы спорящихъ. Эта эпоха отразилась въ *vindicatio* и *contravindicatio*.

Но государственная власть созрѣла, наконецъ, всю несовмѣстимость такого порядка вещей съ мирною жизнью общества, увидѣла необходимость его прекратить. И вотъ первую, непосредственную задачу государственной власти въ такихъ случаяхъ является слѣдить за возникающими спорами и пресѣкать въ самомъ началѣ возгорающійся бой. Этотъ моментъ и запечатлѣлся въ „*mittite ambo hominem!*“

Если вещь была недвижимая, то, какъ извѣстно, совершался еще предварительно актъ *manu consertio*. Этотъ актъ обыкновенно объясняютъ такъ, что первоначально и стороны со своими пособниками и магистратъ отправлялись на самый спорный участокъ, и тамъ затѣмъ совершался весь ритуаль *legis actio*. Но, конечно, все это путешествіе предпринималось первоначально не для ритуала: магистратъ шелъ потому, что на спорномъ участкѣ готова была разыгратъ борьба сторонъ, и онъ желалъ и долженъ былъ ее предотвратить. Магистратъ, т. обр., слѣдитъ за возникающими спорами, спѣшитъ каждый разъ на мѣсто дѣйствія, чтобы своею властью охранить спокойное теченіе общественной жизни, чтобы своимъ своевременнымъ приказаніемъ соблюсти общественный миръ.

„Ходъ *vindicatio*, совершенно справедливо говорить *Gradenwitz*³³⁾),

³³⁾ Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung въ Festgaben für Gneist. 1888. S. 284.

есть ходъ борьбы, которую прекращаетъ начальство. Именно такъ всегда изображается въ драмахъ ссора, гдѣ князь застаётъ спорящихъ на мѣстѣ. *Seius* и *Titius* спорятъ объ участкѣ земли, который лежитъ между владѣніями обоихъ; каждый желаетъ овладѣть этимъ участкомъ и съ этою цѣлью является на мѣсто вмѣстѣ съ друзьями. Послѣ словесныхъ препирательствъ дѣло доходитъ до драки; объ этомъ доносятъ царю; царь ѣдетъ на мѣсто въ своей колесницѣ и свита разнимаетъ дерущихся“.

Итакъ, борьба сторонъ прекращена. Что происходитъ далѣе? Опустивъ *festuca*, истецъ произноситъ: „*postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*“, на что отвѣтчикъ заявляетъ: „*jus feci, sicut vindictam imposui*“.

Pflüger видитъ въ этихъ словахъ отраженіе прежняго спора по существу, за которымъ должно было послѣдовать приведеніе доказательствъ, повѣрка ихъ и рѣшеніе царя. Но вопросъ о *causa* и даже возможный отвѣтъ на него еще не доказываетъ того, что царь разбиралъ и рѣшалъ дѣло; въ ритуалѣ нѣтъ на это никакихъ указаній. Намъ кажется, что этотъ діалогъ есть отложеніе дальнѣйшихъ словопреній между самими сторонами, попытка ихъ прійти еще ко взаимному соглашенію и примиренію. Переговоры эти могли дѣйствительно привести къ соглашенію, и тогда дѣло, конечно, прекращалось: та или другая сторона отступалась отъ своей претензіи. Но примиреніе могло не состояться: отвѣтчикъ настаиваетъ на своемъ правѣ, что выражается въ его словахъ: „*jus feci, sicut vindictam imposui*“; что же далѣе?

„*Quando tu injuria vindicavisti, D aeri sacramento te provoco*“, говоритъ истецъ.

— „*Et ego te*“, возражаетъ отвѣтчикъ.

Происходитъ принесеніе *sacramentum*, т. е. въ древнѣйшее время присяги, послѣ чего слѣдуютъ *litiscontestatio*, *vindiciarum datio* и т. д.

Т. обр., если послѣдняя попытка сторонъ прійти къ мирному соглашенію не увѣнчалась успѣхомъ, то магистратъ (или царь) самъ отнюдь не вступается въ дѣло и не беретъ на себя разрѣшенія спора. Раздѣливъ стороны, прекративъ борьбу сторонъ, онъ выполнилъ свою ближайшую задачу—не допустить нарушенія мира;—этимъ его роль въ частномъ спорѣ сторонъ кончена (оставляя въ сторонѣ необходимость регулировать владѣніе спорной вещью на время процесса).

Но что остается теперь сторонамъ? Путь физической борьбы и самоуправства имъ отрѣзанъ властнымъ приказаніемъ магистрата, и имъ остается только одно—поступить такъ, какъ поступали во многихъ случаяхъ и раньше, когда по тѣмъ или другимъ соображеніямъ сами стороны считали физическую борьбу нежелательной,—т. е. *вступить на путь третейскаго разбирательства*. Это они дѣйствительно и дѣлаютъ, принеся присягу и такимъ путемъ создавая надъ собою компетенцію духовнаго суда.

Не попадаетъ-ли, однако, и наша гипотеза на тотъ же подводный камень, о который разбился предыдущія: не выходитъ-ли и съ нашей точки зрѣнія такъ, что магистратъ принуждаетъ этимъ самымъ кого-либо изъ спорящихъ совершить лжеприсягу? Нискоимъ образомъ. Онъ вообще принуждаетъ спорящихъ только отказаться отъ самоуправства и борьбы, предоставляя затѣмъ сторонамъ устраниваться, какъ хотятъ.

Если истецъ настолько увѣренъ въ своемъ правѣ, что можетъ принести присягу, то онъ совершитъ *provocatio sacramento*; если не увѣренъ, то ему придется отказаться отъ иска. Точно такъ же и отвѣтчикъ: если онъ чувствуетъ себя въ силахъ подтвердить свое утвержденіе присягой, то онъ отвѣтитъ истцу посредствомъ *sacramentum* съ своей стороны; если нѣтъ, ему придется промолчать, и тогда мы будемъ имѣть тѣ же послѣдствія для него, какъ и при *confessio*—т. е. потерю иска.

Конечно, во многихъ случаяхъ для сторонъ было бы предпочтительнѣе вести процессъ *sine periculo*—т. е. безъ риска совершить клятвopреступленіе или позднѣе потерять залогъ; и здѣсь-то, по нашему мнѣнію, лежитъ причина возникновенія четвертой формы *legis actio*—*legis actio per iudicis postulationem*³⁴⁾, о которой мы, впрочемъ, имѣемъ свѣдѣнія еще болѣе скудныя, чѣмъ о всѣхъ предыдущихъ.

³⁴⁾ Вопросъ о происхожденіи и сферѣ примѣненія *l. a. per iudicis postulationem*, какъ извѣстно, очень споренъ. По мнѣнію однихъ, въ такой формѣ велитъ только *arbitria* (Keller. Civilprocess. § 17, B.-Hollweg. Civilprocess. § 46. S. 165). По мнѣнію другихъ, къ этой формѣ были способны и *judicia stricta in personam* (Karlowa. Legisaktionen. S. 57, Schmidt въ Zeitschr. der Sav.-St. Bd. II, 1881. S. 154, Wlassak. Röm. Processgesetze. Bd. I. S. 105). Наконецъ, третьи думаютъ, что это была общая факультативная форма, примѣнявшаяся даже при *actiones in rem*, если обѣ стороны были согласны повести дѣло *sine periculo*, т. е. безъ *sacramentum* (Huschke. Multa. S. 397). Вообще литературу вопроса см. у Schmidt'a и Keller'a. l. cit.

Если мы теперь бросимъ ретроспективный взглядъ на основные спорные вопросы *legis actio sacramento*, то всё они, какъ намъ кажется, съ нашей точки зрѣнія находятъ себѣ вполне удовлетворительное разрѣшеніе: и связь *sacramentum* съ сакральнымъ правомъ, и участіе понтификовъ, и дѣленіе процесса на *jus* и *judicium* и третейскія черточки всего римскаго процесса.

Какъ мы видѣли выше, Терингъ и др. предполагали, что участіе магистрата въ процессѣ выросло изъ того, что стороны обращались къ нему, какъ къ лицу, пользующемуся общимъ довѣріемъ, съ просьбой разрѣшить ихъ споръ, выбирали его своимъ третейскимъ судьей. Мы видимъ теперь, что это невѣрно. Магистрата не просятъ; онъ вмѣшивается самъ съ цѣлью прекратить физическую борьбу сторонъ. вмѣшивается въ силу своей власти и должности. Но и только. Представители зарождающейся государственной власти вовсе не считаютъ себя призванными и обязанными рѣшать частные споры. Своею задачей они ставили только охраненіе общественнаго мира и спокойствія и потому вмѣшивались въ эти споры лишь постольку, поскольку эти послѣдніе грозили общественному миру. Поэтому и ихъ присутствіе въ такихъ случаяхъ необходимо лишь до тѣхъ поръ, пока споръ не разрѣшается такъ или иначе установленіемъ между сторонами соглашенія о третейскомъ судѣ. Это соглашеніе совершается въ моментъ *litiscontestatio*, и съ этого момента роль магистрата окончена, дѣло переходитъ во вторую стадию—*judicium*.

Въ этой второй стадіи древнѣйшими судьями являлись, безъ сомнѣнія, понтифики. Но уже втеченіе исторической эпохи происходитъ постепенная секуляризація процесса: рядомъ съ сакральной *legis actio sacramento* появляется свѣтская *legis actio per judicis arbitrive postulationem*, учреждаются свѣтскія судебныя коллегіи *decemvirov* и (гораздо позже) *centumvirov*, правда, съ извѣстными спеціальными компетенціями. Наконецъ, секуляризуется и самая *legis actio sacramento*: *sacramentum* изъ присяги превращается въ простой залогъ, который идетъ теперь уже въ свѣтскую казну; судьей *in judicio* назначается свѣтское лицо (*judex privatus*). Отъ прежняго—юрисдикціоннаго—вліянія понтификовъ остается лишь ихъ теоретическое вліяніе, какъ юристовъ; но и этому вліянію наносится ударъ обнаруженіемъ *Jus civile Flavianum*. Правда, обо всѣхъ этихъ событіяхъ, о ихъ хронологической послѣдовательности, ихъ связи съ общими фактами римской исторіи и т. д. мы не имѣемъ прочныхъ

сообщеній источниковъ, но самый характеръ совершившейся эволюціи едва-ли можетъ подлежать сомнѣнію.

Раздвоеніе процесса, такимъ образомъ, является дѣйствительно исконнымъ учрежденіемъ; оно выросло органически изъ условій эпохи древнѣйшей и во всемъ своемъ ритуалѣ, какъ въ драматической картинѣ, отражаетъ самый переходъ отъ чистаго самоуправства къ суду государственному, отражаетъ мотивы и первоначальныя предѣлы государственнаго вмѣшательства въ частные споры. Извѣстный консерватизмъ римскихъ учреждений проявляется въ полной мѣрѣ и здѣсь: подъ вліяніемъ соображеній общественнаго интереса государственная власть приходитъ къ мысли о вредѣ самоуправства и необходимости мирнаго разрѣшенія споровъ, но для достиженія этой цѣли она не ломаетъ основныхъ принциповъ государственнаго строя (не учреждаетъ какихъ-либо новыхъ судовъ и т. д.), а пользуется матеріаломъ и средствами уже существующими—дѣлаетъ обязательнымъ соглашеніе о третейскомъ судѣ. Конечно, съ теченіемъ времени этотъ судъ въ значительной степени утрачиваетъ свой третейскій характеръ, но многія черточки этого рода остаются неизгладимыми во все время, пока въ Римѣ дѣйствуетъ *ordo iudiciorum privatorum*. Лишь съ переходомъ къ *extraordinaria cognitio* въ императорскую эпоху римскій процессъ ставится на новыя основанія; лишь только здѣсь судъ становится судомъ *власти*, и это тотчасъ же отражается на всемъ характерѣ и строѣ процесса.

§ 4.

Общіе выводы о системѣ legis actiones.

1. Для понятія legis actio участіе магистрата не составляетъ необходимости.—2. Если магистратъ участвуетъ, то это участіе вызывается не его судебной функціей, а функціей полицейской.—3. Но это участіе въ legis actio не даетъ ему никакой власти надъ матеріальнымъ цивильнымъ правомъ.

Мы пересмотрѣли всѣ древнѣйшія формы legis actio съ точки зрѣнія интересующихъ насъ вопросовъ: подведемъ теперь итоги и посмотримъ, что даетъ намъ произведенный анализъ для разрѣшенія этихъ вопросовъ. Итоги эти могутъ быть сведены къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ.

1) Дѣленіе процесса на *два стадіи*—*jus* и *judicium*—отнюдь не является общимъ и непрелымнымъ моментомъ для всѣхъ формъ legis actio. Мы имѣемъ, напротивъ, legis actio даже безъ всякаго участія магистрата, legis actio не только безъ *judicium*, но даже и безъ *jus*,—это именно legis actio per *pignoris capionem*. Мы имѣемъ, далѣе, legis actio съ участіемъ магистрата, но безъ участія суда, форму, состоящую только изъ *jus*, но безъ *judicium*,—это именно legis actio per *manus injectionem*. И только двѣ послѣднія формы—*legis actio sacramento* и *per judicis postulationem*—имѣютъ обѣ стадіи. Изъ этого сопоставленія мы можемъ, какъ намъ кажется, сдѣлать только одно заключеніе: въ понятіе legis actio не входитъ ни представленіе о непрелымномъ участіи магистрата ни представленіе о судѣ и приговорѣ. *Pignoris capio*, гдѣ нѣтъ ни того, ни другаго, бу-

деть все-таки такой же *legis actio*, какъ и всѣ прочія. Участіе магистрата и переносъ дѣла *in iudicium* являются, такимъ образомъ, лишь извѣстными *осложненіями legis actio*, осложненіями, вытекающими не изъ самаго представленія о защитѣ правъ, а изъ соображеній совершенно другаго рода, соображеній, для гражданскаго спора сторонъ вопль стороннихъ.

Legis actio, такимъ образомъ, можетъ быть характеризована, какъ *извѣстный формальный актъ осуществленія гражданского права дѣятельностью самого управомоченнаго*. Необходимые элементы нашего вышшняго представленія о процессѣ—споръ, разборъ, приговоръ—въ *legis actio* совершенно отсутствуютъ. „Истецъ при *legis actio* отнюдь не жалуется магистрату на причиненное ему правонарушеніе и не проситъ его о помощи; онъ не проситъ даже о приговорѣ. Онъ вообще ни о чемъ не проситъ, а лишь дѣйствуетъ, осуществляетъ самъ свое право, или, по крайней мѣрѣ, пытается его осуществить“. Такъ характеризуетъ *legis actio Demelius* ¹⁾, и мы думаемъ, что трудно дать характеристику болѣе правильную. Захватъ вещи при *reignoris capio*, вложеніе руки при *manus injectio*, *vindicatio* и *contravindicatio* при *legis actio sacramento in rem*, „*aio te mihi S dare oportere*“ при *I. a. sacramento in personam* и при *I. a. per iudicis postulationem*,—все это или прямые акты осуществленія права или же попытки къ такому осуществленію. Этой своей стороною *legis actio* глядитъ назадъ, во времена доисторическія, является отраженіемъ эпохи чистаго самоуправства, когда осуществленіе правъ отъ нарушенія ихъ съ вышней стороны отличалось только необходимыми для перваго формальностями.

II) *Если, такимъ образомъ, участіе магистрата принципиально для legis actio, какъ осуществленія правъ, не является необходимою,—то чѣмъ же оно вызывается и опредѣляется?*

На этотъ вопросъ надо отвѣчать сначала съ отрицательной стороны: магистратъ участвуетъ въ *legis actio* отнюдь не какъ судья, на обязанности котораго лежитъ разобрать дѣло и вынести свой приговоръ. Онъ нигдѣ не судитъ и ничего не приговариваетъ. Онъ не судитъ при *reignoris capio*, ибо при ея совершеніи онъ вовсе не участвуетъ; онъ не судитъ при *manus injectio*, не судитъ и никогда не судилъ при *legis actio sacramento*. Вообще, *судебная функція, т. е.*

¹⁾ Die Confessio. S 41, ср. s. 43.

разборъ частныхъ споровъ и разрѣшеніе ихъ авторитативнымъ, властнымъ приговоромъ не входитъ въ число функций древне-римской государственной власти. Если, какъ сказано выше, стороны при *legis actio* не жалуются магистрату и не просятъ о его приговорѣ, то съ другой стороны и магистратъ не считаетъ себя призваннымъ къ разбору и приговору. Если разборъ и приговоръ оказывается неизбежнымъ, магистратъ предоставляетъ сторонамъ тѣмъ или другимъ способомъ передать ихъ споръ такому или иному третейскому суду и, такимъ образомъ, какъ мы видѣли, возникаетъ производство *in iudicio*.

Но если магистратъ участвуетъ въ легисакціонномъ процессѣ не какъ судья, то чѣмъ же опредѣляется его роль?

Мы видѣли магистрата въ пассивной „роли безъ рѣчей“ при *manus injectio*, мы видѣли его и въ болѣе активной роли—при *legis actio sacramento*. Сопоставленіе этихъ ролей и ближайшій анализъ отношенія ихъ ко всему происходящему *in iure* приводятъ насъ къ слѣдующимъ общимъ заключеніямъ.

Участіе магистрата въ legis actio или, лучше сказать, его присутствіе при совершеніи частными лицами legis actio вызывается ею, такъ сказать, полицейскою функцией, его обязанностию охранять общественный порядокъ, общественный миръ, устраняя физическія столкновенія спорящихъ. Эта задача приводила въ древнѣйшее время магистрата къ спорящимъ на мѣсто дѣйствія, чтобы тамъ разнять лицъ, готовыхъ вступить или уже вступившихъ въ борьбу между собой изъ-за правъ. Эта же задача выражается и въ формулѣ „*mittite ambo rem*“ позднѣйшей *legis actio sacramento*. Развести дерущихся, прекратить физическую борьбу сторонъ и этимъ заставить ихъ перейти на путь мирнаго улаженія спора путемъ третейскаго суда—такова цѣль, которую ставила себѣ древне-римская государственная власть по отношенію къ частнымъ спорамъ съ того момента, когда она пришла къ мысли о вредѣ самоуправства и частныхъ столкновеній для всего общества, для всего необкрѣпившаго еще, но окруженнаго со всѣхъ сторонъ врагами государственнаго организма. Этой задачей опредѣляются и предѣлы участія магистрата въ процессѣ: оно нужно лишь до тѣхъ поръ, пока между спорящими не состоялось соглашенія о передачѣ спора на рѣшеніе третейскаго суда. Это происходитъ въ моментъ *litiscontestatio*, и съ этого момента, какъ извѣстно, роль магистрата оканчивается. Правда, остаются еще *vindicium datio* и назначеніе судьи, но это уже дѣйствія побочныя и дополнительныя.

Vindiciarum datio является неизбежнымъ дополненіемъ къ „mittiteambo rem“: отстранивъ обоихъ спорящихъ отъ вещи, магистратъ, конечно, такъ или иначе на время процесса долженъ распорядиться ею. Подобно тому, какъ при добровольномъ соглашеніи о третейскомъ судѣ, стороны часто впродъ до рѣшенія спора отдаютъ вещь на сохраненіе какому-либо третьему лицу (sequestratio), такъ же точно и здѣсь магистратъ prima facie беретъ вещь въ секвестръ себѣ²⁾ и затѣмъ уже *отъ себя* передаетъ взамѣнъ обезпеченія (praedes litis et vindiciarum) вещь той или другой сторонѣ. Что же касается назначенія судьи, то, какъ мы видѣли, въ древнѣйшее время, когда sacramentum было дѣйствительной присягой и создавало компетенцію pontификовъ, ни о какомъ назначеніи судьи не могло быть рѣчи. Да и впоследствии, какъ извѣстно, при опредѣленіи личности iudex'a на первомъ планѣ стоялъ выборъ сторонъ.

Съ этой основной—такъ сказать, полицейской функціей магистрата въ древне-римскомъ процессѣ тѣсно связана другая, элементъ которой можно подмѣтить въ legis actio и которую можно, пожалуй, назвать *нотариальной*. Магистратъ присутствуетъ при соглашеніи сторонъ о третейскомъ судѣ, при litiscontestatio, и этимъ своимъ присутствіемъ придаетъ ему силу, нѣсколько отличную отъ силы простаго соглашения подобнаго же содержанія, отъ простаго *compromissum*. Стороны, конечно, и сами по себѣ могли согласиться покончить ихъ споръ путемъ третейскаго рѣшенія, но только litiscontestatio давала основаніе для правила „bis de eadem re ne sit actio“.

Такова роль магистрата при legis actio sacramento; но такова же она и при manus injectio, хотя тамъ она не такъ ясно и опредѣленно выражена. Безъ сомнѣнія, и при manus injectio главнымъ соображеніемъ, вызвавшимъ появленіе магистрата, было соображеніе общественнаго мира и порядка. И здѣсь было столкновеніе двухъ лицъ между собой, грозившее перейти въ борьбу и драку, и это столкновеніе привлекаетъ магистрата. Но слыша заявленіе истца о долговомъ требованіи противъ противника, онъ отступаетъ назадъ и предоставляетъ начатой manus injectio законный ходъ. Возможно даже, что напр., въ случаѣ сопротивленія должника, въ случаѣ его покушенія „manum sibi depellere“, магистратъ переходилъ въ роль болѣе активную и въ видахъ прекращенія общественнаго неурядка помогаль (черезъ ликторовъ) истцу овладѣть сопротивляющимся противникомъ.

²⁾ Ср. *Gradenwitz*. Zwangsvollstreckung etc. въ Festgaben für Gneist. S. 286.

Такова роль магистрата въ древне-римскомъ процессѣ и таково происхожденіе дѣленія этого процесса на *jus* и *judicium*. Съ теченіемъ времени, конечно, основная мысль и основная причина этого дѣленія была забыта; ритуальнъ продолжалъ повторяться по традиціи, но самое это дѣленіе пріобрѣло мало по малу другое—уже чисто техническое—значеніе: производство *in jure* получило дѣйствительно значеніе „установленія спорныхъ пунктовъ“, „формализированія спора“ и т. д.; но это есть лишь процессуальная утилизація института, созданнаго не для этой цѣли, подобно тому, какъ мы часто утилизируемъ геологическое строеніе почвы, строеніе, созданное не для нашихъ утилитарныхъ цѣлей, а въ силу естественныхъ историческихъ причинъ.

III) Изъ сазаннаго самъ собою явствуеъ, далѣе, характеръ древне-римскаго *jus civile* и отношеніе къ этому послѣднему магистрата. Цивильное „*res mea est ex jure Quiritium*“, „*dare mihi oportet*“ и т. д. есть правоотношеніе, созданное непосредственно самимъ закономъ или исконнымъ обычаемъ, черпающее свою силу изъ этого послѣдняго, безъ всякаго участія, безъ всякой помощи со стороны магистрата. Правоотношеніе это осуществляется непосредственными формальными дѣйствіями самого управомоченнаго, которыми въ то же время непосредственно осуществляется и законъ—*lex*: совершенно правильно поэтому все такіа дѣйствія носятъ названіе *legis actio*: въ нихъ лицо не только дѣйствуетъ законѣрнымъ образомъ—*lege agit*, но и осуществляетъ законъ, приводитъ его въ состояніе активное—*legem agit*. Какое-либо содѣйствіе магистрата въ этомъ процессѣ самоосуществленія закона принципиально не является необходимою.

Съ этимъ, однако, тѣсно связанъ еще одинъ вопросъ, являющійся также въ современной литературѣ вопросомъ чрезвычайно спорнымъ. Можетъ быть, содѣйствіе магистрата при осуществленіи цивильнаго права является необходимою, по крайней мѣрѣ, въ томъ смыслѣ, что, отказавъ въ своемъ участіи при совершеніи *legis actio*, магистратъ этимъ самымъ (пассивно) можетъ парализовать цивильную претензію истца? Говоря короче, можетъ быть, магистратъ уже въ эту эпоху имѣетъ право *denegare actionem*?

Многіе изъ современныхъ ученыхъ даютъ дѣйствительно на этотъ вопросъ отвѣтъ утвердительный³⁾. Намъ, кажется, однако, безусловно

³⁾ Ср. напр. *Keller. Civilprocess. § 36, Karlsruhe. Legisaktionen. S. 341. Bekker. Aktionen. Bd. II. S. 227, Lenel. Ursprung der Exceptionen. S. 41 и сл., Demelius. Die Confessio. S. 42.*

болѣе правильнымъ противоположное мнѣніе ⁴⁾). Не говоря уже о томъ, что мы не имѣемъ ни одного свидѣтельства источниковъ въ пользу существованія такой *denegatio* ранѣе эпохи формулярнаго процесса,— во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ученые первой группы считаютъ такое воздѣйствіе магистрата необходимымъ (неспособность истца къ совершенію *legis actio*, невѣрное формулированіе претензій и т. д.), оно въ дѣйствительности совершенно пепужно, ибо всѣ эти пороки *legis actio* будутъ обнаружены *in iudicio* и *eo ipso* вызовутъ ея ничтожность. Прибавимъ еще къ этому, что отказъ магистрата отъ участія въ совершеніи *legis actio* мыслимъ только или въ видѣ удаленія спорщихъ отъ трибунала посредствомъ ликторовъ, или же въ видѣ бѣгства самого магистрата съ трибунала. Не думаемъ, чтобы первое соотвѣтствовало служебнымъ обязанностямъ магистрата, а второе—его достоинству. Совершенно справедливо замѣчаетъ *Girard*, что *denegatio actionis* есть неотдѣлимый коррелятивъ *datio formulae* и вслѣдствіе этого первое не могло возникнуть ранѣе втораго ⁵⁾).

Такимъ образомъ, участіе магистрата въ *legis actio* не давало ему никакой возможности оказывать такое или иное вліяніе на развѣтку цивильныхъ правоотношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вообще на матеріальное гражданское право. Въ рамкахъ *legis actio* магистратъ былъ въ этомъ отношеніи совершенно безсиленъ: правоотношенія проходили *in iure* надъ нимъ и мимо него, не давая ему никакой возможности остановить ихъ или измѣнить ихъ естественное теченіе. Если позволительно употребить здѣсь сравненіе, то мы сказали бы, что цивильныя претензій проходили черезъ руки магистрата подобно тому, какъ проходитъ электрическій токъ: токъ этотъ, быть можетъ, вызываетъ извѣстныя движенія въ томъ, черезъ кого онъ проходитъ, но остановить его теченіе этотъ послѣдній совершенно не въ силахъ.

⁴⁾ Напр. *Girard*. Manuel. p. 952, въ особенности же его статья *La date de la loi Acbutia* въ *Zeitschrift der Sav.-Stiftung*. Bd. XIV (1893) p. 18—20.

⁵⁾ Цитир. статья въ *Zeitschrift d. Sav.-St.* p. 19.

Глава II.

Формальный генезис преторскаго права.

§ 5.

Административная *cognitio* и интердикты.

Развитіе интердиктовъ изъ *cognitio* магистрата (господствующее ученіе: ученія Huschke и Jobbé-Duval'a). Интердикты и *cognitio* въ позднѣйшемъ правѣ.

Анализъ *legis actiones*, произведенный въ предыдущей главѣ, показалъ намъ, что участіе магистрата въ обыкновенномъ гражданскомъ процессѣ, по своему характеру, не давало ему никакой возможности оказать хоть какое-нибудь вліяніе на область матеріальныхъ правоотношеній. Но уже въ эпоху господства *legis actiones*, какъ извѣстно, рядомъ съ ними, существовали и другія средства юридической защиты, гдѣ магистратъ игралъ иную роль, и гдѣ мы должны искать первые зачатки *jus honorarium*. Таковы *интердикты*, *stipulationes practoriae* и т. д. Очевидно, если мы хотимъ изучить природу *jus honorarium* и выяснить себѣ причины его появленія, то мы должны, прежде всего, обратить наше вниманіе на эти древнѣйшія средства преторскаго вліянія. Сообразно этому въ настоящей главѣ мы рассмотримъ взаимное соотношеніе между различными преторскими средствами, связь сосуществованія или послѣдовательности ихъ, или, говоря иначе, попытаемся пересмотрѣть *формальный генезисъ преторскаго права*, съ тѣмъ, чтобы въ слѣдующей главѣ перейти къ ученію

нію матеріальнихъ причинъ его появленія, къ вопросу о *матеріальномъ генезисѣ этого права*.

Въ ряду преторскихъ средствъ, извѣстныхъ еще эпохѣ *legis actiones*¹⁾, первое мѣсто вполнѣ основательно отводится *интердиктамъ*. Интердиктъ, какъ извѣстно, есть приказаніе магистрата, адресованное къ одной или къ обѣимъ спорящимъ сторонамъ и налагающее обязанность сдѣлать что-либо (*restituere, exhibere*) или не дѣлать чего либо (*ne vis fiat*). Въ случаѣ неисполненія этого приказанія, по просьбѣ стороны заинтересованной, преторъ заставляетъ спорящихъ заключить между собою *sponsiones*, и на основаніи этихъ *sponsiones* возникаетъ затѣмъ обыкновенный процессъ въ обычныхъ формахъ *judicium ordinarium*. Такова общая сущность т. н. *интердиктнаго процесса*, какъ онъ описанъ намъ Гаемъ²⁾.

Однако, уже довольно давно было высказано предположеніе, что это отнюдь не первоначальный видъ интердиктнаго производства, что процессу, описанному Гаемъ, исторически предшествовало производство иное. Уже въ 1844 г. *Leist*³⁾ довольно подробно высказалъ мысль о томъ, что первоначально интердикты являлись обыкновенными административными приказаніями магистрата, которымъ предшествовалъ личный разборъ дѣла со стороны этого послѣдняго (*causae cognitio*) и которыя осуществлялись затѣмъ обычными средствами *imperium* (*multae dictio, pignoris capio* и т. д.). Интердиктное производство, такимъ образомъ, въ эту первоначальную эпоху представляло изъ себя обыкновенную *cognitio*, какая практиковалась магистратами вообще по дѣламъ ихъ администраціи. И лишь впослѣдствіи желаніе магистрата освободить себя отъ необходимости производить иногда, быть можетъ, очень сложныя фактическія разслѣдованія привело къ тому, что магистратъ вмѣсто прежняго безусловнаго приказанія (издававшагося тогда послѣ разбора дѣла) сталъ издавать за рачѣ приказаніе условное, а фактическую провѣрку условій его дѣйствительности посредствомъ вынужденныхъ *sponsiones* перебросилъ на *judex'a* въ процессѣ объ этихъ послѣднихъ. Такимъ-то путемъ и возникло то интердиктное производство, какое мы находимъ у Галя.

¹⁾ Что интердикты возникли еще въ эпоху *legis actiones*, это, повидимому, общепризнано. См. *Pfersche. Die Interdicte* (1888). S. 23 и авторы, у него цитированные.

²⁾ *Gai. IV. 139* и сл.

³⁾ *Die Bonorum possessio. Bd. I. S. 340* и сл.

Эта гипотеза, высказанная *Leist*’омъ, съ теченіемъ времени приобрѣтала себѣ все большее и большее количество сторонниковъ (конечно, только въ такихъ общихъ чертахъ, какъ она здѣсь изложена) и въ настоящее время можетъ безусловно считаться ученіемъ господствующимъ. Подъ нею подписались такія имена, какъ *Keller* ⁴⁾, *Bethmann-Hollweg* ⁵⁾, *Bekker* ⁶⁾, *Karlowa* ⁷⁾, *Schmidt* ⁸⁾, *Sohn* ⁹⁾, *A. Pernice* ¹⁰⁾, *Pfersche* ¹¹⁾ и мн. др. И только немногіе изъ ученыхъ, отвергая эту теорію, пытаются представить иную картину происхожденія интердиктовъ.

Такъ, по мнѣнію *Huschke* ¹²⁾, существеннымъ моментомъ въ понятіи интердикта, насколько мы знаемъ интердикты изъ источниковъ, является *споръ двухъ частныхъ лицъ* между собой, вѣдѣтіе чего приказаніе магистрата при интердиктахъ по своему характеру существенно отличается отъ обычныхъ приказаній магистрата, издаваемыхъ имъ по поводу его административныхъ функций и приводимыхъ затѣмъ въ осуществленіе средствами *imperium*. Въ противоположность этимъ послѣднимъ, интердикты, говоритъ *Huschke*, суть опубликованныя въ эдиктѣ и связанныя съ извѣстными фактическими и юридическими предположеніями условныя приказанія. Они произносятся магистратомъ *лишь для того*, чтобы потомъ могъ возникнуть процессъ о наличности непослушанія, подобно тому какъ при *actio* возникает процессъ о наличности признаемаго въ *jus civile* права. Приказанія магистрата при интердиктахъ являются, такимъ образомъ, не чѣмъ либо самостоятельнымъ, а лишь *средствомъ* для защиты частныхъ правъ, предоставляемыхъ государствомъ каждому гражданину по отношенію къ *res publicae* и *religiosae*, а также въ извѣстныхъ случаяхъ и въ области гражданскихъ отношеній.

Считая, такимъ образомъ, существенною чертою интердиктовъ споръ сторонъ („*Trutzen der Parteien*“), *Huschke* и происхожденіе

⁴⁾ Civilprocess. §§ 22 и 74.

⁵⁾ Civilprocess. Bd. I S. 202—204.

⁶⁾ Aktionen. Bd. II. S. 52—53.

⁷⁾ Legisaktionen S. 245.

⁸⁾ Das Interdiktenverfahren der Römer. (1853). S. 318.

⁹⁾ Institutionen. § 43.

¹⁰⁾ Parerga въ Zeitschrift der Sav.-Stiftung. Bd. V (1884). S. 33 и еще рѣшительнѣе въ Zeitschr. der Sav.-St. Bd. XVII (1896). S. 195.

¹¹⁾ Die Interdicte des röm. Civilprocesses. S. 35 и сл.

¹²⁾ Die Multa und das Sacramentum. S. 71 и сл.

пхъ представляетъ себѣ иначе. Такъ какъ цивильный процессъ—*legis actio*—не имѣлъ средствъ для того, чтобы заставить лицо сдѣлать что-либо или не дѣлать чего-либо, то во всѣхъ случаяхъ этого рода надо было создать какой-нибудь иной процессуальный путь. Магистратъ объявлялъ свое распоряженіе безъ всякаго фактическаго разслѣдованія спора и здѣсь же назначалъ извѣстный штрафъ (*multa*) на случай неповиновенія. Это давало лицу заинтересованному возможность обвинить противника въ томъ, что онъ подлежитъ платежу указанного штрафа. Подобное обвиненіе, однако, не могло, въ случаѣ своей невѣрности, оставаться безнаказаннымъ для истца: онъ также подлежалъ въ этомъ случаѣ тому же штрафу. Велѣдствіе этого возникалъ теперь споръ о томъ, кто изъ спорящихъ долженъ уплатить назначенный штрафъ въ пользу государства—совершенно такъ же, какъ при *legis actio sacramento* возникалъ споръ о томъ, кто долженъ уплатить *sacramentum*. Такимъ образомъ, древнѣйшій интердиктный процессъ имѣлъ съ формальной стороны характеръ *multae certatio* и представлялъ изъ себя нечто вполне подобное и вполне равнородное („*ebenbürtig*“) процессу *per sacramentum*. И лишь впоследствии *multae* были замѣнены посредствомъ *sponsiones*.

Гипотеза *Huschke*, однако, не встрѣтила себѣ сочувствія; тѣ основанія, на которыхъ онъ построилъ свою конъектуру относительно *multae certatio*, были признаны единодушно чрезвычайно шаткими¹³⁾.

Еще иную гипотезу относительно происхожденія интердиктовъ предлагаетъ *Jobbé-Ducal*¹⁴⁾. И для этого послѣднѣе интердиктъ есть

¹³⁾ Ср. *A. Pernice*. Zeitschrift der Sav-Stiftung. Bd. V. S. 33, прим. 2.—*Ubbelohde*. Die Interdicte des röm. Rechts (Glück's Kommentar). Bd II (1890). S. 328 и сл.—*Ubbelohde*, впрочемъ, подобно *Huschke*, считаетъ также существенной чертой интердиктовъ то, что это есть споръ сторонъ (*Rechtsstreit*), и въ этомъ отношеніи они составляютъ полную противоположность всякому другому (административному) разбирательству. На этомъ основаніи онъ также считаетъ невозможнымъ развитіе интердиктнаго производства изъ *cognitio* магистратовъ. Возможно, говоритъ онъ, что интердикты имѣли свое историческое начало въ области тѣхъ правоотношеній, которая одновременно находились подъ административною защитой магистрата. Очень вѣроятно, что старѣйшіе интердикты касались *res divini juris* и *res in publico usu*. Но административная защита и интердикты—вещи совершенно различныя, какъ по своей цѣли, такъ и по своей юридической природѣ. Интердикты, по мнѣнію *Ubbelohde*, являются самостоятельной формой процесса, созданной преторомъ для тѣхъ частныхъ споровъ, которые не могли быть облечены въ форму цивильной *legis actio* (S. 221). Но *Ubbelohde* совершенно отвергаетъ гипотезу *Huschke* о предшествовавшей стадіи съ *multae certatio*.

¹⁴⁾ *Études sur l'histoire de la procedure civile chez les romains* (1896). p. 207—285.

непремѣнно споръ частныхъ лицъ между собой. Смѣшивать интердикты съ *cognitio magistratus*, говорить оныхъ, и предполагать, что интердикты когда бы то ни было осуществлялись посредствомъ *multae dictio* или *rigoris cario*, — значить впадать въ фундаментальную ошибку. Интердиктъ по своей природѣ есть процессъ между двумя частными лицами. Источники употребляютъ выраженіе: „*interdicto contendere cum aliquo*“; Гай въ своемъ извѣстномъ вступительномъ мѣстѣ объ интердиктахъ говоритъ: „*praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*“. Интердикты представляютъ собою, такимъ образомъ, извѣстный видъ процесса и принадлежать влѣдствіе этого къ *jus ordinarium*. Приказъ магистрата при нихъ въ существѣ своемъ есть такая же инструкція судья, какъ впоследствии формула, и имѣетъ только такую же цѣль, какъ и эта послѣдняя. Отъ процесса *per formulam* интердиктный процессъ отличается только тѣмъ, что здѣсь инструкція судья дается не прямо, а лишь косвенно и посредственно — подъ формой приказанія сторонамъ. Это послѣднее служить, такимъ образомъ, лишь маской, прикрывающей истинное существо дѣла, формой, дающей нѣкоторый административный видъ чисто судебному спору сторонъ, спору, совершающемуся посредствомъ *sponsiones*, т. е. пари.

Откуда же взялась эта странная форма процесса и затѣмъ она была нужна? На этотъ вопросъ *Jobbé-Duval* предлагаетъ слѣдующій отвѣтъ.

Совершенно ошибочно, говорить оныхъ, думать, что *jus civile* когда-либо оставляло незащищенными тѣ интересы частныхъ лицъ, для которыхъ впоследствии служили интердикты; цивильное право признавало и охраняло эти интересы уже въ древнѣйшее время обычными формами процесса, напр. посредствомъ *legis actio sacramento*. Но эти архаическія формы, какъ извѣстно, имѣли много практическихъ неудобствъ, которыя впоследствии привели къ замѣнѣ *legis actio* посредствомъ болѣе свободнаго процесса *per formulam*. И вотъ въ этомъ-то процессѣ замѣны стараго производства новымъ интердикты являются одной изъ первыхъ попытокъ оборота освободиться отъ стѣнительнаго формализма *legis actio*. Въмѣсто опаснаго формулированія спора самими сторонами, неизбѣжнаго при *legis actio*, при интердиктахъ это формулированіе беретъ на себя магистратъ и выражаетъ въ видѣ своего приказанія, на основаніи котораго стороны и заключаютъ затѣмъ между собою пари посредствомъ *sponsiones*.

Создавая эту новую форму процесса, преторъ на первыхъ порахъ шелъ только навстрѣчу желанію самихъ спорящихъ; въ случаѣ несогласія той или другой стороны, преторъ въ эту эпоху не могъ принудить ее подчиниться новой формѣ и заключать sponsio. Интердикты давались, такимъ образомъ, первоначально лишь въ случаѣ добровольнаго согласія сторонъ и являлись факультативной формой процесса на выборъ и на ряду со старыми legis actiones.

Такова въ общихъ чертахъ гипотеза французскаго ученаго. Но и этой гипотезѣ, повидимому, не суждено найти себѣ сторонниковъ, кромѣ ея автора ¹⁵⁾. И дѣйствительно она представляетъ столько сомнительныхъ пунктовъ, что едва-ли можетъ на это претендовать.

Самымъ слабымъ изъ этихъ сомнительныхъ положеній *Jobbé-Duval*'я является, конечно, его утвержденіе, что интердикты издавались прежде только въ случаѣ обоюднаго согласія спорящихъ, что они являлись факультативной формой процесса наряду съ legis actio. Не говоря уже о томъ, что какихъ-либо указаній источниковъ для подтвержденія этой гипотезы *Jobbé* не привелъ и привести не могъ, предположеніе это само по себѣ возбуждаетъ массу недоумѣній.

Если интердиктное производство могло начаться лишь въ случаѣ согласія обѣихъ сторонъ, то зачѣмъ тогда вообще нужно было сторонамъ обращаться къ магистрату? Пари, заключенное сторонами въ формѣ sponsiones, и безъ его участія имѣло бы совершенно ту же самую силу и тотъ же самый эффектъ ¹⁶⁾. Нельзя сказать, чтобы самъ авторъ не замѣтилъ этого вопроса, но онъ даетъ на него такой отвѣтъ ¹⁷⁾. „C'est que, grace à cette méthode, aucune procédure ne pourra plus être entamée en vue de trancher la même question litigieuse, bis de cadem re ne sit actio. Assurément cette maxime n'était pas dans sa lettre applicable à notre hypothèse; mais on conçoit, que cette extension du domain d'application de la regle ait été aisément consacrée par la pratique“. Обращеніе къ претору необходимо было, такимъ образомъ, для того, чтобы уничтожить возможность вторич-

¹⁵⁾ Ср. *Pernice* въ *Zeitschrift der Sav.-St.* Bd. XVII. S. 194 прим. 2. „Meiner Auffassung widerspricht diese fast in jedem einzelnen Punkte.“—*Girard*. Manuel. p. 1022, прим. 2.

¹⁶⁾ Ср. *Girard*. I. cit. „mais on ne s'explique pas bien alors pourquoi le preteur serait intervenu par un decret, sans lequel l'arrangement privé réalisé par les sponsiones pouvait parfaitement arriver à son but“.

¹⁷⁾ I. cit. p. 255.

наго процесса de eadem re. Подобное объяснение, однако, кажется совершенно непонятнымъ. Вполнѣ основательно по поводу этого объясненія замѣчаетъ *Th. Kipp* въ своей рецензiи на книгу *Jobbé-Duval*'я¹⁸⁾: „принципы процессуальной *consumtio* примѣнялись къ *litis-contestatio* и къ приговору судьи (*judex*), но къ самому интердикту они не примѣнялись никогда. Авторъ долженъ былъ бы объяснить, почему судебный приговоръ относительно *sponsiones* только тогда производилъ процессуальное погашенiе, когда этимъ *sponsiones* предшествовалъ интердиктъ, почему процессъ о *sponsiones* безъ подобнаго участiя претора для этой цѣли былъ недостаточенъ. А именно этого *Jobbé-Duval* совершенно не объясняетъ“.

Какъ видимъ, попытки построить иную теорiю происхожденiя интердиктовъ, кромѣ господствующей, оказывались до сихъ поръ неудачными. Да и посмотримъ въ самомъ дѣлѣ, что собственно заставляетъ упомянутыхъ авторовъ подвергать сомнѣнiю господствующее ученiе о происхожденiи интердиктовъ изъ *cognitio* магистратовъ. Единственно то, что въ историческую эпоху интердикты дѣйствительно служатъ своеобразнымъ *введенiемъ къ процессу*, что въ дошедшихъ до насъ сочиненiяхъ классическихъ юристовъ интердикты безспорно изображаются въ видѣ *спора* между двумя частными лицами. На этомъ, какъ мы видѣли, настаиваютъ и *Huschke* и *Ubbelohde* и *Jobbé-Duval*. Даетъ-ли это, однако, право утверждать, что интердикты не могли возникнуть изъ *cognitio*? Мы думаемъ, что нѣтъ. Уже одна одинаковость названiя преторскаго приказа въ одномъ и другомъ случаѣ (*decretum, interdictum*) является въ этомъ отношенiи свидѣтельствомъ немаловажнымъ. Первоначально интердикты расплывались въ общей массѣ преторскихъ приказанiй, издаваемыхъ имъ въ административномъ порядкѣ по собственному почину или же по почину частныхъ лицъ. Среди случаевъ, разрѣшаемыхъ въ такомъ порядкѣ было, конечно, не мало дѣлъ, представлявшихъ изъ себя дѣйствительный споръ между двумя лицами. Когда впоследствии приобрѣли исковую силу *sponsiones*, и оказалось возможнымъ посредствомъ ихъ перебросить разслѣдованiе фактической стороны дѣла на другiя плечи, то само собою разумѣется, что къ такому приспособленiю явились годными только именно случаи *спора* между двумя лицами, ибо только здѣсь можно было посредствомъ *sponsiones* создать возможность процесса.

¹⁸⁾ Kritische Vierteljahrschrift. Dritte Folge. Bd. V (1899). S. 369.

Отсюда-то и происходит то явление, что въ позднѣйшихъ источникахъ интердикты трактуются, какъ нѣкоторая особая форма спора и процесса: специфическое интердиктное производство могло развиваться только именно въ этой области.

Такимъ образомъ, развитіе интердиктовъ изъ *cognitio* едва-ли можетъ быть серьезно оспариваемо. Гораздо болѣе затруднительнымъ представляется другой вопросъ, *вопросъ о взаимномъ отношеніи между интердиктами и cognitio въ позднѣйшемъ, классическомъ римскомъ правѣ*. Дѣло въ томъ, что въ нѣсколькихъ мѣстахъ *Corpus Juris Civilis* мы находимъ интердикты и *cognitio* магистрата рядомъ другъ съ другомъ, вслѣдствіе чего естественно возникаетъ вопросъ: есть-ли *cognitio* въ этихъ случаяхъ сохранившійся остатокъ прежняго времени или же продуктъ новѣйшаго праворазвитія, проблескъ императорской *cognitio extraordinaria*? А этотъ вопросъ въ свою очередь естественно приводитъ къ другому вопросу: въ эпоху уже установившагося интердиктнаго производства могъ-ли преторъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обыкновенно давались интердикты, рѣшить споръ посредствомъ личнаго разбора и своего окончательнаго декрета,—или не могъ? Оба вопроса, очевидно, имѣютъ немаловажное значеніе для уясненія самой природы интердиктовъ.

Главнѣйшими мѣстами, гдѣ мы имѣемъ такое сопоставленіе интердиктовъ и *cognitio*, являются слѣдующія¹⁹⁾:

fr. 1. 1. D. de migr. 43. 32. Ulpianus l. 73 ad ed. Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare: nam colono non competit. § 2. Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum.

fr. 5. 27. D. ut in poss. leg. 36. 4. Ulpianus l. 52 ad ed. Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.

fr. 1. 2. D. si ventr. nom. 25. 5. Ulpianus l. 34 ad ed. Necessario praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit.

¹⁹⁾ Ср. *Schmidt*. Interdiktenverfahren. S. 310—313, *Ubbelohde*. Interdikte. S. 330; нѣкоторыя другія мѣста—см. *Pfersche*. Die Interdicte. S. 34.

fr. 3 pr. D. ne vis fiat ei. 43. 4., Ulpianus l. 68 ad ed.
 Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui enim misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem.

По поводу этих мѣстъ господствующимъ должно быть признано мнѣніе, что во всѣхъ этихъ случаяхъ executio jure potestatis, executio extra ordinem (т. е. cognitio) является средствомъ болѣе позднимъ, чѣмъ интердиктъ, провозвѣстникомъ extraordinaria cognitio эпохи послѣ - Діоклетіановской. Такъ полагаетъ *Schmidt*²⁰⁾, причѣмъ онъ относитъ первые случаи примѣненія этой executio къ послѣднимъ временамъ формулярнаго процесса; такъ полагаютъ *Pfersche*²¹⁾ и *Ubbelohde*²²⁾, причѣмъ послѣдній думаетъ, что первые случаи executio встрѣчались уже въ эпоху республики. Противоположную мысль о томъ, что эти случаи executio представляютъ собою остатокъ старинны, высказалъ было *Pernice*²³⁾, но и онъ затѣмъ рѣшительно сталъ на первую точку зрѣнія. Приведенныя мѣста, по мнѣнію этихъ писателей, никакимъ образомъ не могутъ служить доказательствомъ того, что преторъ въ эпоху judicia ordinaria прибѣгалъ къ средствамъ своего imperium. Что касается перваго мѣста—*fr. 1. 1. D. 43. 32,*— то оно имѣетъ въ виду не претора, а praefectus vigilum²⁴⁾. Последнее—*fr. 3 pr. D. 43. 4*—говоритъ о фиденкоммиссахъ, которые, какъ извѣстно, вообще подлежали специальной компетенціи сначала консула, а потомъ specialнаго претора²⁵⁾. Второе—*fr. 5. 27. D. 36. 4*—вѣроятно, также въ подлинномъ сочиненіи римскаго юриста касалось фиденкоммиссовъ²⁶⁾. И, наконецъ, третье—*fr. 1. 2. D. 25. 5,*—

²⁰⁾ *Schmidt*. I. cit. S. 313.

²¹⁾ *Pfersche*. I. cit. S. 33—34.

²²⁾ *Ubbelohde*. I. cit. S. 381.

²³⁾ *Volksrechtliches und Amtsrechtliches Verfahren in der röm. Kaiserzeit* въ *Festgaben für Beseler*. Berlin. 1885. S. 51 прим. 3: „Schmidt meint, die Fälle der ausserordentlichen Hilfe seien erst später aufgekommen; die Stellen scheinen mir aber zu ergeben, dass sie Ueberbleibsel sind.“

²⁴⁾ *Pernice*. *Festgaben für Beseler*. S. 62; противъ этого *Hartmann*. *Ordo judiciorum*. S. 511; рѣшительно—*Pfersche*. I. cit. S. 34.

²⁵⁾ *Schmidt*. I. cit. S. 312, *Pfersche*. I. cit. S. 34.

²⁶⁾ *Pfersche*. I. cit. S. 35.

хотя дѣйствительно имѣеть въ виду претора, но оно же именно прибавляетъ „sed melius et civilius faciet, si per interdictum ad jus ordinarium remiserit“²⁷⁾. Съ другой стороны, мы имѣемъ свидѣтельство, что преторъ не прибѣгалъ къ средствамъ imperium, къ executio iure potestatis даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это казалось бы самымъ простымъ и естественнымъ—напр., въ томъ случаѣ, если лицо, противъ котораго былъ предъявленъ интердиктъ de homine libero exhibendo, послѣ condemnatio предпочитало уплатить сумму этой condemnatio, чѣмъ exhibere. Согласно fr. 3. 13. D. de hom. lib. exh. 43. 29—въ этомъ случаѣ оставалось лишь предъявить интердиктъ вторично. Изъ всего этого, говоритъ Pernice²⁸⁾, мы должны сдѣлать тотъ выводъ, что различіе между гражданскими спорами и административными дѣлами строго соблюдалось. Мы знаемъ, что эдилъ имѣлъ право своими мѣрами спасти зданіе, загораживающее улицу или площадь; подобное же право имѣлъ и curator viae. Что же касается претора, то здѣсь дѣло обоевало, очевидно, иначе: какъ явствуетъ изъ fr. 3. 13 de hom. lib. exh., преторъ не могъ примѣнить здѣсь мѣры своей власти („nicht unmittelbar erzwingen durfte“).

Мы думаемъ, однако, что это господствующее ученіе страдаетъ, по крайней мѣрѣ, значительными преувеличеніями.

Какъ мы видѣли выше, всё только что цитированные писатели (за исключеніемъ, пожалуй, Ubbelohde) принимаютъ происхожденіе интердиктовъ изъ административной cognitio магистрата, причемъ мотивомъ для установленія особаго интердиктнаго производства per sponiones предпологается желаніе магистрата освободить себя отъ тяготы фактическаго разслѣдованія. Если такъ, то, очевидно, юридически оставалось вполне во власти магистрата, избрать-ли въ каждомъ конкретномъ случаѣ путь интердикта или путь собственной cognitio, рѣшить-ли дѣло собственнымъ безусловнымъ декретомъ или же ad interdictum remittere. Если теперь господствующее ученіе утверждаетъ, что въ классическую эпоху преторъ не могъ, не смѣлъ, вмѣсто интердикта, разрѣшить споръ посредствомъ своего личнаго вмѣшательства, то тогда придется предположить, что съ теченіемъ времени власть магистрата въ этомъ отношеніи была уменьшена. Не думаемъ, однако, чтобы такое (юридическое) уменьшеніе власти могло быть какънибудь доказано.

²⁷⁾ Pfersche. I. cit. S. 34.

²⁸⁾ Pernice. Zeitschrift des Sav.-St. Bd. V. S. 32—33.

То мѣсто, которому господствующее ученіе придаетъ такое большое значеніе, fr. 3. 13 de hom. lib. exh., гласитъ слѣдующее:

Ulpianus l. 71 ad ed. Si tamen posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. Itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum. Nam nec in publicis judiciis permittitur amplius agi quam semel, praeter quam (см. Моммзень) si praevincationis fuerit damnatus prior accusator. Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri vel eidem sine exceptione vel alii.

Является-ли приведенное мѣсто безусловнымъ доказательствомъ того, что преторъ не могъ (не имѣлъ права) въ случаѣ упорства отвѣтчика вмѣсто вторичнаго интердикта прибѣгнуть къ мѣрамъ своей власти для вынужденія exhibitio? Мы такого доказательства здѣсь усмотрѣть не можемъ: весь фрагментъ говоритъ лишь о томъ, что при извѣстныхъ условіяхъ возможенъ вторичный интердиктъ, въ томъ числѣ и тогда, если отвѣтчикъ „malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere“. Вопросъ же о томъ, могъ-ли или не могъ преторъ поступить иначе, здѣсь совершенно не затрагивается.

Напротивъ, мы имѣемъ положительныя доказательства, что преторъ въ другихъ, по аналогичныхъ случаяхъ прибѣгалъ къ средствамъ своего imperium.

fr. 1. 1. D. de tab. exh. 43. 5. Ulpianus l. 68 ad ed. Si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, iubendus est exhibere et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere. Sed si neget, se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit.

fr. 2. 8. D. test. quemadm. aper. 29. 3. Ulpianus l. 50 ad ed. Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compellatur: si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est ad interdictum rem mitti, quod est de tabulis exhibendis.

Если отвѣтчикъ, признавая, что завѣщаніе у него, изъ простаго упорства не желаетъ его предъявить,—то, какъ видимъ, дѣло до интердикта не доходить, а разрѣшается гораздо проще: упорствующій

„*omnimodo ad hoc compellitur*“. Относительно этого послѣдняго выраженія даже представители господствующаго ученія согласны, что оно обозначает непосредственное вынужденіе, если не прямо—*manu militari*, то по крайней мѣрѣ посредствомъ *multae dictio* или *pignoris capio*²⁹⁾.

Правда, господствующее ученіе считаетъ³⁰⁾ примѣненіе здѣсь средствъ *imperium* порядкомъ исключительнымъ, относящимся только къ случаю *interdictum de tabulis exhibendis*³¹⁾. Мы не имѣемъ возможности вдаваться въ этотъ спеціальнѣйшій вопросъ; пусть и въ самомъ дѣлѣ это будетъ нѣчто исключительное: для насъ важно здѣсь только то, что преторъ въ иныхъ случаяхъ къ этому порядку *приблизительно, и притомъ безъ всякихъ, откуда бы ни было исходящихъ, особенныхъ полномочій*. Если онъ въ другихъ случаяхъ избиралъ иной путь, старался тѣмъ или инымъ образомъ перевести дѣло на путь обыкновеннаго процесса, то онъ дѣлалъ это *не вследствие недостатка власти въ своихъ рукахъ, а вследствие другихъ, совершенно практическихъ причинъ*.

Имѣя юридически полную возможность во всякомъ дѣлѣ, вмѣсто интердикта, разрѣшить споръ путемъ безусловнаго декрета, преторъ фактически (въ своихъ собственныхъ интересахъ) въ огромномъ большинствѣ случаевъ этой возможностью не пользовался, и, такимъ образомъ, въ теченіе столѣтій создавалась, конечно, прочная традиція. Отступленіе отъ этой традиціи могло уже въ концѣ концовъ показаться чѣмъ-то необычнымъ, страннымъ. Это именно, и только это, выражаетъ то приведенное выше изреченіе Ульпіана, которое даже по признанію господствующаго ученія относится къ претору: „*coget autem eum non praetoria potestate vel manu mini-*

²⁹⁾ Ср. *Schmidt* I. cit. S. 222—223, *B.-Hollweg*. Civilprocess. Bd. II. S. 359, *Ubbelohde* I. cit. S. 12.

³⁰⁾ На основаніи сопоставленія съ fr. 6. 2. D. de confess. 42. 2. *Ulpianus* l. 5 de omn. tribunal. Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habebis, atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. Et si alia quacunque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest, in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis Divi Marci debere, et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem, et si non restituatur, lis aestimabitur.—Ср. къ этому вопросу, кромѣ авторовъ, цитированныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи, еще *Pfersche* I. cit. S. 118 и сл., *Demelius* Die Confessio, S. 164 и сл.

³¹⁾ Ср. *Pfersche* I. cit. S. 122, *Ubbelohde* I. cit. S. 11—12.

strorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit“. Ульпианъ здѣсь отноудь не отрицаетъ юридической возможности поступить *praetoria potestate*; онъ только говорить: „*melius et civilius faciet*“, т. е. обращается къ *административному такту* претора, преподааетъ ему *правило должностной политики* ³²).

При такихъ условіяхъ, если можно—вмѣстѣ съ *Pernice*—говорить о томъ, что различіе между гражданскими спорами и административными дѣлами строго соблюдалось, то при этомъ нужно имѣть въ виду: во-первыхъ, что даже въ классическую эпоху это различіе не было такъ ужъ безусловно проведено, а во-вторыхъ, что это правило было не нормой права, а правиломъ традиціонной политики. Дѣлать изъ этого правила выводъ, что преторъ *не можъ*, вмѣсто интердикта, рѣшить дѣло лично,—значитъ впадать въ значительную юридическую неточность.

Точно также едва-ли можно съ такою безусловностью, какъ то дѣлаетъ господствующее ученіе, утверждать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мы въ источникахъ имѣемъ интердикты и *executio iure potestatis* рядомъ, эта послѣдняя есть явленіе поздѣйшее, провозвѣстникъ грядущей *extraordinaria cognitio*. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это, конечно, вѣрно, но, напр., упомянутый только что *fr. 1. 2. D. 25. 5* при такомъ пониманіи представитъ значительныя трудности. Если бы удаленіе того, *qui per dolum venit in possessionem*, путемъ непосредственнаго преторскаго воздѣйствія (*praetoria potestate vel manu magistrorum*) было-бы явленіемъ новѣйшимъ, то мы могли-бы ожидать, что и здѣсь этотъ новѣйшій порядокъ будетъ отгѣснить старый порядокъ производства интердиктнаго (подобно тому, какъ это мы видимъ въ *fr. 1. 1 и 2. D. 43. 32*: „*ergo infrequens est hoc interdictum*“). Юристъ же, напротивъ, говоритъ: „*melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit*“. Въ этихъ словахъ слышится именно постепенно укрѣпляющаяся традиція, отстраняющая путь непосредственнаго вмѣшательства.

Вообще, если вѣрно господствующее ученіе о томъ, что мотивомъ возникновенія интердиктнаго производства было желаніе магистрата избавиться отъ провѣрки фактовъ, то мы должны предполо-

³²) Ср. даже *Ubbelohde* l. cit. S. 381: „bei der missio ventris nomine galt der Weg des Interdictes, als der *angemessenere*“...

жить, что на первых порах тамъ, гдѣ такая провѣрка была не нужна, магистратъ поступалъ старымъ порядкомъ—издавалъ безусловное приказаніе и осуществлялъ его затѣмъ мѣрами своей власти. Провѣрка фактовъ была излишня, конечно, прежде всего въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ ничего не возражалъ, т. е. въ случаяхъ *confessio*, подобныхъ тому, о которомъ идетъ рѣчь въ приведенныхъ выше fr. 1. 1. D. de tab. exh. и fr. 2. 8. D. test. quemadm. aper. Въ виду этого *executio jure potestatis* въ этихъ мѣстахъ мы также склонны считать остаткомъ стараго времени.

СПбГУ

§ 6.

Stipulationes praetoriae, missio in possessionem и restitutio in integrum.

Связь stipulatio praetoria съ интердиктами.— Missio in possessionem.— Restitutio in integrum не есть самостоятельное средство.

Кромѣ интердиктовъ, къ особеннымъ средствамъ преторской защиты, какъ извѣстно, причисляются еще stipulationes praetoriae, missio in possessionem и restitutio in integrum; всмотримся ближе и въ нихъ.

I. Что касается прежде всего *stipulationes praetoriae*, то подъ этимъ именемъ разумѣютъ, вообще говоря, тѣ sponsiones, которыя давало одно лицо другому *по приказанію претора*; цѣлью этихъ sponsiones было или обезпеченіе уже существующаго, т. е. признаннаго въ jus civile права, или же созданіе исковой силы для претензій, въ jus civile непризнанной. Въ обѣихъ этихъ функціяхъ stipulatio praetoria является способомъ преторскаго воздѣйствія на правоотношенія и вмѣстѣ съ тѣмъ способомъ преторскаго вліянія на матеріальное гражданское право.

Съ внѣшней стороны порядокъ установленія этихъ stipulationes состоитъ, какъ извѣстно, въ слѣдующемъ. По жалобѣ просятеля преторъ приступаетъ къ предварительной *causae cognitio*. Важнѣйшимъ вопросомъ этой послѣдней является, конечно, вопросъ о томъ, слѣдуетъ-ли въ данномъ случаѣ оказать просятелю содѣйствіе, или же

нѣтъ. При этомъ, однако, преторъ отнюдь не вдается въ разслѣдова-
ніе фактическихъ обстоятельствъ дѣла; его и здѣсь, какъ при интер-
диктахъ, интересуетъ главнымъ образомъ лишь теоретическая, юри-
дическая сторона вопроса. Претору необходимо лишь имѣть убѣжде-
ніе въ серьезности и добросовѣстности просьбы, въ отсутствіи со сто-
роны просителя шиканы, calumniæ. Если онъ можетъ это разслѣдо-
вать лично, и если calumniæ будетъ дѣйствительно доказана, то онъ,
конечно, просто оставитъ просьбу безъ послѣдствій ¹⁾. Въ другихъ же
случаяхъ онъ можетъ потребовать отъ просителя *iurandum ca-*
lumniæ ²⁾.

Рѣшивъ (теоретически), что при данныхъ условіяхъ слѣдуетъ
оказать просителю содѣйствіе, преторъ издаетъ свое приказаніе (*iubet*),
своей *декретъ* ³⁾, въ силу котораго отвѣтчикъ долженъ или тотчасъ же
дать истцу *sponsio*, или же для этого преторомъ назначается опредѣ-
ленный срокъ. Общее содержаніе этой *sponsio* заключается въ томъ,
что отвѣтчикъ обѣщается уплатить просителю известную сумму де-
негъ (опредѣленную или же интересъ—*quantum ea res erit*) на тотъ
случай, если что нибудь случится (зданіе отвѣтника разрушится и
своимъ паденіемъ причинитъ просителю вредъ—*cautio damni infecti*)
или же не случится (принципаль не одобритъ процесса *procuratoris*—
cautio ratam rem haberi) ⁴⁾.

Въ такомъ видѣ *stipulationes praetoriae* существуютъ въ эпоху
формулярнаго процесса, но, какъ справедливо полагаетъ господству-
ющее ученіе ⁵⁾, первые случаи примѣненія ихъ должны быть отне-
сены еще къ періоду *legis actiones*. Они должны были возникнуть
приблизительно въ одно время съ установленіемъ interdиктнаго про-
изводства *per sponsiones*.

Какъ средство преторскаго вліянія, *stipulationes praetoriae* имѣ-
ютъ большое сродство съ interdиктами. При interdиктныхъ магистратъ

¹⁾ Cp. fr. 1. 9. D. de stip. praet. 46. 5. Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summam cognoscere et cautum iubere aut denegare.

²⁾ fr. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2. Praetor ait: damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare...

³⁾ Cp. fr. 7 pr. D. eod. si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.

⁴⁾ Cp. Keller. Civilprocess. § 77 къ прим. 890.

⁵⁾ Keller. Civilprocess. § 22, Girard. Manuel. p. 38.—Еще Leist. Versuch einer Geschichte der röm. Rechtssysteme. S. 83.

прямо, своимъ приказаніемъ, возлагаетъ на то или другое лицо извѣстную обязанность сдѣлать что-либо (*interdicta restitutoria, exhibitoria*) или не дѣлать чего-либо (*interdicta prohibitoria*). При *stipulationes praetoriae* стороны подъ давленіемъ преторской власти заключаютъ между собою *sponsio*, въ силу которой одна изъ нихъ обязуется (говоря вообще) уплатить другой извѣстную сумму денегъ на тотъ случай, если что-нибудь случится или не случится. Вслѣдствіе этой угрозы на *promissor'a* ложится обязанность заботиться о томъ, чтобы что-либо случилось (напр. чтобы *dominus negotii* далъ *gatihibitio* процесса) или не случилось (зданіе не обрушилось). Этого желаетъ лицо, испрашивающее *sponsio*; этого желаетъ и магистратъ, принуждая дать *cautio*. Такимъ образомъ и при *stipulatio praetoria* материальною цѣлью и материальнымъ содержаніемъ преторскаго приказанія является, какъ при интердиктахъ, возложеніе на отвѣтника обязанности сдѣлать что-либо или не дѣлать чего-либо.

Разница между обоими заключается только въ способахъ осуществленія этого приказанія, хотя даже *средство*, употребляемое магистратомъ при этомъ, и тамъ и здѣсь одно и то-же—*sponsio*.

При интердиктахъ издается приказаніе и только потому, когда это приказаніе останется не исполненнымъ, преторъ принуждаетъ стороны дать другъ другу *sponsiones*. Со стороны того лица, къ которому преторскій приказъ былъ адресованъ, эта *sponsio* будетъ материально имѣть такой смыслъ: „объщаюсь уплатить, если я что-либо сдѣлалъ или дѣлаю теперь вопреки приказанію претора“⁶⁾. *Sponsio* при интердиктахъ, такимъ образомъ, ставится въ зависимость отъ *condicio in praesens vel in praeteritum collata*. Преторъ, издавъ приказаніе, сначала ждетъ его исполненія и лишь потому, когда его ожиданіе оказалось тщетнымъ, принуждаетъ къ *sponsio*.

При *stipulatio praetoria* преторъ пользуется тѣмъ же средствомъ, но только примѣняетъ его иначе. Здѣсь преторъ не выжидаетъ; возлагая на отвѣтника какую-либо обязанность, преторъ тотчасъ же заставляетъ его дать *cautio* на тотъ случай, если онъ этой обязанности не исполнитъ. Такимъ образомъ *sponsio* здѣсь будетъ имѣть такой видъ: „объщаюсь уплатить, если я что-либо сдѣлаю или не сдѣлаю“.

⁶⁾ Ср. *Ubbelohde. Interdicte. Bd. II. S. 88* и сл. („*si adversus edictum praetoris vis facta est*“, „*si adversus edictum fecisti*“, „*si contra edictum non restituisti или non exhibuisti*“; тамъ же см. о томъ, что здѣсь *edictum*=*decretum*).

Другими словами, *condicio sponsionis* здѣсь будетъ *in futurum collata* 7).

При такихъ условіяхъ, по крайней мѣрѣ во многихъ случаяхъ, магистратъ могъ выбрать или тотъ, или другой путь: общая цѣль, возложеніе извѣстной обязанности, могла быть достигнута и однимъ, и другимъ способомъ. Какой способъ выбрать въ данномъ конкретномъ случаѣ, рѣшали, конечно, соображенія практической цѣлесообразности. Въ особенности же тамъ, гдѣ желательно было подкрѣпить исполненіе приказанія поручительствомъ, были, разумѣется, наиболѣе подходящимъ средствомъ *stipulationes praetoriae* (*satisfactiones*).

II. Въ тѣсной связи съ интердиктами и *stipulationes praetoriae* стоитъ и *missio in possessionem*. *Missio* одинаково подкрѣпляетъ своею силою и интердикты, и *stipulatio praetoria*. Какъ извѣстно, при интердиктахъ, въ случаѣ *indefensio* отвѣтчика, противъ него дается *missio in possessionem*. Такъ будетъ въ случаѣ его неявки къ магистрату 8), но такъ же будетъ и тогда, если онъ откажется заключить *sponsio*, необходимую для интердиктнаго производства 9). Подобную же роль во многихъ случаяхъ играетъ *missio* и по отношенію къ *stipulatio praetoria*, являясь иногда средствомъ для вынужденія последней; а иногда—ея замѣной 10).

Подобно интердиктамъ и *stipulationes praetoriae*, *missio in possessionem* вѣроятно также возникла еще въ эпоху *legis actiones* 11). Какой либо процессуальной связи, въ силу которой *missiones* предполагали бы необходимость формулярнаго процесса, не существуетъ. Правда, въ классическое время, нормальнымъ средствомъ для осуществленія *missio* и для защиты *missus* является *actio in factum* 12),

7) Ср. напр. *Cautio damni infecti*: „quod damnum mihi datum erit, quanti ea res est, tantam pecuniam mihi dare spondesne?“ — *Burckhard*. *Cautio damni infecti*, Glück's Kommentar S. 491; тамъ же см. реконструкціи Schmidt'a, Rudorff'a и др.

8) Fr. 3. 14. D. de hom. lib. exh. 43. 29. — Ср. *Ubbelohde*. *Interdicte*. B. I. S. 21 — 22.

9) *Schmidt*. *Interdictenverfahren*. S. 246 — 247, *Pfersche*. *Interdicte*. S. 39.

10) Ср. fr. 1. 1. D. ut. in poss. leg. 36. 4. *Burckhard*. I. cit. S. 505: „Hier zeigt es sich deutlich, dass die *missio* keineswegs bloss den Character einer poena für den Nichtcavierenden, sondern zugleich den einer in Ermangelung der Cautionsleistung eintretenden Sicherstellung des Bedrohten hat.“ S. 542: *missiones* „sind zugleich und in erster Linie dazu bestimmt, den Cautionsberechtigten sicherzustellen, sie sind *vice cautionis*“.

11) Ср. *Girard*. *Manuel*. p. 38, *Rudorff*. *Röm. Rechtsgeschichte*. Bd. I. §. 61.

12) Fr. 1 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4. *Ait praetor*: „si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum

по упоминается рядомъ и интердиктъ¹³⁾. Сверхъ того, какъ намъ кажется, мы имѣемъ указанія и на то, что для осуществленія *missiones* могли употребляться въ болѣе древнее время и прямыя средства преторскаго *imperium*. Мы имѣемъ въ виду не цитированный выше fr. 5. 27 D. ut in poss. legat. 36. 4, въ которомъ вводится во владѣнiе „*per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus*“ дѣйствительно можетъ быть явленiемъ болѣе позднимъ¹⁴⁾, а fr. 4. 2 D. de damno inf. 39. 2.

„An tamen is, qui non admittit, etiam *pignoribus* a magistratibus coerceatur? Non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est“.

Самый вопросъ юриста о примѣнимости *pignoris capio* показываетъ, что и это средство было мыслимо; формулировка отвѣта—*non puto*—въ свою очередь свидѣтельствуетъ, что, если отвѣтъ дается отрицательный, то причиной являются не соображенія юридическія, а соображенія административной традиціи¹⁵⁾.

Въ виду этого едва-ли будетъ слишкомъ смѣлымъ предположеніе, что *missio in possessionem* въ началѣ своего возникновенія приводилась въ исполненіе путемъ прямыхъ мѣръ преторскаго *imperium*¹⁶⁾.

III. Къ особеннымъ средствамъ преторскаго воздѣйствiя относятся, наконецъ, какъ извѣстно, и *restitutio in integrum*. Въ чемъ, однако, заключается особенность этого средства, особенность, кото-

sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, dabo.“ fr. 1. 2 cod. Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt.

¹³⁾ Ср. fr. 4 pr. D. h. t. 43. 4, fr. 3 pr., fr. 3. 2 cod.

¹⁴⁾ Ср. выше, стр. 87.

¹⁵⁾ Ср. *Pernice*. Festgaben für Beseler. S. 51. „Bei Missionen durfte der Prätor grundsätzlich mit Pfändung oder durch seine Diener die Besitzergreifung durchsetzen oder den Eingewiesenen im Besitze erhalten. Aber im Allgemeinen war der Stadtprätor auch hier discret: er gab lieber actio in factum oder Interdikt“.

¹⁶⁾ Ср. *Ubbelohde*. Interdicte. Bd. II. S. 359: „Nun ist aber gewiss keine zu kühne Vermuthung, dass ursprünglich die *missio in bona rei servandae causa* ausschliesslich kraft der unmittelbaren Zwangsmittel des *imperium* geschützt wurde; war doch der Zwang *potestatis iure* auch später noch unentbehrlich, wenn sich der *Impetrat* der zum Schutze der *missio* aufgestellten *actio* entzog“.

рая давала-бы основаніе ставить *restitutio* на одну доску съ interdиктами, *stipulationes praetoriae* и *missiones*?

Вопросъ о природѣ *restitutio in integrum* является въ современной литературѣ спорнымъ. По мнѣнію однихъ, характеристической чертой *restitutio* является то, что она имѣетъ свою цѣлью возстановленіе *тождественнаго* состоянія, того же состоянія, которое было и раньше, а не просто такого-же, т. е. матеріально равнаго. Этимъ признакомъ *restitutio* отличается отъ цѣлой массы т. н. несобственныхъ *restitutiones* ¹⁷⁾. По мнѣнію же другихъ, ограничивать понятіе *restitutio* только случаями возстановленія тождественнаго состоянія (да и едва-ли вполнѣ тождественное состояніе когда-либо можетъ быть возстановлено) значить произвольно (вопреки источникамъ) суживать это понятіе ¹⁸⁾. Существо *restitutio* заключается не въ томъ, что она возстановляетъ матеріально—прежнее состояніе (такую же цѣль имѣютъ и многіе иски), а въ особенномъ, *проявляющемся въ ней внимательствѣ преторской власти* ¹⁹⁾, вышнимъ образомъ выражающемся въ предварительной *causae cognitio*.

Однако, и этотъ послѣдній признакъ оказывается при ближайшемъ разсмотрѣніи чрезвычайно шаткимъ. *Bekker*, изслѣдовавъ различные случаи *restitutio*, принужденъ въ концѣ концовъ заявить: „Даже эта *causae cognitio* не въ состояніи отдѣлить случаи настоящей *restitutio* отъ остальныхъ продуктовъ преторскаго творчества. И во многихъ другихъ мѣстахъ своего эдикта преторъ опредѣленно удерживаетъ за собою *causae cognitio*; точно такъ же во всѣхъ тѣхъ случаяхъ вообще, гдѣ преторъ поступаетъ, не соображаясь съ эдиктомъ, *causae cognitio* является, конечно, общимъ правиломъ. Съ другой стороны, при нѣкоторыхъ *restitutiones* необходимость предварительной *causae cognitio* отпала; такъ, напр., безъ *causae cognitio* дается *restitutio* по причинѣ *capitis deminutio* или влѣдствіе *Senatusconsultum*

¹⁷⁾ Напр. *Windscheid*. Pandekten. Bd. I. § 114, прим. 3. „Mann muss scharf betonen, dass unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung *eines gleichen Zustandes*, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung *des identischen* früher dagewesenen“ ..

¹⁸⁾ *Bekker*. Aktionen. Bd. II. S. 96.

¹⁹⁾ См. *Savigny*. System. Bd. VII. § 316 и сл., *Dernburg*. Pandekten. Bd. I. § 189, прим. 2. „In der Wiederherstellung des vorigen Standes allein liegt also das Spezifische des hier behandelten Rechtsmittels nicht. Vielmehr ist ihm wesentlich, dass die Wiederherstellung durch *besonderes persönliches Eingreifen des Richters in den ordentlichen Gang des Rechtes erfolgt*“.

Vellejanum. Да и вообще, преторъ всегда можетъ по своему усмотрѣнію *cognitio* сократить и посредствомъ формулы нерѣшенные фактическіе вопросы передать на разслѣдованіе судьи“²⁰⁾.

Такимъ образомъ, и съ этой стороны нельзя провести теоретической демаркаціонной линіи между *restitutio* и массой другихъ преторскихъ созданій (исковъ, экцепцій и т. д.), преслѣдующихъ подобную же матеріальную цѣль—возстановить лицо въ прежнее состояніе.

Да и посмотримъ въ самомъ дѣлѣ, какими способами *restitutio* осуществляется. Въ этомъ отношеніи, какъ намъ кажется, вполне убѣдительно показали тотъ-же *Bekker*, что *restitutio* приводится въ исполненіе, смотря по условіямъ случая, самыми различными средствами, иногда даже при помощи цѣлаго комплекса средствъ. Наибольше частыми изъ этихъ средствъ являются *exceptio* или *denegatio actionis*, возстановленіе потеряннаго иска путемъ *rescissio* того или другаго факта (т. е. дача потеряннаго иска съ фикціей въ формулѣ), представленіе иска совершенно новаго (напр. *actio doli*) и т. д., иногда, наконецъ, даже *praetoria cognitio*, т. е. возстановленіе прежняго состоянія административными мѣрами. Сопоставляя все вмѣстѣ, *Bekker* говоритъ, что, по отношенію къ *actio*, *restitutio* можетъ играть различную роль: а) она является средствомъ пріобрѣсти извѣстный искъ или освободиться отъ иска противника; б) она есть часть *actio*, причемъ *restitutio* является однимъ изъ пунктовъ производства *in iure*, касающагося этого иска, и в) *restitutio* является суррогатомъ *actio*—именно тамъ, гдѣ она осуществляется *extra ordinem*²¹⁾.

Изъ всего этого мы имѣемъ право сдѣлать тотъ выводъ, что *restitutio in integrum* съ формальной стороны не является какимъ либо самостоятельнымъ средствомъ преторскаго воздѣйствія; для своего осуществленія она сама, напротивъ, нуждается въ *actio*, *exceptio* и т. д., т. е. въ томъ или иномъ способѣ этого воздѣйствія. *Restitutio* не представляетъ собою какой-либо новой формы преторскаго вмѣшательства подобно *interdictum* или *missio in possessionem*; она является лишь, такъ сказать, извѣстной темой преторскаго вмѣшательства, задачей, осуществленіе которой должно быть достигнуто какими либо иными путями. Поэтому въ одномъ случаѣ вопросъ о *restitutio*

²⁰⁾ *Bekker*. I. cit. S. 100—101.

²¹⁾ *ibid.* S. 104.

может поглотиться въ вопросѣ о предоставленіи просителю *exscriptio*, въ другомъ случаѣ—въ вопросѣ о представленіи иска и т. д. Нѣсколько особенный видъ *restitutio* принимаетъ только тогда, когда возстановленіе въ прежнее состояніе касается цѣлаго юридическаго положенія лица или цѣлаго комплекса имуществъ, напр. при *capitis deminutio* или при вынужденномъ отказѣ отъ наслѣдства²²⁾. Здѣсь, вмѣсто того, чтобы при каждомъ новомъ искѣ или другомъ средствѣ, необходимомъ для осуществленія этой общей задачи, повторять *causae cognitio* о допустимости *restitutio*, естественно все было и самому просителю обратиться къ претору заранѣе съ общей просьбой о ней, и самому претору изъявить свое общее рѣшеніе. Вслѣдствіе этого въ такихъ случаяхъ постановленіе о *restitutio* (*decretum*) и хронологически, и формально отдѣлялось отъ тѣхъ средствъ, которыми оно потомъ приводилось въ исполненіе. Но такое отдѣленіе, съ одной стороны, не является непремѣнной необходимостью при *restitutio*, а, съ другой стороны, оно наблюдается и помимо случаевъ *restitutio*, напр. при *datio bonorum possessionis*²³⁾.

Встрѣчались-ли случаи *restitutio* еще въ эпоху *legis actiones*, т. е. до *lex Aebutia*? Нѣкоторые изъ современныхъ ученыхъ²⁴⁾ даютъ на этотъ вопросъ отвѣтъ отрицательный, основываясь главнымъ образомъ на общихъ соображеніяхъ о томъ, что только *lex Aebutia* открыла претору болѣе широкую возможность оказывать свое вліяніе на правоотношенія гражданского права и т. д. Конечно, едва-ли исторіи римскаго права удастся найти положительныя, неопровержимыя данныя для рѣшенія этого вопроса въ ту или другую сторону—и, во всякомъ случаѣ, въ настоящее время приходится ограничиваться только болѣею или меньшею вѣроятностью,—но вѣроятность эта, какъ намъ кажется, склоняется скорѣе въ пользу отвѣта утвердительнаго, чѣмъ отрицательнаго.

²²⁾ Ср. fr. 21. 6. D. 4. 2. Si coactus hereditatem repudiam, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando.

²³⁾ И даже иногда при отдѣльныхъ искахъ. Напр. fr. 15. 28. D. 39. 2. Eleganter quaeritur, si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit. Et missio quidem cessabit: praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat.

²⁴⁾ См. напр. Girard. Manuel. p. 39—40, p. 1032.

Отвѣтъ, конечно, долженъ былъ бы быть отрицательнымъ, если бы было доказано, что до *lex Aebutia* и формулярнаго процесса въ рукахъ претора не было *средствъ* для осуществленія *restitutio*, что преторъ просто *не могъ-бы* тогда выполнить ее, если бы даже и хотѣлъ. Но доказывать это едва-ли кто-либо возьмется. Даже въ классическую эпоху рядомъ съ *denegatio*, *exceptio*, *actio* и тому подобными средствами, предполагающими формулярный процессъ, въ качествѣ способа осуществленія *restitutio* встрѣчается и *praetoria cognitio*. Такъ напр.

fr. 13. 1. D. de minor. 4. 4. Ulpianus l. 11. ad ed. Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet eum non sit contractum: ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti. Potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat: et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio.

fr. 39 pr. D. de evict. 21. 2. Julianus l. 57 dig. Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium. Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatu fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui²⁵⁾.

Предполагать, что во *всѣхъ* подобныхъ случаяхъ, гдѣ мы имѣемъ *praetoria cognitio*, она есть явленіе позднѣйшее, признакъ народженія экстраординарнаго процесса, мы здѣсь находимъ еще менѣ оснований, чѣмъ тамъ, гдѣ она является рядомъ съ interdиктами (см. выше). Совершенно правильно говорить по этому поводу *Pernice*²⁶⁾: „Ob der Prätor bei der Durchführung der Restitution selbst eingriff oder eine actio rescissoria gab, möchte von seiner Individualität abhängen: noch häufiger hieng es von der Beschaffenheit des Einzelfalles ab“.

²⁵⁾ Ср. еще *fr. 9. 4. D. 12. 2.*—*Bekker. Aktionen. Bd. II. S. 87.*—*Girard l. cit. p. 224* полагаетъ, что здѣсь *restitutio* появилась между *lex Aebutia* и началомъ имперіи, ибо до *lex Aebutia* преторъ „ne pouvait créer de restitutio“.

²⁶⁾ *Festgaben für Beseler. S. 52.*

Но если еще въ классическую эпоху для осуществленія *restitutio* употреблялась непосредственная *cognitio* претора, то очевидно, что эта *cognitio* могла являться средствомъ *restitutio* и до закона Эбуция. Преторъ, напр., въ случаѣ покупки вещи у *minor'a*, невыгодной для послѣдняго, могъ просто покупщику приказать: „отдай вещь назадъ“, и затѣмъ или привести это свое приказаніе въ исполненіе путемъ *multae dictio* или *pignoris capio*, или же по истеченіи опредѣленнаго для *restitutio* вещи срока заставить стороны заключить *sponsiones*, т. е. перевести дѣло на путь производства *интердиктнаго*.

Такимъ образомъ, средства для достиженія матеріальнаго эффекта *restitutio* въ рукахъ претора и до *lex Aebutia* были, но были-ли случаи самой *restitutio*,—это, конечно, вопроса не рѣшаетъ. Мы думаемъ, однако, что нѣкоторые случаи *restitutio* мы должны предположить еще до *lex Aebutia*.

Напримѣръ, *restitutio ob capitis deminutionem*. Намъ кажется совершенно невозможнымъ, чтобы эта *restitutio* возникла только послѣ установленія формулярнаго процесса, чтобы до этого, какъ извѣстно, довольно поздняго времени²⁷⁾ не существовало какого-либо средства для защиты кредиторовъ лица, подвергающагося *capitis deminutio*. Цивильный принципъ погашенія долговъ влѣдствіе, напр., *arrogatio* или *in manum conventio* открывалъ несомнѣнно широкій просторъ для злоупотребленій: должнику, обремененному долгами и опасаящемуся *executio*, стоило только войти съ кѣмъ-нибудь въ сдѣлку объ *arrogatio*, чтобы вове, со вѣзмъ своимъ имуществомъ, уйти отъ кредиторовъ. Если еще при *arrogatio* публичность формы (*arrogatio comitiis calatis*), быть можетъ, служила нѣкоторой гарантіей для кредиторовъ, то при *conventio in manum* даже этой гарантіи не было. Въ виду этого, несомнѣнно, еще до *lex Aebutia* долженъ былъ существовать какой либо коррективъ этой системы, и намъ кажется, что мы можемъ опредѣлить этотъ коррективъ на основаніи нѣкоторыхъ указаній, почерпнутыхъ изъ позднѣйшаго порядка.

Какъ извѣстно, въ классическую эпоху въ случаѣ *arrogatio* или *conventio in manum* дается противъ *capite minutus* или *capite minuta* „*utilis actio rescissa capitis deminutione; et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non*

²⁷⁾ По новѣйшимъ изслѣдованіямъ *Girard'a* (*La date de la loi Aebutia* въ *Zeitschr. der Sav.-St. Bd. XIV, sp. Manuel. p. 971*), *lex Aebutia* приходится на время между 605 и 628 г. а. н. с., т. е. 149—126 до Р. X.

subiecissent, universa vendere creditoribus praeior permittit“²⁸⁾. Въ случаѣ *capitis deminutio maxima* или *media*, *restitutio* исковъ противъ *capite minutus* въ такомъ смыслѣ невозможна; поэтому здѣсь дается *actio utilis* противъ тѣхъ, *ad quos bona pervenerunt eius*, и опять— „*nisi in solidum defendatur, permittendum est in bona, quae habuit, mitti*“²⁹⁾.

Такимъ образомъ въ обоихъ случаяхъ сначала дается *actio utilis*, потомъ, если этотъ искъ не приводитъ къ цѣли, — *missio in possessionem*.

Въ эпоху до *lex Aebutia* объ *actio utilis*, конечно, не можетъ быть рѣчи, но матеріальный эффектъ *restitutio* могъ быть достигнутъ посредствомъ прямой *missio in possessionem*. Подобнымъ же образомъ *restitutio* могла быть проводима и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

СПбГУ

²⁸⁾ Ср. *Gai. Inst.* III. 84, IV. 38.

²⁹⁾ *Fr. 2 pr., fr. 7. 2. Dig. de cap. minut.* 4. 5.

Преторскія средства въ эпоху формулярнаго процесса.

Положеніе старыхъ формъ преторскаго вліянія (интердиктовъ и пр.). Новыя формы: *denegatio* цивильнаго иска и *excoertio*; *actiones praetoriae*, анализъ ихъ юридическаго характера. Разборъ мѣтніи *Schultze* объ общемъ характерѣ формулярнаго процесса и экскурсъ относительно процессуальной *consumptio*.

Какъ выяснило все предыдущее изложеніе, господствующее ученіе о томъ, что *lex Aebutia* не былъ закономъ, создававшимъ для магистрата какія-либо новыя полномочія, должно быть, вопреки *Schultze* и *Puntscharfy*, признано безусловно правильнымъ. Несмотря на отсутствіе прямыхъ свидѣтельствъ относительно содержанія этого закона, путемъ сопоставленія преторскихъ средствъ, извѣстныхъ еще эпохѣ *legis actiones*, приходится признать, что послѣ *lex Aebutia* мы имѣемъ не возникновеніе преторскаго вліянія, а лишь его расширеніе. Преторское вліяніе на область частныхъ правоотношеній возникло гораздо раньше этого закона и до этого же закона оно естественнымъ образомъ расширялось. Законъ Эбуція имѣлъ въ виду лишь реформу процессуальнаго характера, но эта реформа облегчила путь для дальнѣйшаго роста преторскаго вліянія.

Возложеніе на претора обязанности въ каждомъ процессѣ составлять формулу для *judicium* открыло ему возможность, съ одной стороны, вліять на цивильные споры путемъ *denegatio actionis* и включенія экспенцій, а съ другой стороны—создавать свои собственные иски—*actiones in factum*, *actiones praetoriae*. Появленіе

этого послѣдняго средства не замедлило, конечно, отразиться прежде всего на положеніи старыхъ преторскихъ средствъ, выработанныхъ еще въ эпоху *legis actiones*, т. е. на интердиктахъ, *stipulationes praetoriae* и т. д.

Что касается, во-первыхъ, *интердиктовъ*, то уже давно было отмѣчено то обстоятельство, что въ эпоху формулярнаго процесса *интердикты во многихъ случаяхъ были замѣнены посредствомъ actiones in factum*. Цѣль, которую преслѣдовали интердикты, могла быть въ общемъ всегда достигнута посредствомъ аналогичнаго иска: вмѣсто интердикта „*restituas*“—„*nisi restituet, condemna*“, вмѣсто „*exhibeas*“—формула „*nisi exhibebit, condemna*“ и т. д. Съ появленіемъ *actiones in factum*, говоритъ *Schmidt*¹⁾, въ дальнѣйшемъ существованіи интердиктовъ не было уже принципиально необходимости. *Actiones in factum* способны были совершенно выполнить ту задачу, для которой были предназначены интердикты; послѣдніе теперь безъ всякаго вреда для правовой жизни могли бы быть превращены въ *actiones in factum*. И если этого не случилось въ дѣйствительности, то причиной дальнѣйшаго существованія интердиктовъ является отчасти сила традиціи, отчасти же нѣкоторыя практическія преимущества, связанныя съ ними. Такъ, напр., личное приказаніе претора отвѣтчику, безъ сомнѣнія, имѣло фактически больше вѣса, чѣмъ общее изреченіе закона или эдикта. Затѣмъ, грозившая впоследствии для неисполнившаго приказаніе отвѣтника возможность потерять сумму *sponsionis* (интердиктный процессъ *cum periculo*) также должна была со- здавать для него лишній импульсъ къ исполненію обязанности.

Могли быть и другія практическія преимущества этой формы²⁾,— но для насъ, во всякомъ случаѣ, важенъ лишь тотъ фактъ, что въ эпоху формулярнаго процесса мы имѣемъ, съ одной стороны, нерѣдкіе случаи замѣны интердиктовъ посредствомъ *actiones in factum*, съ другой стороны—случаи, гдѣ обѣ эти формы существуютъ рядомъ и предоставляются на-выборъ³⁾. Эти факты несомнѣнно свидѣтель-

¹⁾ Das Interdiktenverfahren. S. 313, 318—319.

²⁾ Ср. къ этому вопросу—*Keller*. Civilprocess § 70, *Pfersche*. Interdikte. S. 31, *Ubbelohde*. Interdikte. Bd. II. S. 343—379.

³⁾ Напр. *Interdictum Salvianum* и *actio Serviana*, *int. fraudatorium* и *actio Pauliana* и т. д. Ср. *Bethmann-Hollweg*. Civilprocess. Bd. II. S. 348, прим. 19.—Fr. 8. 5. D. de relig. 11. 7. *Ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius infe-*

ствуютъ, что какого-либо принципиально различія, различія по сферамъ примѣненія, по предметамъ и отношеніямъ между interdiktami и actiones praetoriae не существуетъ⁴⁾. Поскольку задачу претора составляетъ защита какого-либо интереса, незащищенного въ jus civile, преторъ пользуется средствомъ однимъ или другимъ—руководясь исключительно или традиціей или соображеніями практической цѣлесообразности.

Подобное же явленіе можетъ быть констатировано и по отношенію къ прочимъ преторскимъ средствамъ.

Stipulationes praetoriae въ эпоху формулярнаго процесса находятъ также въ частыхъ отношеніяхъ съ преторскими исками⁵⁾. Силошь и рядомъ послѣдніе являются, т. е., санкціей первыхъ въ томъ смыслѣ, что въ случаѣ отказа дать cautio противъ непослушнаго дается прямо actio. Какъ мы видѣли выше, stipulatio praetoria есть извѣстное средство защиты интересовъ, не защищенныхъ въ jus civile, причемъ преторъ защищаетъ эти интересы такъ, что тотчасъ же приказываетъ отвѣтчику дать обѣщаніе уплатить извѣстную сумму на случай, если что-либо случится или не случится въ будущемъ. Само собою разумѣется, что теперь, т. е. въ эпоху формулярнаго процесса, тотъ же интересъ могъ быть защищенъ и безъ предварительной stipulatio—путемъ простаго предоставленія иска уже послѣ того, какъ означенное событіе случилось или не случилось. И мы, дѣйствительно, имѣемъ въ источникахъ примѣры подобнаго рода.

Извѣстнѣйшимъ примѣромъ, конечно, является случай *cautio damni infecti*. Отказъ дать cautio влечетъ за собой missio in possessionem, недопущеніе къ possessio—actio in factum (ficticia). „In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus est, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re... cautum fuisset“, говоритъ эдиктъ⁶⁾.

ferendi esset, in factum actio competit et interdictum. Fr. 9 eod. Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et postea in factum agere, per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse.—Fr. 3. 2. D. 43. 4 и др.

⁴⁾ Ср. *Schmidt*. I. cit. S. 313. „Eine Theilung nach Klassen der Gegenstände findet zwischen diesen und Interdikten nicht Statt“.

⁵⁾ См. напр. *Keller*. Civilprocess. § 77.

⁶⁾ Fr. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2. Ср. fr. 15. 23 eod. (цитировано выше).

Другой примѣръ. Какъ извѣстно, *adrogator* принципиально обязанъ при *adrogatio* давать *satisfactio bona impuberis restitutum iri*⁷⁾; если, однако, эта *satisfactio* почему-либо установлена не была, то, какъ говорить fr. 19. 1. D. de adopt. 1. 7, „*utilis actio in adrogatorem datur*“. Подобное же явленіе мы имѣемъ и въ

fr. 10. D. de pr. verb. 19. 5. *Partis tertiae usum fructum legavit: heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt et pecuniam, quae ex aestimatione partis tertiae flebat, mulier accepit fruendi causa et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. Quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, repeti possit et qua actione? Respondi in factum actionem dari debere.*

Т. обр., преторъ могъ тотъ же самый интересъ защитить и путемъ непосредственнаго предоставленія иска, и, если бы все дѣло заключалось только въ такой защитѣ, то и *stipulationes praetoriae*, подобно интердиктамъ, „безъ вреда для права“ могли бы быть послѣ *lex Aebutia* замѣнены преторскими исками. Если же онѣ сохраняются и даже возникаютъ иногда вновь (напр., *cautio de rato* процессуальныхъ *procuratores*), то причиной этому являются опять таки соображенія практической цѣлесообразности.

Главнѣйшимъ изъ этихъ соображеній является то, что многія изъ *stipulationes praetoriae* были *satisfactiones*, т. е. *promissiones*, обезпеченныя поручительствомъ. Такія *stipulationes* уже не только защищали тотъ или другой интересъ, но въ то же время и обезпечивали его, чего, конечно, не могли дать простыя *actiones in factum*.

Въ другихъ случаяхъ, далѣе, могло казаться по отношенію къ отвѣтчику несправедливымъ возложить на него отвѣтственность по нему сразу, безъ всякаго предварительнаго предупрежденія, и вотъ роль такого предупрежденія играла *stipulatio praetoria*. Примѣромъ этого рода можетъ служить *cautio damni infecti*. Прежде всего, конечно, самъ хозяинъ угрожаемаго участка долженъ заботиться о своихъ интересахъ, и, если ему что-либо грозитъ, онъ долженъ, по крайней мѣрѣ, обратить вниманіе сосѣда на плохое состояніе зданія и т. п. Эту роль и играло до извѣстной степени требованіе *cautio*⁸⁾.

⁷⁾ fr. 17. 5, fr. 18, fr. 19 pr. D. de adopt. 1. 7.

⁸⁾ Тоже соображеніе могло имѣть значеніе и для нѣкоторыхъ интердиктовъ.

То же самое, даѣе, нужно сказать и относительно *missio in possessionem*. Какъ извѣстно, въ періодъ формулярнаго процесса нормальной санкціей *missio* служить *actio in factum*.

fr. 1 pr. D. ne vis fiat. 43. 4. Ait praetor: Si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdicatio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, dabo“.

Уже изъ этого мѣста видно, что, поскольку дѣло касается лишь защиты извѣстнаго интереса, приданія ему юридической силы, роль *missio in possessionem* также могла быть исполнена простымъ преторскимъ искомъ. Если же *missio* удерживается (а весьма вѣроятно, что нѣкоторые случаи создаются даже вновь), то причиной и дѣйствіемъ являются тѣ или другія соображенія цѣлесообразности, соображенія не только защиты, но и *возможно лучшей* защиты даннаго интереса.

Объ отношеніи *restitutio in integrum* къ преторскимъ искамъ мы уже говорили выше. Часто *restitutio* есть не что иное, какъ лишь матеріальная, внутренняя цѣль *actio*, формально совершенно скрывающаяся въ этой послѣдней.

Т. обр., послѣ *lex Aebutia* преторское развитіе права движется главнымъ образомъ посредствомъ *actiones praetoriae*. Всѣ другія преторскія средства, поскольку они имѣли своею цѣлью предоставленіе юридической защиты тому или другому интересу, обнаруживаютъ тенденцію перейти въ *actiones praetoriae* и часто, дѣйствительно, замѣняются ими. Если же они сохраняются, то лишь по тѣмъ или другимъ соображеніямъ практической цѣлесообразности, а не по какимъ либо юридическимъ различіямъ въ сферахъ ихъ примѣненія. Ко всей области преторскихъ средствъ примѣнимы слова *Schmidt'a*, сказанныя имъ относительно интердиктовъ: „*Die Theilung nach Klassen der Gegenstände findet nicht statt“*.

Установивъ этотъ фактъ, обратимся теперь къ спеціальному разсмотрѣнію тѣхъ преторскихъ средствъ, которыя стали возможны только послѣ *lex Aebutia*. Средства эти — *отказъ въ цивильномъ искѣ (denegatio, exceptio)* и *преторскій искъ*.

Въ эпоху формулярнаго процесса всякій искъ долженъ пройти черезъ руки претора для того, чтобы получить отъ него необходи-

мую для *judicium* формулу. Какое же юридическое значеніе имѣеть эта формула?

Господствующее ученіе опредѣляетъ ее обыкновенно, какъ инструкцію судѣ, имѣющую своей задачей опредѣлить тотъ споръ, который подлежитъ рѣшенію судьи, опредѣлить *res de qua agitur*. Иначе смотритъ на этотъ вопросъ *Schultze* ⁹⁾.

Производство *in jure*, говоритъ онъ, является всегда, т. е. безразлично, будетъ ли искъ цивильный или преторскій, настоящимъ процессомъ, и этотъ процессъ *in jure*, если онъ не прекращается какимъ-нибудь формальнымъ актомъ сторонъ (*confessio, jusjurandum*), всегда оканчивается судебнымъ *приговоромъ*. Но этотъ приговоръ иногда бываетъ рѣшительнымъ, окончательнымъ (*Endurtheil*), иногда же—только условнымъ, гипотетическимъ.

Окончательный приговоръ бываетъ или отказывающимъ или обвинительнымъ (*abweisendes* или *condemnatorisches Endurtheil*). Отказывающій приговоръ есть *denegatio actionis*; она возможна или по формальнымъ причинамъ въ родѣ нынѣшней т. н. *absolutia ab instantia*, или же по причинамъ матеріальнымъ, когда претензія истца, по мнѣнію претора, противорѣчитъ *aequitas*.—Окончательный приговоръ будетъ обвинительнымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда преторъ рѣшаетъ дѣло лично, безъ передачи его *in judicium*, рѣшаетъ своимъ *декретомъ*. Это случаи т. н. *extraordinaria cognitio*.

Но приговоръ претора можетъ быть и не окончательнымъ, а лишь условнымъ, *ипотетическимъ*. Этотъ гипотетическій приговоръ и есть именно *формула*. Задачу *judex*'а составляетъ затѣмъ превратить этотъ гипотетическій приговоръ въ безусловный, *тепическій*; по свою юридическую силу этотъ послѣдній приговоръ получаетъ не отъ *judex*'а, а отъ претора, который придавъ ему эту силу заранѣе своимъ приказаніемъ въ формулѣ „*condemna*“.

Въ формулярномъ процессѣ, поэтому, вторая стадія производства—*judicium*—относительно не является неизбежною частью процесса; во многихъ случаяхъ дѣло до нея вовсе не доходитъ, найдя себѣ окончательное разрѣшеніе въ собственномъ (отрицательномъ или утвердительномъ) приговорѣ претора. *Judicium* представляется стадіей, для самаго понятія процесса несущественной, т. е. частымъ, но не необходимымъ эпизодомъ.

⁹⁾ *Privatrecht und Process*. S. 354 и сл.

Т. обр., по мнѣнію *Schultze*, *denegatio*, *decretum* и *formula* имѣють совершенно одинаковую юридическую природу и совершенно одинаковое значеніе (приговора). Въ частности, *formula* будетъ имѣть такое значеніе гипотетическаго приговора претора одинаково какъ при искахъ преторскихъ, такъ и при искахъ цивильныхъ. Согласно ученію *Schultze*, послѣ *lex Aebutia jus civile* было формально отмѣнено, и преторъ во всѣхъ случаяхъ одинаково черпаетъ нормы для своихъ приговоровъ изъ своего правоубѣжденія, изъ *aequitas*.

Все это ученіе, однако, представляетъ собою смѣсь тонкаго анализа и натяжекъ, смѣсь правды съ неправдой.

Возьмемъ прежде всего *цивильные иски*, и посмотримъ, можно-ли сказать, что формула является для нихъ *приговоромъ претора*, хотя-бы и гипотетическимъ?

Schultze отиравается отъ своей общей идеи о томъ, что въ силу *lex Aebutia jus civile* потеряло значеніе формально дѣйствующаго права. Съ этой точки зрѣнія, конечно, выдача формулы при искахъ цивильныхъ, по своему юридическому характеру, ничѣмъ не будетъ отличаться отъ выдачи формулы при искахъ преторскихъ. Въ обоихъ случаяхъ мы будемъ имѣть здѣсь не только приговоръ, но въ то же время и „*Rechtszeugungsakt*“, „*Rechtsproduktion*“. Но мы уже говорили выше, что съ упомянутой основной идеей *Schultze* согласиться нельзя; мы видѣли, что законъ Эбуція былъ лишь процессуальнымъ закономъ, онъ не вручалъ претору какихъ-либо новыхъ полномочій и не является источникомъ преторскаго вліянія и преторскаго права: послѣднее существовало и до этого закона.

Если, поэтому, оставаться на почвѣ господствующаго ученія, то спрашивается, какое измѣненіе внесъ этотъ законъ въ положеніе цивильныхъ исковъ передъ преторомъ? По общему ученію, этотъ законъ лишь замѣнилъ словесную формулировку спора самими сторонами, какъ было при *legis actio*, письменной формулировкой его преторомъ. И на первыхъ порахъ эта письменная формулировка являлась, безъ сомнѣнія, лишь точной копией словесныхъ формулъ *legis actio*. Въ-место „*aiō hunc hominem ex jure Quiritium meum esse*“— „*si paret hominem Stichum ex jure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse*“; въ-место „*aiō te mihi C dare oportere*“— „*si paret N^m N^m A^o A^o C dare oportere*“ и т. д.

Если такъ, то можно-ли подобное *протоколированіе* заявленій сторонъ считать *рѣшеніемъ* претора, его *приговоромъ*? Мы думаемъ,

что имѣть: здѣсь преторъ такъ же мало что-либо рѣшаетъ, какъ и въ эпоху *legis actiones*. Рѣшить дѣло и постановить приговоръ судья (*judex*), и только тогда мы будемъ имѣть *res judicata*.

По отношенію къ гражданскимъ искамъ преторъ и послѣ *lex Aebutia* сохраняетъ то же положеніе, которое онъ занималъ въ эпоху *legis actiones*; его *нормальнымъ* поведеніемъ является состояніе пассивности. Заявленія истца „*jus mihi esse*“, „*dare mihi oportere*“ и т. д. уже сами по себѣ служатъ основаніемъ для выдачи соотвѣтственной формулы и сами за собой, какъ неизбежное послѣдствіе, влекутъ необходимость *condemnatio*. Дѣлая эти заявленія, истецъ ждетъ отъ претора только записанія ихъ въ формулу, только протоколированія ихъ, чтобы перейти затѣмъ къ дальнѣйшимъ процессуальнымъ дѣйствіямъ; рѣшенія дѣла, приговора онъ и теперь, какъ при *legis actio*, ждетъ только отъ *judex'a*.

Совершенно справедливо, поэтому, замѣчаетъ *Wlassak*¹⁰⁾, что съ римской точки зрѣнія было бы грубой ошибкой говорить о „*magistratische Verleihung der Civillklage*“. По воззрѣнію, ясно выраженному у всѣхъ римскихъ юристовъ, *actio legitima* у претора не испрашивается и преторомъ не дается; что предоставляетъ законъ, то принадлежит каждому уже *ipso jure*, безъ всякаго содѣйствія со стороны магистрата¹¹⁾. Давая или выставляя гражданскія формулы, говорить тотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ¹²⁾, преторъ отнюдь не становился на мѣсто гражданской нормы; не онъ давалъ *actio*, а эта норма; онъ лишь приводилъ въ исполненіе то, что опредѣляла сила, стоящая выше его. Формулы гражданскихъ исковъ оттого только, что онѣ составлялись преторомъ, вопреки *Schultze*, отнюдь не становились преторскими, такъ же точно какъ и самые искъ отъ этого не мѣняли своего юридическаго характера.

¹⁰⁾ Römische Processgesetze. Bd. I. S. 46.

¹¹⁾ Поэтому, говоритъ *Wlassak* *l. cit.*, относительно гражданскихъ исковъ источники употребляютъ выраженіе „*actio competit*“, въ противоположность преторскимъ, о которыхъ говорится „*actio datur*“.— Это замѣчаніе *Wlassak'a*, однако, не подтверждается: въ источникахъ мы часто встречаемъ выраженіе „*competit*“ и относительно преторскихъ средствъ—исковъ и даже interdиктовъ: напр. fr. 8. 5. D. 11. 7, fr. 1 pr. D. 43. 1, fr. 2. 1. D. eod., fr. 1. 15 D. 43. 3 и др. Тѣмъ не менѣе, мы думаемъ, что *Wlassak* правъ въ томъ смыслѣ, что *техническимъ* выраженіемъ было относительно гражданскихъ исковъ „*actio competit*“, а относительно преторскихъ—„*actio datur*“. Ср. *Gai*. IV. 112.

¹²⁾ *Edikt und Klageform* (1832). S. 119.

Т. обр., усматривать, подобно Schultze, въ формулѣ цивильнаго иска приговоръ претора, хотя-бы и гипотетическій, совершенно невозможно; это значило-бы вполнѣ игнорировать и историческое развитіе и разницу между *actiones civiles* и *honogariae*, признаваемую даже въ классическую эпоху.

Преторъ, однако, въ цивильной формулѣ можетъ отказать—*actionem denegare*. Мы уже говорили раньше, что въ эпоху *legis actiones* такой *denegatio* предположить нельзя. Все, что было въ эту пору во власти магистрата,—это, пожалуй, послѣ осуществленія иска, котораго онъ не одобрялъ, приказать выигравшему процессъ истцу отдать назадъ полученную по суду вещь или сумму, и осуществить это свое приказаніе (*decretum*) мѣрами своей административной власти (*restitutio in integrum* путемъ непосредственной *cognitio*—см. выше!). Послѣ *lex Aebutia* преторъ, имѣя въ своихъ рукахъ составленіе формулы, получилъ возможность отказать въ своемъ содѣйствіи истцу и, т. обр., лишить послѣдняго иска. Не уничтожаетъ-ли это всего только что сказаннаго?

Schultze характеризуетъ *denegatio actionis*, какъ окончательный приговоръ претора по дѣлу; отъ формулы *denegatio*, по его мнѣнію, отличается только тѣмъ, что первая есть приговоръ неокончательный, гипотетическій. Мы думаемъ, однако, что и съ этой характеристикой согласиться невозможно. По учению Schultze, формула (*litiscontestatio*) производятъ процессуальную *consumtio* именно потому, что она есть гипотетическій приговоръ претора. Если такъ, то тѣмъ болѣе мы должны были бы ожидать консумирующаго дѣйствія отъ приговора окончательнаго въ видѣ *denegatio*. Этого, однако, въ источникахъ мы совершенно не находимъ; *exceptio rei judicatae* къ *denegatio actionis* никогда не примѣнялась.

Denegatio есть, конечно, извѣстное рѣшеніе претора, но это рѣшеніе есть не *sententia*, а *decretum*¹³⁾, какъ и всякое другое *decretum*, являющееся результатомъ *praetoria cognitio*. Постановляя *denegatio actionis*, преторъ дѣйствуетъ не какъ судья, разбирающій процессъ, а какъ носитель *imperium*¹⁴⁾, своимъ властнымъ словомъ па-

¹³⁾ Ср. напр. Rudorff. Röm. Rechtsgeschichte. Bd. II. S. 230.

¹⁴⁾ Wlassak. Röm. Prozessgesetze. Bd. I. S. 44. „Der Prätor ist keineswegs gloss Schreiber im Dienste des Gesetzes: sein Imperium ermächtigt ihn zur Verweigerung wie zur Beschränkung der gesetzlichen Klage“.

рализующій готовый начаться процессъ. Denegatio цивильнаго иска есть не рѣшеніе *начатаго* процесса, а *недопущеніе процесса ко вѣдѣнію*, она парализуетъ, какъ veto, процессъ еще до его юридическаго зарожденія. Началомъ процесса, какъ извѣстно, по римскимъ воззрѣніямъ является только litiscontestatio, и denegatio приходится, поэтому, на періодъ времени, предшествующій тому, когда между сторонами устанавится процессуальное отношеніе; она лежитъ еще за предѣлами процесса.

Мы говорили выше, что нормальнымъ отношеніемъ претора къ предъявляемому цивильному иску является отношеніе пассивнаго протоколированія или—въ лучшемъ случаѣ—формулированія заявленій истца. Denegatio представляетъ отступленіе отъ этого общаго правила. Отвѣтчикъ, полагающій, что предъявленіе противъ него даннаго иска по тѣмъ или другимъ причинамъ несправедливо, выводитъ претора изъ этого состоянія пассивности, вызываетъ его вниманіе, разслѣдованіе и примѣненіе imperium въ видѣ denegatio actionis. Вниманіе, активность претора нужна, т. обр., не для datio цивильнаго иска, а для его denegatio; но эта активность, это вмѣшательство есть проявленіе imperium.

Уже изъ этого видно, что, если Schultze неправъ, сопоставляя denegatio съ выдачей цивильной формулы, то онъ совершенно правъ, сопоставляя denegatio съ decretum въ случаѣ extraordinaria cognitio. Denegatio есть такое же decretum, какъ и всякія другія decreta, которыя мы встрѣчаемъ при непосредственной cognitio, при интердиктахъ, missio in possessionem и т. д. И тамъ, и здѣсь мы имѣемъ преторское вмѣшательство jure potestatis, вмѣшательство въ силу принадлежащаго претору imperium. Denegatio является, т. обр., еще однимъ, новымъ средствомъ, еще одной, новой формой преторскаго вліянія, которая очутилась въ рукахъ претора послѣ lex Aebutia вмѣстѣ со старыми выше разсмотрѣнными формами.

Denegatio естественно приводитъ насъ къ другому виду преторскаго вліянія на цивильные иски—къ *exceptio*. Denegatio предполагаетъ личное разслѣдованіе претора; въ тѣхъ же случаяхъ, когда это разслѣдованіе требуетъ болѣе или менѣе значительнаго труда и времени, когда заявленія отвѣтника не представляются съ перваго же раза несомнѣнными, тогда преторъ влючаетъ въ формулу цивильнаго иска соотвѣтственную exceptio. Denegatio и exceptio являются, т. обр., институтами параллельными и по своему юридическому зна-

ченію тождественными¹⁵⁾. Exceptio есть въ существѣ своемъ не что иное, какъ *условная* или—употребляя выраженіе Schultze—*инотемическая denegatio*. Употребить въ каждомъ конкретномъ случаѣ одну форму или другую—это принципиально зависитъ отъ усмотрѣнія претора, и, если denegatio, какъ мы только-что видѣли, есть проявленіе преторскаго imperium, то такимъ же проявленіемъ imperium должна быть признана и exceptio: обѣ вырастаютъ изъ одного и того же корня, обѣ питаются одними и тѣми же соками.

Перейдемъ теперь къ *actiones praetoriae* и посмотримъ, что представляетъ собой съ юридической точки зрѣнія выдача формулы при этихъ искахъ.

Откуда черпаютъ эти иски свою силу? Если истецъ въ своей просьбѣ объ искѣ не можетъ опереться на jus civile, если, т. обр., необходимость condemnatio отвѣтчика не вытекаетъ сама собою изъ какого-либо „jus esse“ или „dari oportere“, то откуда она возьмется? Истецъ приведетъ передъ преторомъ только факты, но гдѣ же та сила, которая свяжетъ съ этими фактами то или другое юридическое послѣдствіе, говоря вообще, необходимость condemnatio.

На этотъ вопросъ правильно отвѣтилъ уже Keller¹⁶⁾. Преторъ, говоритъ онъ, послѣ lex Aebutia сталъ создавать свои самостоятельныя формулы—„und dabei den Rechtspunkt, anstatt ihm den Judex im Jus civile finden zu lassen, auf sein Imperium nahm, d. h. den Condemnationsbefehl an bestimmte Thatsachen, als einzige Bedingung, knüpfte“. Другими словами, той силой, которая создаетъ и поддерживаетъ преторскій искъ, является опять-таки imperium магистрата. Keller, впрочемъ, ограничиваетъ это утвержденіе лишь тѣми изъ преторскихъ исковъ, которые осуществлялись посредствомъ формулъ съ простымъ перечисленіемъ фактовъ (*actiones in factum* господствующаго ученія). Но то же самое въ полной мѣрѣ должно быть сказано и относительно всѣхъ прочихъ преторскихъ исковъ (съ перестановкой субъектовъ и съ фикціей); та или другая редакція исковой формулы, завися исключительно отъ усмотрѣнія претора и являясь чисто

¹⁵⁾ Ср. Keller. Civilprocess. § 36. „Der exceptio geht die denegatio actionis parallel, und man darf sich nicht wundern, dass dieselbe Einwendung bei derselben Klage bald zu dieser bald zu jener führt“. Въ прим. цитируются соответствущія мѣста источниковъ.

¹⁶⁾ L. cit. § 33.

нѣшнимъ обстоятельствомъ, не можетъ, конечно, измѣнить источника, создающаго искъ, и юридической природы этого послѣдняго ¹⁷⁾.

Мысль о томъ, что actiones praetoriae вытекаютъ изъ imperium претора, далеко не пользуется общимъ признаніемъ; преторскіе искъ— даже actiones in factum господствующаго ученія, вопреки только что приведенному мнѣнію Keller'a—никогда не причисляются къ средствамъ imperium на-ряду съ интердиктами, stipulationes praetoriae и т. д. Тѣмъ не менѣе, эта мысль находитъ себѣ полное подтвержденіе въ той тѣсной связи преторскихъ исковъ съ только что указанными средствами—связи, которая была отмѣчена нами выше. Въ самомъ дѣлѣ, возьмемъ тѣ actiones praetoriae, которые или замѣнили собою прежніе интердикты или даются на-выборъ съ этими послѣдними: actio и интердиктъ въ этихъ случаяхъ, очевидно, являются лишь двумя различными формами преторской защиты; оба средства почерпаютъ свою силу изъ одного и того же источника, и этимъ источникомъ служить, конечно, не что иное, какъ imperium магистрата. Съ замѣной интердикта преторскимъ искомъ, какъ мы говорили выше, происходитъ лишь замѣна одного приѣма защиты другимъ, подобно тому какъ раньше произошла замѣна личной cognitio интердиктомъ. Но, очевидно, правовой источникъ самой защиты отъ этого измѣниться не могъ.—Далѣе, если stipulatio praetoria, какъ это признаетъ и господствующее ученіе, вытекаетъ изъ imperium praetoris, то, безъ сомнѣнія, въ такой же мѣрѣ вытекаютъ изъ imperium и всѣ тѣ actiones in factum и ficticiae, которыя даются на случай „si repromittere noluit“. То же самое, конечно, нужно сказать и относительно actiones in factum, которыя замѣняютъ missio in possessionem, равно какъ и о тѣхъ, которыми осуществляется restitutio in integrum. *Всѣ преторскіе искъ, какъ бы они ни назывались и какъ бы ни была редактирована ихъ формула, всѣ они одинаково вытекаютъ и черпаютъ свою силу изъ imperium дающаго ихъ магистрата.*

Посмотримъ, въ самомъ дѣлѣ, что представляетъ собою datio преторскаго иска, причемъ опять-таки будемъ принимать во вниманіе историческій генезисъ преторскихъ средствъ.

Какъ мы видѣли выше, первой формой преторскаго воздѣйствія была личная cognitio, заканчивавшаяся окончательнымъ декретомъ и мѣрами администраціи. Съ возникновеніемъ sponsiones этотъ старый

¹⁷⁾ Ср. объ этомъ „Право и фактъ въ римскомъ правѣ“, ч. I.

порядокъ во многихъ случаяхъ былъ замѣненъ интердиктами. Юридическій характеръ этой замѣны родоначальникъ господствующаго ученія о такомъ происхожденіи интердиктовъ—*Leist*—описываетъ слѣдующимъ образомъ¹⁸⁾:

Тяжелую стороною старой *extraordinaria cognitio* для претора являлась необходимость производить лично разслѣдованіе всѣхъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла, т. е. повѣрку доказательствъ; это-то *производство о доказательствахъ* (*Beweisverfahren*) преторъ и желалъ перенести на другія плечи, на плечи *judex'a*. Но это, говоритъ *Leist*, можно было сдѣлать двоякимъ образомъ. Можно было, во-первыхъ, по установленіи спора *in iure* передать повѣрку доказательствъ судѣ съ тѣмъ, чтобы по окончаніи этой повѣрки дѣло снова было возвращено претору, который на основаніи результатовъ *judex'a* и постановилъ бы свой—но прежнему окончательный—декретъ. Этотъ путь, однако, не могъ не представляться длиннымъ и сложнымъ, и потому преторъ предпочелъ другой приемъ. Въмѣсто того, чтобы откладывать свое рѣшеніе до окончанія производства о доказательствахъ, преторъ издастъ свой декретъ заранѣе, но, конечно, этотъ декретъ является теперь только *условнымъ, гипотетическимъ* (если фактическія обстоятельства дѣла вѣрны).

Такъ говоритъ *Leist* объ интердиктахъ, и мы думаемъ, что господствующее ученіе, идущее вслѣдъ за нимъ въ вопросѣ о происхожденіи интердиктовъ, не можетъ не признать этой юридической характеристикѣ интердиктовъ вполне вѣрною. Намъ остается сдѣлать только слѣдующій шагъ, ида за дальнѣйшимъ развитіемъ преторскихъ средствъ.

Съ установленіемъ формулярнаго процесса во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ для перенесенія фактической стороны дѣла на *judex'a* раньше необходимъ былъ искусственный путь *sponsiones*, открылась возможность достигнуть той же цѣли гораздо проще—путемъ непосредственнаго составленія формулы. И здѣсь тоже, вмѣсто того, чтобы передать производство о доказательствахъ судѣ, а затѣмъ, по окончаніи его, произнести свой окончательный декретъ, преторъ избираетъ болѣе простой и болѣе удобный приемъ: онъ заранѣе высказываетъ этотъ свой декретъ въ условной, гипотетической формѣ, предписывая затѣмъ судѣ превратить этотъ гипотетическій приговоръ въ

¹⁸⁾ *Leist*. Die Bonorum Possessio. Bd. I. S. 343—344.

безусловный, тетиическій—обвинительный, если провѣрка доказательствъ обнаружить справедливость заявленій истца, оправдательный, если окажется противное. Вслѣдствіе этого, приговоръ судьи будетъ въ сущности приговоромъ претора.

Оказывается, т. обр., что, если *Schultze*, сопоставляя *decretum* и *formula*, былъ неправъ относительно цивильныхъ исковъ, то онъ совершенно правъ относительно исковъ преторскихъ: *datio* преторской формулы и преторское *decretum* имѣютъ одинаковую юридическую природу, и разница между ними только та, что *decretum* есть приказаніе безусловное, а *formula*—приказаніе условное, условный, гипотетическій декретъ.

Всѣ эти выводы имѣютъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, чрезвычайно важное значеніе для уясненія юридической структуры формулярнаго процесса вообще. Современная литература трактуетъ этотъ вопросъ, совершенно не обращая вниманія на различіе цивильныхъ и преторскихъ исковъ. Между прочимъ, не обращаетъ вниманія на это различіе и *Schultze*, когда говоритъ, что въ римскомъ формулярномъ процессѣ вторая стадія его—*judicium*,—въ виду того, что дѣло можетъ до нея и не дойти, является въ принципѣ частью несущественною—*„eir für den Begriff des Processes nicht wesentlicher Bestandtheil desselben“*¹⁹⁾. Точно также на полномъ забвеніи указанного различія покоится и другое широкое обобщеніе того же автора, что римскій формулярный процессъ есть не столько процессъ примѣненія права, сколько процессъ его творенія—*„Rechtsproduction“*. Какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ изъ этихъ положеній талантливаго писателя мы опять имѣемъ смѣсь тонкой правды съ грубой неправдой.

Анализируя процессъ эпохи *legis actiones*, мы пришли къ тому заключенію, что тамъ собственнымъ процессомъ является именно *judicium*; первая же стадія—производство *in jure*—по своей исторической идеѣ имѣетъ свою цѣлью только направить споръ сторонъ къ мирному разрѣшенію путемъ судебно-третейскаго разбирательства. *In jure* магистратъ ничего не разбираетъ и ничего не судитъ; своимъ контролемъ и вмѣшательствомъ онъ только предотвращаетъ возможность реального столкновенія между сторонами. Его давленіе направляется лишь на то, чтобы стороны заключили между собой договоръ

¹⁹⁾ L. cit. S. 337.

о третейскомъ судѣ, послѣ чего споръ и переходитъ къ этому послѣднему.

Съ теченіемъ времени эта историческая идея производства *in iure* должна была, конечно, въ сознаніи римлянъ тускнѣть и забываться, но вліяніе этой идеи на строеніе процесса и на значеніе тѣхъ или другихъ процессуальныхъ актовъ во многихъ отношеніяхъ сказывается и въ болѣе позднюю эпоху, въ эпоху господства процесса формулярнаго.

Мы говорили выше, что на первыхъ порахъ процесса *per formulas* дѣятельность претора по отношенію къ цивильнымъ искамъ сводилась въ существѣ къ простому протоколированію устныхъ заявленій сторонъ; онъ обязанъ былъ при составленіи формулы только записать юридическую сущность спора; онъ ничего при этомъ не судить и ничего не рѣшаетъ. Разъ формула составлена, дѣло переходитъ *in iudicium*, и только здѣсь начнется настоящій разборъ и настоящій судъ. Формула цивильнаго иска есть, такимъ образомъ, только протоколъ, служащій основаніемъ *litiscontestatio*, а потому и дальнѣйшаго суда.

Правда, въ эпоху формулярнаго процесса преторъ можетъ выйти изъ этого состоянія пассивнаго протоколированія, можетъ отказать въ выдачѣ формулы, по мы видѣли уже, что такая *denegatio actionis* есть уже проявленіе *impetium*. И во всякомъ случаѣ подобное вмѣшательство въ нормальный ходъ процесса въ принципѣ (да и *de facto*) есть нѣчто исключительное, нѣчто—выражаясь словами *Schultze*—для самаго понятія процесса несущественное.

Велѣдствіе всего этого, имѣя въ виду *цивильные иски*, мы должны будемъ характеризовать формулярный процессъ чертами, совершенно противоположными тѣмъ, какія усматриваетъ *Schultze*. Для *цивильныхъ исковъ*, какъ и въ эпоху *legis actiones*, собственнымъ судомъ и процессомъ должно быть признано производство *in iudicio*; если дѣло до этой второй стадіи не доходитъ, найдя себѣ окончательное разрѣшеніе въ *denegatio actionis*, то мы будемъ имѣть въ этомъ случаѣ лишь исключительный инцидентъ, причѣмъ такимъ путемъ собственно не уже начатый процессъ разрѣшается, а полагается препятствіе къ самому его возникновенію.

Далѣе, составляя формулу цивильнаго иска, преторъ совѣтъ не творить права; онъ только даетъ законный ходъ (или лучше сказать—пускаетъ идти) тѣмъ „*jus esse*“ и „*dari oportere*“, которые при-

надлежать лицу въ силу стоящихъ выше претора нормъ цивильнаго права. Слѣдовательно, вопреки Schultze, мы должны характеризовать этотъ процессъ именно, какъ процессъ примѣненія права („Process der Rechtsanwendung“).

Совершенно въ иномъ свѣтѣ представится тотъ же формулярный процессъ, если мы посмотримъ на него съ точки зрѣнія преторскихъ исковъ.

Эти послѣдніе выросли исторически (черезъ интердикты и т. п.) изъ виѣ-судебнаго разслѣдованія и рѣшенія спора самимъ преторомъ— изъ виѣ-судебной *cognitio*. Принципиально преторъ и въ болѣе позднюю эпоху могъ вмѣсто *actio praetoria* употребить старый приемъ личной *cognitio*, и случаи этого рода, хотя рѣдко, но все же и въ классическую эпоху дѣйствительно встрѣчаются. Цѣль, которую преслѣдовалъ преторъ при созданіи интердиктовъ, а затѣмъ *actiones praetoriae*, заключалась въ перенесеніи производства о доказательствахъ; если же дѣло было для претора ясно или если онъ почему-либо желалъ провѣрить доказательства лично,—то дѣло до *judicium* могло не дойти и закончиться прямымъ и безусловнымъ декретомъ. Въ виду этого, хотя передача дѣла *in judicium* является фактомъ нормальнымъ и для преторскихъ исковъ, тѣмъ не менѣе съ юридической точки зрѣнія мы должны будемъ вмѣстѣ съ Schultze сказать, что здѣсь дѣйствительно производство *in judicio* имѣетъ характеръ служебный, характеръ части, для самаго понятія процесса несущественной.

Съ другой стороны, нормы для своихъ декретовъ и для своихъ исковъ преторъ почерпаетъ исключительно въ своемъ убѣжденіи, и путемъ декретовъ, путемъ формулъ проводить ихъ въ жизнь, дѣлаетъ правомъ дѣйствующимъ. Такимъ образомъ, этой своей стороной формулярный процессъ дѣйствительно является процессомъ созданія права—„*Process der Rechtsproduction*“.

Какъ видимъ, одно и то же явленіе—формулярный процессъ—какъ нѣкоторый двуликій Янусъ, будетъ имѣть различное юридическое значеніе и различный юридическій характеръ, смотря по тому, примѣняется-ли оно къ правоотношеніямъ цивильнымъ, или къ правоотношеніямъ преторскимъ. Въ одинаковыхъ формахъ этого процесса проходятъ юридическія явленія совершенно различнаго порядка. Съ виѣшней стороны при всѣхъ исковахъ—какъ цивильныхъ, такъ и преторскихъ—мы видимъ одно и то же: дѣленіе процесса на двѣ

стадіи, *postulatio formulae*, *datio formulae* и т. д.; но подъ этимъ внѣшнимъ, формальнымъ сходствомъ скрывается глубокое внутреннее различіе.

Это различіе сказывается, между прочимъ, и въ томъ вопросѣ, который до сихъ поръ еще служить предметомъ оживленныхъ дебатовъ въ романистической литературѣ—въ вопросѣ о *процессуальной consumptio* ²⁰⁾. Въ виду большой теоретической важности этого вопроса для самаго пониманія римскаго процесса, нѣкоторый экскурсъ въ эту область будетъ, смѣемъ думать, не лишнимъ.

Со времени „*Litiscontestation und Urtheil*“ Келлера вопросъ объ основаніяхъ процессуальной *consumptio* вызвалъ появленіе цѣлой массы теорій ²¹⁾, но ни одной изъ этихъ теорій не удалось занять прочное положеніе. Въ ряду ихъ старая Келлеровская теорія *процессуальнаго договора* имѣла неоспоримое преимущество въ смыслѣ своей ясности и даже содержательности. Неудивительно поэтому, если въ послѣднее время снова стали слышаться голоса въ ея пользу. Такъ напр. *Wlassak* объявилъ сначала нерасположеніе современныхъ ученыхъ къ теоріи договора и *novatio* ни на чемъ не основаннымъ ²²⁾, а затѣмъ высказался и еще рѣшительнѣе: „*Durch die Abkehr vom Novationsgedanken und das Ablengnen des römischen Processvertrags ist den Neueren das Verständniß der classischen Consumtion mehr und mehr abhandem gekommen*“ ²³⁾.

Однако, простое возвращеніе къ Келлеровской теоріи, очевидно, не подвигаетъ вопроса впередъ; возстановляя эту теорію, мы одновременно возстановляемъ и ея ошибки; старыя сомнѣнія и неразрѣшенныя загадки оживаютъ вновь. Въ особенности, непреодолимое затрудненіе представляютъ для Келлеровской теоріи *consumptio ipso jure* и *ope exceptionis* въ связи съ Келлеровскимъ и господствующимъ ученіемъ объ *actiones in jus* и *in factum conceptae*. Какъ извѣстно, въ классическомъ правѣ *actiones (in personam) in jus conceptae* погашаются въ моментъ *litiscontestatio ipso jure*, *actiones in factum*, напротивъ, только *ope exceptionis (rei judicatae vel in iudicium deductae)*.

²⁰⁾ Самымъ повѣйшимъ сочиненіемъ по этому вопросу является *H. Jourdan*. La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine. Lyon. 1900.

²¹⁾ См. объ этомъ „Право и фактъ“, часть I.

²²⁾ *Litiscontestation des classischen Rechts*. S. 58 прим.

²³⁾ *Röm. Processgesetze*. Bd. II. S. 355.

Причиной этого различія, по ученію Келлера, служитъ то обстоятельство, что только *цивилизованное* обязательство можетъ быть новировано въ процессъ (*litiscontestatio* есть *novatio necessaria*) и потому погашено *ipso jure*. Но если такъ, то остается совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ можно допустить такую-же *consumptio ipso jure* и при многихъ *преторскихъ* искахъ (иски съ перестановкой субъектовъ и *actiones ficticiae*), которые господствующее ученіе считаетъ за *actiones in jus conceptae*? Между тѣмъ Келлеръ это дѣлаетъ и тѣмъ впадаетъ въ полнѣйшее противорѣчіе съ самимъ собой.

Это противорѣчіе и подорвало Келлеровскую теорію *litescontestatio*, какъ процессуальнаго договора, въ глазахъ послѣдующихъ писателей. Было очевидно, что или Келлеровская теорія *litescontestatio* невѣрна, если вѣрно его ученіе объ *actiones in jus* и *in factum*, или же наоборотъ—ученіе объ *actiones in jus* и *in factum* невѣрно, если вѣрно ученіе о *litiscontestatio*. Послѣдующіе ученые склонились въ пользу первой альтернативы: ученіе объ *actiones in jus* и *in factum* они сочли непоколебимымъ и потому естественно должны были отвергать теорію процессуальнаго договора.

Мы думаемъ какъ-разъ наоборотъ: Келлеровское и господствующее ученіе о раздѣленіи исковъ по вѣншему виду ихъ формулъ невѣрно, а вѣрна Келлеровская теорія *litiscontestatio*. Мы говорили уже раньше о томъ, что упомянутое различіе между исками зависитъ не отъ такой или иной редакціи формулы, а отъ глубокой внутренней разницы въ самомъ матеріальномъ основаніи: *actio in jus* есть искъ гражданскій и только гражданскій, *actio in factum*, напротивъ, искъ преторскій, но при томъ—всякій преторскій²⁴). Въ настоящемъ сочиненіи мы находимъ подтвержденіе другой половины нашей мысли, подтвержденіе того, что Келлеровская теорія *litiscontestatio* вѣрна, и что при нашемъ пониманіи *actiones in jus* и *in factum* ей не грозятъ никакія противорѣчія.

Мы видѣли выше, что древне-римскій процессъ (*legis actiones*) выросъ изъ соглашенія сторонъ о третейскомъ судѣ. Представитель власти въ этомъ процессѣ не судитъ; всѣ его дѣйствія направлены только къ тому, чтобы помѣшать реальной борьбѣ спорящихъ и та-

²⁴) „Право и фактъ“. Часть I.—Противъ возраженій *Erman'a* и др. см. мою статью „Zur Lehre von den actiones in jus und in factum“ въ *Zeitschr. der Sav.-St.* Bd. XX.

кимъ образомъ заставить ихъ прійти къ соглашенію о передачѣ спора на разрѣшеніе судьи. Согласіе отвѣтчика безусловно необходимо для того, чтобы могъ возникнуть настоящій процессъ; безъ согласія процесса не будетъ, и для того, чтобы вынудить это согласіе, отвѣтчику грозить различными послѣдствіями *indefensio*. Только тогда, когда это согласіе достигнуто („*coactus voluit*“), процессъ начинается, и моментомъ этого соглашенія о передачѣ дѣла судьи является торжественный актъ *litiscontestatio*.

Съ теченіемъ времени, конечно, эта первоначальная, историческая идея *litiscontestatio* должна была все болѣе и болѣе сглаживаться, но вполнѣ она не изгладилась никогда. Объ этомъ свидѣлствуютъ такіа выраженія классическихъ юристовъ, какъ „*judicio contrahitur*“²⁵⁾, сопоставленіе *litiscontestatio* съ *novatio* (*novatio necessaria*)²⁶⁾ и т. п. Мысль о томъ, что *litiscontestatio* есть нѣкоторый своеобразный договоръ между сторонами, несмотря на значительно измѣнившіяся процессуальныя условія, продолжаетъ жить въ юридическомъ сознаніи римлянъ.

Съ точки зрѣнія нашихъ позднѣйшихъ процессуальныхъ представлений соединеніе процессуальной *consumptio* не съ моментомъ приговора, а съ моментомъ начала процесса, кажется, конечно, явленіемъ страннымъ. „Простое предъявленіе иска, изложеніе обстоятельствъ дѣла, говоритъ *Schultze*²⁷⁾, никогда само по себѣ не влечетъ погашенія искового права; такое дѣйствіе имѣетъ только приговоръ. Правило „*ne bis eadem etc.*“ не значить и никогда не значило: нельзя два раза *искать*; оно значить и во всѣ времена значило, что не можетъ быть двухъ *приговоровъ*“. Это соображеніе служитъ для *Schultze* однимъ изъ существенныхъ аргументовъ въ пользу того, что въ формулярномъ процессѣ самая *formula* является приговоромъ (гипотетическимъ приговоромъ претора).

Но мы видѣли уже, что относительно гражданскихъ исковъ это воззрѣніе на значеніе формулы безусловно невѣрно: *litiscontestatio* въ формулярномъ процессѣ такъ же мало является приговоромъ, какъ и въ эпоху *legis actiones*. Если же такъ, то очевидно, что консумирующее дѣйствіе *litiscontestatio* должно лежать въ чемъ-то другомъ, и

²⁵⁾ Ср. fr. 3. 11. D. de pec. 15. 1. „nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi“.

²⁶⁾ fr. 29. D. de nov. 46. 2.

²⁷⁾ I. cit. S. 272.

послѣ всего сказаннаго намъ кажется несомнѣннымъ, что истиннымъ основаніемъ *consumptio* служитъ скрывающаяся въ *litiscontestatio* договоръ. Въ силу этого договора въ древнѣйшее время истецъ отказывался отъ самоуправнаго осуществленія своей претензіи и подчинялъ себя приговору третейскаго суда; дойдетъ-ли дѣло до приговора или не дойдетъ,—во всякомъ случаѣ путь самоуправства для него уже навсегда отрубзанъ.

Такое воззрѣніе на значеніе *litiscontestatio* перешло и въ формулярный процессъ, но различныя особенности примѣненія этого процесса вызвали нѣкоторыя осложненія въ вопросѣ о процессуальной *consumptio*.

Какъ извѣстно, въ эту эпоху *litiscontestatio* дѣйствуетъ то *ipso jure*, то *ope exceptionis*. *Ipsa jure* въ случаѣ *actio in personam in jus concepta* подъ условіемъ *judicium legitimum*; *ope exceptionis*—во всѣхъ остальныхъ случаяхъ²⁸⁾. Чѣмъ объясняется такое различіе?

Почему, прежде всего, *consumptio ipso jure* не имѣетъ примѣненія къ *цивильнымъ вещнымъ искамъ*, къ *actiones in rem in jus conceptae*? Объясненіе, какъ намъ кажется, очень простое. *Litiscontestatio*, конечно, и при вещныхъ искахъ (напр., при *rei vindicatio*) есть договоръ, но этотъ договоръ есть договоръ обязательственный; для всѣхъ третьихъ лицъ онъ не имѣетъ значенія, и вообще самаго *вещнаго права* истца онъ не поташаетъ. Истецъ и послѣ *litiscontestatio* остается *dominus ex jure Quiritium*; вслѣдствіе этого *ipso jure* возможно новое предьявленіе того же иска, не только противъ третьихъ лицъ, но даже и противъ того же самого отвѣтчика.

Однако, какъ говоритъ Гай²⁹⁾, „*alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat*“. Оказывается, такимъ образомъ, что въ эпоху *legis actiones* и вещный искъ *ipso jure* не могъ быть предьявленъ во второй разъ. Не опровергается-ли этимъ только что сказанное? Отнюдь нѣтъ.

Единственной формой для вещныхъ исковъ, для *actiones in rem*, была въ ту эпоху *legis actio sacramento*. Весь процессъ въ этой формѣ, какъ извѣстно, вращался около вопроса „*utrius sacramentum justum sit, utrius injustum*“, *provocatio sacramento* ставила условіемъ „*quando tu injuria vindicavisti*“. Уже *Bekker*³⁰⁾ обратилъ на это вни-

²⁸⁾ Gai. IV. 106—107.

²⁹⁾ Gai. IV. 108.

³⁰⁾ Process. Consumption. S. 281.

маніе и высказать мысль, что причина, почему въ эпоху *legis actiones* и вѣчнаго иска нельзя было *ipso jure* предъявить вторично, скрывалась именно въ этомъ элементѣ *injuria, injustum*. Истецъ не могъ искать во второй разъ именно потому, что вторичная *vindicatio* противъ того же отвѣтчика и *ex eadem causa* была бы съ его стороны дѣйствіемъ недобросовѣстнымъ, *injuria*, и квалифицировала бы его *sacramentum*, какъ *injustum*. Такимъ образомъ, процессуальный договоръ *litiscontestatio* обнаруживала свою *обязательственную* силу самъ собою (*ipso jure*) *in judicio*.

Съ переходомъ къ формулярному процессу этотъ элементъ *injuria* отпалъ, и забота объ осуществленіи процессуальнаго договора истца съ отвѣтчикомъ легла, конечно, на претора; такимъ образомъ и возникаетъ *exceptio rei in judicium deductae* въ примѣненіи къ *actiones in rem*.

Иначе обстояло дѣло уже въ эпоху *legis actiones* по отношенію къ *actiones in personam*. Иски этого рода, какъ извѣстно, были возможны, кромѣ *legis actio sacramento*, и въ другихъ формахъ—*legis actio per judicis postulationem, per conditionem*,—въ ритуалѣ которыхъ ни о какой *injuria* не упоминалось. Если, тѣмъ не менѣе, искъ и здѣсь погашался *ipso jure*, то именно потому, что процессуальное соглашеніе, заключающееся въ актѣ *litiscontestatio*, поражаетъ самое обязательство, лежащее въ основаніи иска. Право требованія имѣетъ только одно отношеніе—къ должнику, и если теперь между кредиторомъ и должникомъ состоялось соглашеніе о процессѣ, о подчиненіи рѣшенію судьи, то этимъ уже опредѣляется судьба самого обязательства всецѣло: оно погашается окончательно, и послѣ *litiscontestatio* уже не существуетъ. „*Nam tunc, говоритъ Гай*³¹⁾, *obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione... Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo „dari mihi oportere“, quia litis contestatione dari oportere desiit“.*

Правда, въ классическую эпоху отъ первоначальнаго обязательства послѣ *litiscontestatio* остается *obligatio naturalis*³²⁾, но объ этомъ

³¹⁾ Gai. III. 130—131.

³²⁾ Cp. fr. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6. „Julianus verum debitorem post litem

для эпохи *legis actiones* и рѣчи, конечно, быть не можетъ. *Obligatio-nes naturales* являются созданиемъ уже болѣе поздняго времени, когда неудовлетворенное правовое чувство могло найти себѣ выраженіе въ соответственномъ толкованіи формулы *condictio indebiti*, формулы *novatio*, *exceptio doli* при *compensatio* и т. д.

Это значеніе акта, погашающаго обязательство *ipso jure*, сохранила, конечно, *litiscontestatio* и въ эпоху формулярнаго процесса для *всѣхъ гражданскихъ исковъ in personam*, и понятно вполне, если Гай говоритъ намъ о *litiscontestatio* въ ряду другихъ *modi, quibus obligatio tollitur* (*acceptilatio*, *novatio* и др.). По своимъ послѣдствіямъ этотъ *modus obligationis tollendae*, конечно, ближе всего подходитъ къ *novatio* (*obligatio principalis dissolvitur, incipit reus teneri ex litiscontestazione*), почему и говорятъ о *novatio necessaria*, но самъ по себѣ актъ процессуальнаго соглашенія, разумѣется, не есть простой видъ *novatio*: онъ есть актъ *sui generis*.

Подобное погашеніе гражданского обязательства *ipso jure* совершается, однако, лишь тогда, если процессъ имѣлъ характеръ *judicium legitimum*. Какъ бы мы ни объясняли себѣ происхожденіе дѣленія *judicia* на *legitima* и *imperio continentia*³⁾, простое сопоставленіе соответствующихъ имѣетъ Гай указываетъ намъ, что характерной чертой *judicia legitima* является ихъ полная *гражданскость*. Гдѣ хоть одно изъ участвующихъ въ процессѣ лицъ не имѣетъ качества *civis* или *ordinatio* процесса не удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ *гражданской формы*, тамъ процессъ будетъ уже *judicium, quod imperio continetur*. *Litiscontestatio* въ подобномъ процессѣ не будетъ имѣть— съ вѣднѣйшей, формальной стороны— всѣхъ необходимыхъ элементовъ гражданского акта, и потому, какъ актъ съ точки зрѣнія *jus civile* недостаточный, не будетъ въ состояніи вызвать гражданское послѣдствіе, т. е. погашеніе обязательства *ipso jure*. Истецъ послѣ такого процесса *ipso jure potest intendere dari sibi oportere*; но разъ преторъ допустилъ такой, отступающій отъ требованій закона, процессъ, то онъ, конечно, обязанъ позаботиться и о томъ, чтобы отвѣтчику не пришлось платить два раза.

contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.

³⁾ См. къ этому вопросу *Wlassak. Röm. Prozessgesetze.*

Наконецъ, погашеніе *ipso jure* немислимо при всѣхъ *преторскихъ искахъ*, хотя бы процессъ по своей формѣ былъ вполне *judicium legitimum*: для *consumptio ipso jure* здѣсь недостаетъ *цивильнаго матеріала*. Если процессъ „*interveniente peregrini persona*“ и т. д. является *judicium imperio continens* вслѣдствіе нецивильности *формы*, то преторскій искъ является *judicium imperio continens* вслѣдствіе нецивильности своего *матеріальнаго основанія* ³⁴). Всѣ *actiones praetoriae*, какъ бы ни были редактированы ихъ формулы, покоятся на *imperium* претора: съ точки зрѣнія *jus civile* всѣ они представляются фактомъ безразличнымъ, не могущимъ имѣть какое-бы то ни было влияние на цивильное *dari oportere*—напр., на *dari oportere* цивильнаго *heres* въ случаѣ предъявленія иска преторскимъ *bonorum possessorum*. Тѣмъ менѣе можетъ быть рѣчь о *consumptio ipso jure* при искахъ съ простымъ перечисленіемъ фактовъ въ формулѣ (*actio in factum* господствующаго ученія).

И въ этомъ вопросѣ уясненію дѣла много помогаетъ историческій генезисъ преторскихъ средствъ. Что личная *praetoria cognitio* не могла вызвать *consumptio ipso jure* для какого-нибудь цивильнаго правоотношенія,—это, конечно, едва-ли кто станетъ оспаривать. Мы видѣли далѣе, что даже при интердиктахъ было возможно вторичное предъявленіе ихъ ³⁵). *Actio praetoria* часто является простою замѣною *cognitio* и интердикта, замѣною, не имѣющею значенія для *jus civile*, вслѣдствіе чего преторскій искъ такъ же мало способенъ вызвать *consumptio ipso jure*, какъ и его только-что упомянутые предшественники.

Но, конечно, преторъ давалъ свои иски не для того, чтобы заставить отвѣтчика платить два раза или даже два раза подвергаться одному и тому же процессу. Мы видѣли выше, что уже въ эпоху *legis actiones* вторичное предъявленіе вещнаго иска противъ одного и того же отвѣтчика считалось нѣкоторою недобросовѣтностью со стороны истца, разсматривалось, какъ *injuria, injustum*. Защитить отвѣтчика отъ такой *injuria* было, конечно, дѣломъ претора, а средствами для этой цѣли могли быть или непосредственная *denegatio* вторичнаго иска, или же—гораздо чаще—*exceptio rei judicatae vel*

³⁴) Ср. мою статью „Zur Lehre von den actiones in jus und in factum“ въ *Zeitschrift der Sav.-St. Bd. XX.*

³⁵) Ср. цитированное выше fr. 3. 13. D. de hom. lib. exh. 43. 29.

in iudicium deductae. Въмѣсто послѣдней, впрочемъ, мы еще въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ встрѣчаемъ въ подобной же функціи *exceptio in factum*³⁶⁾ и даже *exceptio doli*³⁷⁾.

Въ рукахъ претора и юриспруденціи эта *exceptio* мало по малу все болѣе и болѣе расширяла сферу своего примѣненія и даже стала выходить за границы *субъективной injuria*. Такъ напр., какъ мы знаемъ изъ Гая³⁸⁾, первоначально искъ *tutor'a*, *curator'a* и другихъ представителей не погашалъ иска самого представляемаго (напр., малолѣтняго), вслѣдствіе чего для отвѣтчика необходима была гарантія въ видѣ *cautio de rato*. Вслѣдствіи, однако, взгляды измѣнились: было признано, что *tutores etc. rem in iudicium deducunt*, т. е. что представляемый уже не имѣетъ права предъявлять отъ себя вторичнаго иска *de eadem re*, хотя бы *in concreto* съ его стороны никакой *injuria*, недобросовѣстности и не было³⁹⁾; въ случаѣ нарушенія своихъ интересовъ онъ долженъ теперь уже вѣдаться со своимъ опекуномъ и т. п. Такимъ образомъ *exceptio rei iudicatae* стала примѣняться уже во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ предоставленіе вторичнаго (т. е. матеріально такого же) иска оказывалось по тѣмъ или другимъ *объективнымъ* причинамъ несправедливымъ, нецѣлесообразнымъ, гдѣ оно повело-бы къ *injuria* въ болѣе широкомъ—объективномъ смыслѣ.

Въ концѣ концовъ мы видимъ, что и процессуальная *consumptio*, т. е. погашеніе иска вслѣдствіе *litiscontestatio*, оказывается явленіемъ не совсѣмъ по своему характеру одинаковымъ. Въ сферѣ *цивильныхъ* исковъ это есть погашеніе требованія вслѣдствіе процессуальнаго соглашенія сторонъ; она вытекаетъ, слѣдовательно, изъ воли сторонъ, является результатомъ частнаго формальнаго акта и потому осуществляется *ipso jure*, какъ и при всѣхъ прочихъ *цивильныхъ modi*,

³⁶⁾ Ср. fr. 14. 13 D. quod metus c. 4. 2. Eum, qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.—Ср. сюда мою стачку въ Z. d. Sav.-St. XX. S. 124 приж.

³⁷⁾ fr. 74. 2. D. de jud. 5. 1. Cum absentem defendere vellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est, an heres liberaretur, item quae actio mihi adversus eum competeret. respondi iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem: qui sane *exceptione doli mali* tueri se possit, si ab actore conveniatur.

³⁸⁾ Gai. IV. 98—99.

³⁹⁾ Fr. 11. 7. D. de exc. rei iud. 44. 2. Ср. сюда „Право и фактъ“, ч. I. § 3.

quibus obligatio tollitur.—Въ области *преторскихъ* исковъ, напротивъ, процессуальная *consumptio ore exceptionis* вытекаетъ изъ объективныхъ соображеній претора, представляетъ собою проявленіе его *impregium*; предъявленіе иска *de eadem re* тѣмъ же или другимъ лицомъ служить въ глазахъ претора лишь однимъ изъ многихъ обстоятельствъ, которыя онъ принимаетъ во вниманіе въ своихъ соображеніяхъ о томъ, дать или не дать просимый искъ. Говоря короче, если предъявленіе *цивильнаго* иска есть юридическій (и *цивильный*) *актъ*, то предъявленіе *преторскаго* иска есть простое извѣстный *фактъ*, который преторъ можетъ потомъ принять во вниманіе, но можетъ и не принять.

Отмѣченная выше общая двойственность въ характерѣ формулярнаго процесса сказывается, такимъ образомъ, подобною же двойственностью и въ частной сферѣ процессуальной *consumptio*.

§ 8.

Общіе результаты главы.

Преторскія средства развились изъ административной *cognitio*, еще до *lex Aebutia* и вне всякой связи съ нормальнымъ гражданскимъ процессомъ.

Мы прослѣдили послѣдовательное развитіе преторскихъ средствъ, т. е. формъ преторскаго воздѣйствія на область гражданскихъ правоотношеній. Бросимъ теперь общій взглядъ назадъ, чтобы лучше отънѣнить тѣ общіе результаты, которые могутъ имѣть значеніе для нашего дальнѣйшаго труда. Результаты эти могутъ быть сведены къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ.

Древнѣйшимъ видомъ преторскаго вліянія въ области гражданскихъ отношеній является личная *causae cognitio* магистрата, форма, не представляющая какого-либо специфическаго граждански-правоваго института, общая веѣмъ сферамъ римской администраціи. По жалобѣ заинтересованнаго лица магистратъ производилъ лично фактическое разслѣдованіе веѣхъ обстоятельствъ дѣла и издавалъ свой конкретный и безусловный приказъ, *decretum*, который приводился затѣмъ въ исполненіе общими средствами власти, т. е. путемъ *multae dictio*, *pignoris capio*, *missio in possessionem*. Въ такой формѣ осуществляли свое вліяніе, вѣроятно, еще предшественники преторовъ—консулы. Съ другой стороны, это та ячейка, изъ которой впоследствии, подъ вліяніемъ различныхъ привходящихъ условій, развились постепенно веѣ прочіе виды преторскаго воздѣйствія.

Первымъ изъ такихъ историческихъ событій, оказавшихъ свое вліяніе на развитіе формъ преторскаго воздѣйствія, было *возникнове-*

nie sponsio, т. е. признаніе за нею юридической, исковой силы. Какъ извѣстно, возникновеніе *sponsiones* дало гражданскому обороту толчокъ къ выработкѣ особаго *процесса per sponsiones*; но, конечно, и магистратъ не могъ не замѣтить скоро тѣхъ удобствъ, которыя представляла *sponsio* для упрощенія его собственнаго административнаго производства. Возникають *производство interdиктное и stipulationes praetoriae*; и то и другое представляеть собою примѣненіе принудительныхъ *sponsiones*, только лишь нѣскольکو различными способами. Благодаря примѣненію этого гражданского средства, магистратъ облегчалъ себя и переводилъ дѣло на путь обыкновеннаго гражданского процесса. Этимъ онъ ставилъ гражданскую *legis actio* на службу своему административному процессу, заставляя судью (*judex*) продѣлывать значительную часть той работы, которая раньше лежала на немъ (провѣрка фактическихъ данныхъ). Если позволительно сравненіе, то мы сказали бы, что *sponsio* сыграла для претора роль привода къ машинѣ; заставивъ стороны или сторону дать *sponsio*, преторъ вмѣстѣ съ тѣмъ заставлялъ работать, вмѣсто себя, гражданскую процессуальную машину, и притомъ работать такъ, чтобы произвести въ концѣ концовъ нѣкоторый желательный для магистрата результатъ, который раньше достигался только путемъ его личныхъ усилій, путемъ такъ сказать его непосредственнаго, ручнаго труда. Въ возникающемъ затѣмъ изъ *sponsio* гражданскомъ процессѣ, въ *legis actio*, дѣло снова *in jure* пройдетъ передъ трибуналомъ претора, но онъ явится уже здѣсь въ роли спокойнаго зрителя того, какъ работаетъ порабощенная имъ машина.

Слѣдующимъ событіемъ, имѣвшимъ громадное значеніе для развитія преторскихъ средствъ, является *процессуальная реформа закона Эбуция*. Отдавъ въ руки претора составленіе исковой формулы, этотъ законъ тѣмъ самымъ открылъ для него рядъ новыхъ и притомъ очень удобныхъ приѣмовъ воздѣйствія. Таковъ прежде всего—отказъ въ гражданскомъ искѣ, отказъ безусловный (*denegatio actionis*) или условный (*exceptio*). Такова, далѣе, *datio преторской формулы*, т. е. прямое предписаніе судѣ при наличности извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ приговорить отвѣтчика къ такому или иному исполненію въ пользу истца. Благодаря этому послѣднему приѣму, устранилась дальнѣйшая необходимость въ описанномъ выше—довольно таки сложномъ и громоздкомъ механизмѣ, какимъ были *интердикты и stipulationes praetoriae*. Общая задача этого механизма—освободить маги-

страта отъ провѣрки фактовъ, перенести производство о доказательствахъ на плечи судьи—достигалась теперь проще и прямѣе, непосредственнымъ наказомъ этому послѣднему.

Такъ развивались различныя формы преторскаго воздѣйствія; но понятно, что *появленіе въ процессъ этого развитія новыхъ, болѣе удобныхъ формъ должно было оказывать вытѣсняющее дѣйствіе на формы старыя и менѣе удобныя*. Интердикты и *stipulationes praetoriae* вытѣсняють личную *cognitio*, но затѣмъ сами во многихъ случаяхъ вытѣняются и замѣняются преторскими исками. Въ классическую эпоху римскаго права эти послѣдніе (въ соединеніи съ *denegatio* и *exceptiones*) въ ряду преторскихъ средствъ занимають безусловно главное мѣсто, являясь преобладающей формой преторскаго вліянія. Однако, старыя формы не исчезаютъ изъ практики преторовъ совсѣмъ: интердикты и *stipulationes praetoriae* играютъ еще довольно замѣтную роль; личная *cognitio* встрѣчается также, хотя и очень рѣдко.

Мотивомъ для исторической замѣны однихъ формъ другими являлись, какъ видимъ, со стороны претора *чисто техническія соображенія о сравнительномъ удобствѣ и сравнительной простотѣ тѣхъ или другихъ формъ*. Этотъ же принципъ чисто практическаго удобства остается определяющимъ и для позднѣйшаго времени. Какую форму воздѣйствія выбрать для даннаго конкретнаго случая,—это для претора вопросъ практической цѣлесообразности. Какого-либо закона (гражданскаго или государственно-правоваго), который бы стоялъ надъ преторомъ и приказывалъ ему въ однихъ случаяхъ примѣнять одну форму, въ другихъ—другую, не существовало; точно также не существовало какихъ-либо различій и по сферамъ отношеній. Преторъ *de jure* въ любомъ случаѣ могъ воротиться даже къ самому старому порядку производства, т. е. къ личной *cognitio* и къ *executio jure imperii*. Если его что-либо въ этомъ отношеніи связывало, то лишь сила установившейся вѣками практики, сила традиціи.

Изложенная исторія преторскихъ средствъ обнаруживаетъ, да-дѣе, неоспоримо, что *преторское вліяніе въ области гражданскихъ отношеній гораздо старше закона Эбуція и формулярнаго процесса*, что еще до этого момента въ рукахъ претора находилась довольно внушительный комплексъ средствъ, которыми онъ могъ воздѣйствовать по своему усмотрѣнію. И эти средства не оставались въ его рукахъ

только теоретическою, абстрактною возможностью, орудіемъ, лежавшимъ безъ употребленія. Разъ мы находимъ орудія, стало быть, ими работали. Что интердикты, *stipulationes praetoriae* и *missio in possessionem* употреблялись и дѣйствовали еще до *lex Aebutia*—это, какъ мы видѣли, признается и господствующимъ ученіемъ. Но мы видѣли также, что эти средства примѣнялись, но веѣмъ вѣроятіямъ, уже тогда и въ цѣляхъ *restitutio*. Въ виду этого нужно признать довольно часто встрѣчающееся утверженіе, что вмѣшательство претора „*juris civilis corrigendi gratia*“ стало возможнымъ только послѣ *lex Aebutia* ¹⁾, ошибочнымъ. Можетъ быть, что до этого закона онъ вмѣшивался съ этой послѣдней цѣлью еще рѣдко, но не подлежитъ сомнѣнію, что законъ Эбуція не увеличилъ *юридическихъ* полномочій магистрата ни на одну югу, что случаи матеріальныхъ корректуръ гражданскаго права могли встрѣчаться и раньше. Тѣмъ болѣе, что часто едва-ли возможно отграничить одну функцію преторскаго права отъ другой: восполненіе права, вѣдь, тоже есть въ извѣстномъ смыслѣ корректура, а корректура (напр., въ указанномъ выше случаѣ *capitis deminutio*) можетъ въ свою очередь казаться восполненіемъ. Ко времени Цицерона мы видимъ преторскій эдиктъ уже въ полномъ дѣйствіи, во всѣхъ его функціяхъ, т. е. *juris civilis adjuvandi, supplendi* и *corrigendi gratia*,—настолько, что онъ казался многимъ изъ современниковъ уже главнымъ источникомъ права ²⁾. Если бы наиболѣе существенныя полномочія были даны претурѣ только закономъ Эбуція (какъ-то думаютъ Puschke, Puntchart и Schultze) то мы едва-ли имѣли бы подобный результатъ за сравнительно небольшой періодъ времени, отдѣляющій Цицерона отъ *lex Aebutia*.

Тожe самое нужно сказать и относительно развитія *преторскаго эдикта*. Однообразіе многихъ встрѣчающихся въ практикѣ случаевъ должно было уже довольно рано побудить преторовъ свое рѣшеніе относительно тѣхъ или другихъ вопросовъ объявлять во всеобщее свѣдѣніе. Преемники заимствовали этотъ практическій опытъ, и такимъ образомъ также довольно рано долженъ былъ установиться обычай при самомъ вступленіи въ должность издавать извѣстный комплексъ такихъ объявленій—*edictum perpetuum*. Опредѣлить хотя бы приблизительно время появленія подобныхъ годовыхъ эдиктовъ въ исторіи

¹⁾ Ср. Girard. Manuel. p. 39—40. Esmarch. Röm. Rechtsgeschichte. § 71. S. 212.

²⁾ Ср. Krüger. Geschichte der Quellen. S. 33.

Рима едва-ли возможно. Въ эпоху Цицерона, какъ мы только-что упоминали, эдиктъ уже прочное, давнее явленіе: Ливій (25. 1) сообщаетъ объ эдиктѣ 539 г. ab n. c. На этомъ основаніи *Дерибуръ* ³⁾ приходитъ къ заключенію, что обычай годовыхъ эдиктовъ развился скоро за самымъ установленіемъ претуры. Какъ бы то ни было, не подлежитъ сомнѣнію, что и *edictum perpetuum* значительно старѣе *lex Aebutia* ⁴⁾.

Но, конечно, этотъ эдиктъ имѣлъ значеніе только *объявленія* той или иной преторской нормы, а не ея *установленія*; эдиктъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ является уже такъ сказать *ex post facto*, закрѣпляя и обобщая то, что выработалось въ преторской практикѣ путемъ конкретныхъ рѣшеній.

Такимъ образомъ, съ какой бы стороны мы ни посмотрѣли, возникновеніе преторскаго права ни въ какомъ смыслѣ не можетъ быть связано съ закономъ Эбуція; законъ этотъ лишь создалъ для претора новыя, болѣе удобныя формы воздѣйствія, но самое это воздѣйствіе возникло и развивалось уже гораздо раньше. *Ростъ преторскаго вліянія совершался не въ зависимости отъ какихъ-либо предоставляемыхъ претору новыхъ полномочій, а въ зависимости отъ естественнаго роста потребностей гражданской жизни.* Если даже преторъ до закона Эбуція дѣлалъ въ этомъ отношеніи сравнительно немного, то лишь потому, что жизнь не требовала большаго; если онъ съ теченіемъ времени, въ особенности послѣ закона Эбуція, сталъ болѣе активнымъ, то опять-таки лишь потому, что жизнь вышла изъ рамокъ стараго *jus civile* и стала все больше и больше взывать къ претору о содѣйствіи ея нарождающимся потребностямъ, за которыми не успѣвало угнаться тяжеловѣсное комиціальное законодательство.

Вмѣстѣ съ тѣмъ само собою падаетъ то основное положеніе господствующаго ученія, которое *Bekker* формулировалъ своею приведенною выше фразой: „*aus dem Einfluss auf das Verfahren ist der Einfluss auf das Recht hervorgewachsen*“.

³⁾ Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts in Festgaben für Heffter. S. 95.

⁴⁾ Это, повидимому и господствующее ученіе. Ср. *Puchta*. Institutionen. Bd. I. § 81.—*Rudorff*. Röm. Rechtsgeschichte. Bd. I. § 71, *Jörs*. Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. S. 159, *Sohm*. Institutionen § 14, *Krüger*. Geschichte der Quellen. S. 32, *Girard*. Manuel p. 38 и др.

Мы видѣли, что преторское вліяніе возникло еще въ эпоху *legis actiones*, когда преторъ рѣшительно никакого вліянія на процессъ не имѣлъ. Мы видѣли, что старѣйшей формой этого вліянія была личная *cognitio praetoris*, приводимая въ исполненіе мѣрами *imperium*, слѣдовательно, форма, ничего общаго съ гражданскимъ процессомъ (*legis actiones*) не имѣющая. Правда, съ теченіемъ времени (въ интердиктахъ, *stipulationes praetoriae*, *actiones praetoriae*) возникаютъ формы, представляющія собою извѣстную своеобразную комбинацію преторскаго приказанія (*imperium*) съ ординарнымъ процессомъ,—но во всѣхъ этихъ формахъ преторъ не столько вліяетъ на процессъ, сколько приспособляетъ его для своихъ цѣлей, пользуется имъ, какъ орудіемъ для достиженія тѣхъ результатовъ, которыхъ иначе онъ могъ бы достигнуть лишь путемъ личнаго разслѣдованія и личнаго распоряженія. Переходъ къ процессу *per formulas* далъ претору только возможность произвести это приспособленіе наиболѣе прямымъ способомъ.

Если, такимъ образомъ, преторское вліяніе, преторское право выросло не изъ участія магистрата въ ординарномъ процессѣ, если оно зародилось внѣ этого послѣдняго, то очевидно, что и правовой источникъ его, если, конечно, вообще предположить существованіе таковаго, надо искать въ какой-то другой области. Если та роль, которая была отведена магистрату въ древне-римскомъ цивильномъ процессѣ, не давала ему возможности оказывать такое или иное вліяніе на исходъ спора и судьбу матеріальныхъ правоотношеній, и если тѣмъ не менѣе магистратъ уже тогда внѣ формъ обыкновеннаго процесса производилъ извѣстное воздѣйствіе на нихъ,—то очевидно, что къ этому побуждали его какія-то другія, *вънѣ-судебныя соображенія и внѣ-судебныя цѣли*. Выступая со своими декретами, магистратъ, очевидно, дѣйствовалъ не какъ органъ судебный, а въ нѣкоторой другой функціи: основаніе для такой своей дѣятельности онъ почерпалъ въ какой-то другой сторонѣ своей власти.

Въ какой именно,—этотъ вопросъ составитъ предметъ слѣдующей главы, главы о *матеріальномъ генезисѣ преторскаго права*.

Глава III.

Материальный генезис преторского права.

§ 9.

Jurisdictio и Imperium.

Шагкость римской классической терминологии. Древнѣйшее представление о *jurisdictio*. *Jurisdictio* и *imperium* въ классической юриспруденціи. Зарожденіе преторскаго права надо искать въ идеѣ охраны общественнаго мира.

По поводу одного частнаго вопроса корифей классической юриспруденціи *Папиньянъ* говорить:

fr. 27 D. de O. et A. 44. 7 (libro vicensimo septimo quaestionum). *Obligaciones, quae non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis neque praetoris imperio neque legis potestate confirmantur.*

Согласно подчеркнутому выраженію, Папиньянъ сводитъ матеріальные источники праворазвитія къ тремъ категориямъ: это будетъ или *potestas legis*, непосредственная сила закона, или власть магистрата—*praetoris imperium*,—или, наконецъ, судебная практика—*officium iudicis*, которая, конечно, исполняетъ первые два источника, примѣняя и толкуя ихъ нормы. Поскольку власть магистрата не является простою исполнительницею велѣній закона (*potestas legis*), поскольку она служитъ активнымъ факторомъ праворазвитія, она, какъ

мы видимъ, характеризуется здѣсь Папиньяномъ, какъ *imperium*. Мы говорили выше о томъ, что не только интердикты, *stipulationes praetoriae* и т. п., какъ то учить нынѣшнее господствующее ученіе, но и всѣ другія преторскія средства, даже *actiones praetoriae*, вытекаютъ изъ *imperium* магистрата. Въ приведенномъ только что изреченіи Папиньяна мы видимъ, конечно, лишь новое подтвержденіе нашей мысли. Господствующее ученіе, тѣмъ не менѣе, относя лишь нѣкоторыя формы преторскаго воздѣйствія къ средствамъ *imperium*, всѣ прочія считаетъ проявленіемъ т. н. *jurisdictio*. Въ виду этого оказывается необходимымъ, прежде нежели двинуться далѣе, остановиться и внимательнѣе на вопросѣ о томъ, что такое *imperium* и что такое *jurisdictio*?

Пересматривая съ этой цѣлью источники, мы наталкиваемся на странное, повидимому, явленіе. Съ одной стороны, юристы классической эпохи какъ-будто имѣютъ нѣкоторое определенное представленіе о различіи между *imperium* и *jurisdictio*: такъ, они говорятъ о тѣхъ или другихъ актахъ преторской власти, что они „*magis imperii sunt, quam jurisdictionis*“¹⁾, и даже дѣлаютъ изъ этого извѣстные практическіе выводы²⁾. Они, далѣе, пытаются дать нѣкоторое теоретическое определеніе обѣихъ этихъ функцій власти, причемъ, какъ извѣстно, приходятъ уже къ трехчленному дѣленію: на *imperium merum, mixtum* и *jurisdictio*.

fr. 3. D. de iurisd. 2. 1. Ulpianus l. 2 de officio quaestoris.—*Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.*

Съ другой стороны, у тѣхъ же юристовъ слюшь и рядомъ мы находимъ выраженія другаго рода, гдѣ *jurisdictio* опредѣляется уже такими общими чертами, что, повидимому, сливается съ *imperium*. Такъ, напр.:

¹⁾ Пап. *fr. 4. D. de iurisd. 2. 1. Jubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est, quam iurisdictionis.*

²⁾ *fr. 26. D. ad mun. 50. 1. Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipales facere non possunt. Cp. fr. 26. 1. cod.*

fr. 1. D. eod. (2. 1). Ulpianus l. 1 regularum. Ius dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.

Тѣ же самыя акты, о которыхъ говорится, что они *magis imperii sunt quam jurisdictionis*, оказываются уже входящими въ составъ *jurisdictio*. Въ видѣ частнаго примѣра укажемъ на *cautio damni infecti*. Съ одной стороны, въ эдиктѣ по этому поводу прямо говорится: „...*si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset*“³⁾, а, съ другой стороны, какъ разъ въ противоположность высказанному въ *fr. 26 D. 50. 1* общему правилу, право декретировать эту *cautio* предоставляется и муниципальнымъ магистратамъ⁴⁾.

Далѣе, изъ только что цитированнаго *fr. 1. D. de iurisd.* мы, казалось, могли бы заключить, что *tutoris datio* входитъ въ составъ *jurisdictio*. Однако, въ *fr. 6. 2. D. de tutelis 26. 1* тотъ же Ульпианъ говоритъ:

Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps.

Затѣмъ—такіе акты, какъ участіе въ *manumissio*, *adoptio* и т. п., источники называютъ терминомъ *jurisdictio voluntaria*⁵⁾. И въ то же время Гай, описывая способы *adoptio*, говоритъ:

*Adoptio autem duobus modis fit: aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris*⁶⁾.

Примѣровъ подобнаго рода можно было бы привести еще не мало, но уже и приведенныя цитаты убѣждаютъ въ достаточной мѣрѣ, что терминологія римскихъ писателей въ этомъ отношеніи страдаетъ большою неустойчивостью⁷⁾. Съ одной стороны, они какъ будто проник-

³⁾ *fr. 7 pr. D. h. t. 39. 2.*

⁴⁾ *fr. 1. D. eod. Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.*—*Ср. fr. 4 3. D. eod.*

⁵⁾ *fr. 2 pr. n § 1. D. de off. proconsulis. 1. 16.*

⁶⁾ *Gai. I. 98, 99.*

⁷⁾ *Ср. Mommsen. Römisches Staatsrecht. Bd. I. S. 118, прим. 1, S. 116.—Bethmann-Hollweg. Röm. Civilprocess. Bd. II. S. 91—92 и сл.—Mispoulet. Les institutions politiques des Romains. II. p. 457 и сл.*

путы мыслью о единствѣ и недѣльности власти магистрата, а съ другой стороны, они уже подмѣчают нѣкоторыя различія въ функціяхъ этой власти и пытаются дать этимъ различіямъ извѣстное теоретическое выраженіе. Въ чемъ, однако, заключаются эти не столько еознаваемые, сколько чувствуемая римскими классическими юристами различія?

Къ сожалѣнію, вопросъ этотъ, на нашъ взглядъ, и въ новейшей литературѣ не нашелъ себѣ вполне яснаго и опредѣленнаго разрѣшенія. Уже въ вопросѣ о томъ, какіе акты преторской власти относятся къ *imperium*, какіе—къ *jurisdictio*, мы находимъ существенныя разногласія. Въ видѣ примѣра достаточно указать на то, что напр. *interdicta* относятся то къ той, то къ другой области, и что даже такой авторитетный писатель, какъ *Моммзенъ*, на этотъ счетъ выражается очень неясно⁸⁾.

Въ виду этого, полагаемъ, будетъ не бесполезнымъ подойти и къ этому вопросу (объ *imperium* и *jurisdictio*) съ исторической точки зрѣнія.

Какъ извѣстно, римское государственное устройство своимъ общимъ отправнымъ пунктомъ имѣло *принципъ единой и нераздѣльной власти* своего магистрата, т. е. царя. „Das römische Staatswesen, говоритъ по этому поводу *Моммзенъ*⁹⁾, ist ausgegangen von der Einheitlichkeit der Beamtengewalt und hat diesen seinen Ursprung nie verleugnet. Es ist ein Fundamentalsatz des römischen Staatsrechts, dass der Begriff des Imperium dem Königtum, wie dem früheren Consulat in völliger Gleichheit zu Grunde liegt“¹⁰⁾. Принципъ раздѣленія властей древности вообще не былъ извѣстенъ. Царь являлся и предводителемъ народа на войнѣ и блюстителемъ его жизни въ мирѣ; онъ завѣдывалъ и финансовымъ хозяйствомъ и принималъ участіе въ разрѣшеніи гражданскихъ споровъ (*legis actio*); онъ былъ и посредникомъ передъ богами и уголовнымъ судьей и т. д. и т. д. Словомъ, его власть простиралась на все, что было нужно для спокойнаго теченія гражданской жизни.

⁸⁾ Staatsrecht. Bd. I. S. 115, прим. 2. Говоря о томъ, что *jurisdictio „est etiam iudicis dandi licentia“*, *Моммзенъ* прибавляетъ: „Mehr der Form als der Sache nach ist von der eigentlichen actio unterschieden das interdictum“.

⁹⁾ Staatsrecht. Bd. I. S. 43.

¹⁰⁾ Cp. *Herzog*. Geschichte und System der röm. Staatsverfassung. Bd. I. S. 65.

Въ такомъ же видѣ единой и нераздѣльной власти, власть царя перешла и къ консуламъ. Переворотъ, извѣстный подъ названіемъ установленія республики, является съ юридической точки зрѣнія только измѣненіемъ въ *личной организациіи носителей* этой единой и въ принципѣ полной государственной власти. „*Libertatis originem inde magis, quia annuum imperium consulare factum est, quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate, numeres: omnia jura, omnia insignia primi consules temere*“, говоритъ римскій историкъ¹¹⁾.

Носители этой власти, какъ извѣстно, назывались первоначально *praetores* и *judices*¹²⁾, и лишь впоследствии установилось наименованіе *consules*. Названія „*praetor*“ и „*judex*“ только отъѣняютъ двѣ наиболѣе отличающіяся другъ отъ друга стороны въ общей дѣятельности магистрата: первое (*praetor*)—дѣятельность военную, второе (*judex*)—дѣятельность мирную. Вѣроятно, говоритъ *Моммзенъ*, „*dass man in ältester Zeit die Oberbeamten, wo sie in ihrer friedlichen und bürgerlichen Sphäre thätig waren, judices und nur im Felde praetores genannt hat*“¹³⁾.

Здѣсь-то мы и видимъ первый зародышъ теоретическаго расчлененія принципиально единой и неделимой власти. Если магистратъ, обладающій всею полнотою власти, называется *judex*, когда онъ дѣйствуетъ въ области мирныхъ гражданскихъ отношеній, то очевидно, что и самая эта мирная дѣятельность, въ противоположность дѣятельности военной, опредѣляется какъ „*jus dicere*“, какъ *jurisdictio*. *Jurisdictio*, такимъ образомъ, есть то же *imperium*, но только направленное на внутреннія, мирныя дѣла. Но очевидно, что эта *jurisdictio* ничего общаго не имѣетъ съ юрисдикціей въ нашемъ нынѣшнемъ смыслѣ, т. е. съ дѣятельностью судебной.

Консулы принимаютъ участіе въ гражданскомъ процессѣ (*legis actio*), но мы видѣли уже, каково это участіе. Мы видѣли, что магистратъ въ этомъ процессѣ ничего не судитъ. Его участіе въ гражданскихъ тяжбахъ вызывается лишь желаніемъ предотвратить реальное столкновеніе спорящихъ, желаніемъ охранить общественный миръ отъ возможнаго потрясенія. Отсюда исходятъ все его распоряженія

¹¹⁾ Livius. 2. 1. 7, 8. Ср. Cicero de republ. 2, 32, 56; de leg. 3, 3, 8.

¹²⁾ *Mommsen* Staatsrecht. Bd. II. S. 70—72. *Herzog*. I. cit. Bd. 1, S. 688. *Willems*. Le droit public romain. p. 258.

¹³⁾ L. cit. S. 73

in jure—„mittite ambo rem“, vindiciarum datio и т. д. Когда же эта общая цѣль достигнута, столкновение сторонъ устранено, когда возникаетъ вопросъ чисто судебный, вопросъ примѣненія права и закона,—тогда на сцену выступаютъ уже другія лица (понтифики, *judices privati* и т. д.).

Такимъ образомъ, *jurisdictio* въ эту эпоху есть дѣятельность, направленная на устроение и охранение внутренняго гражданскаго мира и порядка, дѣятельность, которую мы назвали бы *поллицейской въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова*. Власть магистрата въ этомъ отношеніи въ принципѣ, какъ и власть царя, неограниченна; она не ограничена ни въ смыслѣ выбора средствъ, ни въ смыслѣ рода дѣлъ: консуль въ любомъ случаѣ можетъ примѣнить любое средство и можетъ вмѣшаться во все, что, по его мнѣнію, грозитъ общественному миру. Только въ первомъ отношеніи республика ввела нѣкоторыя существенныя ограниченія: это—законъ о *provocatio* и законы, ограничивающія высоту штрафовъ (*lex Aternia Tarpeia*); но, за этими ограниченіями, власть магистрата остается вполне свободной.

Съ дальнѣйшимъ развитіемъ республики, какъ извѣстно, количество магистратуръ увеличивается, но учрежденіе новыхъ должностей не обозначаетъ принципиальнаго разложенія единой власти на отдѣльныя самостоятельныя компетенціи. Это относится, по крайней мѣрѣ, къ магистратамъ *cum imperio*¹⁴⁾. *Фактически*, конечно, каждая изъ этихъ магистратуръ специализуется въ томъ или другомъ кругѣ государственныхъ задачъ, но *юридически*, тѣмъ не менѣе, власть каждой изъ нихъ простирается на все. Отсюда, какъ извѣстно, вытекаетъ, съ одной стороны, возможность замѣны одной магистратуры представителемъ другой, а съ другой стороны—т. е. *jus intercessionis*.

Правило это относится прежде всего къ той магистратурѣ, которая ближе всего насъ интересуетъ—къ *претурѣ*. Мотивомъ для учрежденія претуры послужило, какъ извѣстно, то обстоятельство, что консулы, постоянно отвлекаемые своими военными дѣлами, не могли въ достаточной степени заботиться о внутреннихъ, гражданскихъ дѣлахъ¹⁵⁾.

¹⁴⁾ *Herzog*. l. cit. Bd. I. S. 641. „Festhaltung einer einheitlichen Auffassung der Amtsgewalt“.

¹⁵⁾ *Cp. fr.* 2. 27. *D. de orig. iur.* 1. 2. *Cumque* consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.—*Livius*. 6, 42 „con-

Эти-то внутреннія дѣла и должны были составить преимущественную компетенцію преторовъ, преимущественную, но не исключительную. Преторъ такъ же, какъ и консулы, надѣленъ всею полнотою imperium и вѣдѣствіе этого является *collegio* консуловъ, хотя лишь коллегой младшимъ—*collega minor*¹⁶⁾. Онъ имѣетъ даже военную власть, и мы дѣйствительно иногда въ римской исторіи видимъ преторовъ во главѣ легионовъ¹⁷⁾. Главную обязанность преторовъ, однако, составляетъ забота о внутреннихъ, гражданскихъ дѣлахъ—*custodia urbis*¹⁸⁾; они созданы для того, „*ut jus in urbe dicerent*“, „*jus in urbe redderent*“¹⁹⁾. Имъ ввѣрена, такимъ образомъ, *jurisdictio* въ только-что описанномъ широкомъ и общемъ смыслѣ, въ смыслѣ заботы объ охраненіи общественнаго мира и порядка; уже какъ *следствіе этой общей обязанности*, на преторовъ легла и обязанность участвовать въ гражданскихъ процессахъ, въ *legis actiones*.

Назначеніе преторовъ „*ut jus in urbe dicerent*“ обыкновенно, однако, понимается лишь въ этомъ послѣднемъ тѣсномъ смыслѣ дѣятельности судебной; говоря о претурѣ, на первый планъ обыкновенно выдвигаютъ гражданскую юрисдикцію, *Civiljurisdiction*; что же касается функций полицейскихъ, то о нихъ или умалчиваютъ или же вовсе отрицаютъ²⁰⁾. Такая обрисовка претуры намъ кажется совершенно невѣрной. Нельзя отрицать полицейской власти у консуловъ, но, вѣдь, мы только-что видѣли, что преторы являются въ принципѣ магистратурой такою же полною, какъ и консулатъ. И дѣйствительно мы находимъ указанія и на чисто полицейскую дѣятельность преторовъ. Въ случаѣ отсутствія консуловъ, говоритъ *Моммзенъ*, „*der Stadtprätor hat in bedenklichen Zeiten gegen das Waffentragen in der Stadt einzuschreiten, die Ausweisung der Fremden anzuordnen, überhaupt die erforderlichen Massregeln gegen die Störer der öffentlichen Ruhe, namentlich wo die zunächst berufenen Beamten nicht durchdrangen, seinerseits zu treffen*“²¹⁾. Если случаи подобной чисто полицейской

cessum... a plebe nobilitati de praetore mio, qui ius in urbe diceret, ex patribus creando“.

¹⁶⁾ *Herzog*. I. cit. Bd. I S. 741

¹⁷⁾ *Mommsen*. I. cit. Bd. I. S. 100, *Herzog*. I. cit. Bd. I. S. 742.

¹⁸⁾ См. *Willems*. Le droit public romain. p. 277.

¹⁹⁾ См. цитаты примѣчанія 15.

²⁰⁾ Напр. *A. Pernice*. Zeitschr. d. Sav.-St. Bd. XVII. (Rom. Abth.). „Friede und Friedenswahrung in römisch-griechischem Rechte“. S. 194, прим. 5.

²¹⁾ *Staatsrecht*. Bd. II. S. 123.

дѣтельности преторовъ въ нормальное время сравнительно рѣдки, то это объясняется, во-первыхъ, постепеннымъ возростаніемъ судебныхъ дѣлъ, а, во-вторыхъ, тѣмъ, что полицейскія обязанности лежали и на другихъ магистратахъ, главнымъ образомъ—эдилахъ и *tres viri capitales*.

Какъ бы то ни было, но не подлежитъ сомнѣнію, что та *jurisdictio*, которая была возложена на претуру, представляетъ собою компетенцію, гораздо болѣе широкую, чѣмъ простое участіе въ ритуальн. *legis actiones*. *Jus dicere* значитъ вообще давать распорядокъ, регулировать гражданскую жизнь мѣрами власти, средствами *imperium*. Съ этой точки зрѣнія, конечно, не только такія приказанія, какъ „*mittite ambo rem*“ и т. д. въ *legis actio*, но и всякія *missiones*, *cautiones* и пр. въ обыкновеннаго гражданского процесса могутъ быть характеризованы, какъ акты *jurisdictio*. Этимъ-то старымъ и кореннымъ представленіемъ римлянъ о *jurisdictio* объясняются все тѣ, подобныя приведеннымъ раньше, мѣста источниковъ, гдѣ выраженіе „*jurisdictio*“ употребляется въ смыслѣ, равномъ *imperium* ²²⁾.

Дальнѣйшее развитіе римскаго правового строя, въ особенности установленіе процесса *per formulas*, прогрессирующее специализированіе претуры въ дѣлахъ судебныхъ и параллельное атрофированіе ея другихъ функций—все это, конечно, не могло не отозваться и на теоретическихъ представленіяхъ классическихъ юристовъ о дѣятельности претуры.

Съ переходомъ къ формулярному процессу преторъ былъ поставленъ въ болѣе близкое отношеніе къ проходящимъ черезъ его руки тяжбамъ. Въ эпоху *legis actiones* собственный процессъ проходилъ совершенно мимо претора; преторъ не имѣлъ никакого вліянія не только на исходъ дѣла, но даже и на его инструкцію: инструктировали дѣло сами стороны, а рѣшалъ его *judex*. Законъ Эбуція возложилъ на претора составленіе формулы, слѣд.,—именно юридическую постановку спора, и этимъ сдѣлалъ его, чего не было раньше, посредникомъ въ примѣненіи гражданского закона, однимъ изъ органовъ, содѣйствіе которыхъ нужно для того, чтобы этотъ гражданскій законъ осуществился въ данномъ конкретномъ случаѣ.

²²⁾ Особ. въ преторскомъ адиктѣ „*cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est*.—Ср также fr. 1. De iurisd. 2 1. „*Jus dicentis officium latissimum est*“...

Вслѣдствіе этого, юридическая мысль классической эпохи, желавшая теоретически осмыслить *officium praetoris*, наталкивалась уже на слѣдующую противоположность въ области преторскихъ функций. Съ одной стороны, она видѣла акты, гдѣ преторъ дѣйствовалъ исключительно въ роли проводника и исполнителя гражданского закона, содѣйствуя своей инструкціей (формулой) цѣлямъ суда и судьи; съ другой стороны, она видѣла акты, гдѣ преторъ дѣйствовалъ свободно, своимъ усмотрѣніемъ, своимъ приказаніемъ, гдѣ его задачей являлась, вообще говоря, *coercitio*, и гдѣ его дѣйствія стояли внѣ всякаго отношенія къ обыкновенному гражданскому процессу. Для обозначенія этой противоположности мы употребили бы термины— функций судебныя, функций административныя: римскіе же юристы классической эпохи функции перваго рода стали обозначать старымъ терминомъ *jurisdictio*, употребляя этотъ терминъ, однако, уже въ значительно измѣненномъ смыслѣ, въ смыслъ дѣятельности правопримѣняющей (*gesetzausführende Thätigkeit*). Функции же втораго рода, функций административныя, они обозначали общимъ терминомъ *imperium*.

Такимъ образомъ, въ классическую эпоху понятія *imperium* и *jurisdictio* стали во второй разъ въ противоположеніе другъ другу; но смыслъ этого противоположенія уже существенно измѣнился. Раньше *jurisdictio*, какъ внутренняя дѣятельность магистрата *in urbe*, противопоставлялась *imperium*, какъ дѣятельности военной; теперь самая эта внутренняя дѣятельность разложилась на элементы, и *jurisdictio* стала противопоставляться *imperium*, какъ примѣненіе закона, какъ функция судебная—функции полицейской, административной.

Однако, при этомъ противоположеніи рѣзко отдѣлялись другъ отъ друга лишь крайнія, полярныя формы дѣятельности носителей власти; между чисто полицейской *coercitio*—съ одной стороны, и чисто судебными, процессуальными актами—съ другой, историческимъ путемъ наслонилась еще цѣлая сложная формація актовъ смѣшаннаго характера, актовъ такихъ, которые имѣютъ нѣкоторое отношеніе къ суду и процессу, которые такъ или иначе съ нимъ связаны, но которые представляютъ собою нѣчто большее, чѣмъ простое примѣненіе гражданского закона и которыхъ основаніе лежитъ въ общемъ *imperium* магистрата. Таковы, напр., *datio bonorum possessionis*, *missio in possessionem*, *cautiones praetoriae* и т. д. Оказывалось, поэтому, необходимымъ, разъясненія общее содержаніе преторской власти, дать нѣ-

которое особое опредѣленіе и этимъ смѣшаннымъ актамъ. Такимъ путемъ и возникло трехчленное дѣленіе на *imperium merum*, *imperium mixtum* и *jurisdictio*.

Указанная смѣшанная область опредѣляется классическими юристами, какъ *imperium, cui etiam jurisdictio inest*; объ актахъ этого рода говорятъ, какъ мы видѣли, что они *magis imperii sunt quam jurisdictionis*. Но какіе именно акты относятся сюда, этого юристы вообще не опредѣляютъ, ограничиваясь лишь приведеніемъ примѣровъ. Въ виду этого понятнo, что вопросъ о принадлежности сюда тѣхъ или другихъ формъ преторскаго воздѣйствія можетъ быть споренъ. Мы уже указывали, въ видѣ примѣра, на колебанія относительно интердиктовъ. Господствующее мнѣніе, однако, къ области *imperium mixtum* относить не только интердикты, *missio in possessionem*, *stipulationes praetoriae*, но и *restitutio in integrum*. Естественно возникаетъ вопросъ: не относятся ли сюда и *actiones praetoriae*?

Господствующее ученіе на этотъ вопросъ отвѣчаетъ отрицательно, усматривая въ дачѣ преторскаго иска лишь *judicis dandi licentia*. Послѣ всего того, что сказано о преторскихъ искахъ, мы съ этимъ согласиться не можемъ. Преторскій искъ выросъ генетически изъ другихъ формъ преторскаго воздѣйствія, сплошь и рядомъ онъ замѣняетъ и замѣняется собою интердикты, *cautiones* и т. д.,—словомъ, тѣ акты, которые неоспоримо относятся къ области *imperium mixtum*. Затѣмъ, въ числѣ актовъ *imperium mixtum* источники называютъ, напр., *datio bonorum possessionis*²³⁾; но, вѣдь, извѣстно, что эта *datio* разрѣшается обыкновенно въ цѣлый комплексъ съ вѣстной стороны чисто процессуальныхъ дѣйствій—дачи исковъ, эксценцій и т. д., безъ великой примѣси какихъ-либо административныхъ мѣръ. То же самое нужно сказать и относительно *restitutio in integrum*, которая также неоспоримо источниками относится къ области *imperium mixtum*²⁴⁾; мы говорили уже, что *restitutio* также разрѣшается часто при помощи исковъ и эксценцій, а иногда и при помощи одного только иска,

²³⁾ Ср. fr. 3. D. de iurisd. 2. 1. (цитировано выше).

²⁴⁾ fr. 26. D. ad mun. 50. 1. Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

причемъ вопросъ о *restitutio* поглощается въ общемъ производствѣ *in jure*. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ *datio bonorum possessionis*, *restitutio in integrum* съ внѣшней, процессуальной стороны ничѣмъ не будутъ отличаться отъ *datio* всякаго преторскаго иска. Всякій преторскій искъ вытекаетъ изъ *imperium* магистрата, и потому всѣ они должны быть отнесены къ области *imperium mixtum*.

Какъ бы то ни было, но во всякомъ случаѣ изложенная исторія понятія *jurisdictio* еще разъ показываетъ намъ, насколько неосновательно было бы выводить преторское вліяніе въ области права изъ юрисдикціонной въ нашемъ смыслѣ, т. е. судебной дѣятельности претора. Въ моментъ учрежденія претуры участіе магистрата въ гражданскомъ процессѣ было вполнѣ пассивное и чисто формальное. Отправной пунктъ преторскаго права надо, поэтому, искать въ задачахъ *jurisdictio* въ широкомъ смыслѣ слова. А эти задачи, какъ было указано, сводились въ общемъ къ *охранѣ внутренняго мира общества, къ охранѣ внутренняго гражданского порядка*. Изъ этой идеи внутренняго мира вытекало самое участіе магистрата въ *legis actio*; изъ этой же идеи должно было вытекать и всякое иное вмѣшательство его въ гражданскія отношенія.

Таковъ выводъ, который мы можемъ сдѣлать изъ общаго разсмотрѣнія римскихъ магистратскихъ компетенцій; но это, конечно, лишь выводъ апріорный. Посмотримъ, однако, не найдемъ-ли мы подтвержденія этого вывода въ нѣкоторыхъ явленіяхъ преторскаго права.

Принципъ общественнаго порядка въ исторіи преторскаго права.

Зарожденіе преторскаго права: вопросъ о матеріальномъ происхожденіи интердиктовъ.—Слѣды принципа общественнаго порядка въ позднѣйшихъ преторскихъ институтахъ, особенно въ исторіи обязательствъ.—Постепенное расширеніе этого принципа и параллельная потеря имъ его первоначальной яркости.

Старѣйшею формой преторскаго права, какъ было указано, являются интердикты. Какія-же цѣли преслѣдовалъ преторъ, создавая ихъ, какія общія соображенія побуждали его къ вмѣшательству подобнаго рода? Вопросъ этотъ не мало занималъ ученыхъ петекшаго столѣтія.

Господствовавшее прежде воззрѣніе, что интердикты являлись—въ противоположность *actiones*—*суммарнымъ пр цессомъ*, и именно этому обязаны своимъ происхожденіемъ,—это воззрѣніе въ XIX столѣтіи было единодушно отвергнуто¹⁾. Взамѣнъ этого были предложены другія теоріи, которыя могутъ быть сведены къ слѣдующимъ основнымъ.

I. По мнѣнію однихъ, интердикты уже при самомъ своемъ возникновеніи имѣли ту же цѣль, которую имѣло и все преторское право—именно *воспомненіе пробѣловъ цивильной системы*. Преторъ уже очень рано долженъ былъ замѣтить, что система XII т. оставляла въ юридической нормировки цѣлую массу отношеній, которыя въ ней нуждались, оставляла беззащитными такіа интересы, которыя

¹⁾ См. *Puchta*. Institutionen. Bd. II. § 169, *Schmidt*. Interdiktenverfahren. S. 305.

защиты заслуживали. Восполнить это отсутствіе цивильныхъ нормъ, создать такую защиту справедливымъ интересамъ—и являлось задачей претора, задачей, которую до lex Aebutia онъ могъ выполнить только посредствомъ интердиктовъ. Эта мысль была высказана *Puchta* ²⁾, подробнѣе *Schmidt*'омъ ³⁾ и нѣкоторыми другими ⁴⁾.

Это ученіе, однако, оставляетъ вопросъ о причинахъ возникновенія интердиктовъ собственно безъ объясненія. Допустимъ, что система законовъ XII таблицъ имѣла пробѣлы, не станемъ отрицать и того, что должна была ощущаться потребность въ болѣе свободномъ развитіи права, въ „einer nicht erst durch die Volksschlüsse zu erwirkenden Entfaltung des Rechts“ ⁵⁾. Но, спрашивается, почему именно преторъ взялъ въ свои руки это болѣе свободное развитіе права? Въ чемъ именно заключался тотъ юридическій пунктъ, опираясь на который преторъ могъ выступить въ этой законо-восполняющей роли?

Но и помимо этого,—едва-ли, по крайней мѣрѣ во многихъ случаяхъ, появленіе интердиктовъ было вызвано отсутствіемъ соотвѣтствующей нормы права. Совершенно вѣрно говорить по этому поводу *Pfersche* ⁶⁾: „Съ тѣхъ поръ, какъ появились въ Римѣ *fana templa deorum*, *moenia*, *porta urbis*, всѣмъ было извѣстно и всѣмъ было признано, что никто не долженъ имъ причинять вредъ или захватывать для себя... Если значительное время спустя послѣ законовъ XII т. къ первоначальной сакральной и административной защитѣ подобныхъ объектовъ присоединилась еще защита посредствомъ популярныя интердиктовъ,—то указанная общая норма была, быть можетъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ болѣе развита, но отнюдь не вновь создана. Предположеніе, что изданіе интердикта противъ каждаго отдѣльнаго отвѣтчика каждый разъ должно было устанавливать заново обязанность для этого послѣдствія не нарушать *res extra commercium*,—ставить вещи вверхъ дномъ („stellt die Dinge vollständig auf den Kopf.“).

II. По мнѣнію другихъ, интердикты обязаны своимъ происхожденіемъ *интересамъ процесса*; они созданы для лучшаго осуществленія тѣхъ или другихъ вековъ. Къ этой категоріи ученыхъ принадле-

²⁾ Institutionen. I. cit.

³⁾ Interdiktenverfahren. S. 313.

⁴⁾ Иап. *Wille*. Das interdictum uti possidetis. S. 26.

⁵⁾ Слова *Schmidt*'а. I. cit. S. 314.

⁶⁾ Die Interdicte. S. 15—16.

жить напр. только-что цитированный *Pfersche*, который утверждает, „dass bei der übergrossen Mehrzahl der Interdikte und auch bei den vermuthlich ältesten derselben der Ursprung und Zusammenhang mit der Civilrechtspflege, mit dem imperium mixtum, mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann“ ⁷⁾. Сюда относится также *Bekker*, который проводит подобную мысль относительно интердиктовъ частныхъ: „das Exhibiren und das Erlangen Behaupten Wiedererlangen des Besitzes sind processualische Akte, und der Prätor ist beruffen zur Leitung der Prozesse“ ⁸⁾.

Однако, если подготовительный характеръ, служебная связь съ какимъ-либо гражданскимъ процессомъ даже по отношенію къ частнымъ интердиктамъ во многихъ случаяхъ по меньшей мѣрѣ сомнительна ⁹⁾, то по отношенію къ интердиктамъ, касающимся *res publicae* или *res sacrae*, она уже прямо невѣроятна. Относительно этихъ послѣднихъ интердиктовъ даже представители указанного ученія не рѣшаются настаивать. Такъ, *Pfersche* предполагаетъ, что интердикты этого рода, вѣроятно, возникли уже тогда, когда понятіе интердикта вообще было выработано, и что они представляютъ, поэтому, лишь примѣненіе частно-правоваго средства къ отношеніямъ публичнаго характера ¹⁰⁾. Что же касается *Bekker'a*, то этотъ послѣдній ученый прямо признаетъ, что всѣ подобные интердикты выросли изъ полицейской точки зрѣнія; кромѣ веденія процессовъ (*Leitung der Prozesse*), говорить онъ, на обязанности претора лежала и охрана *res extra commercium* (*Behütung der nichtprivaten Sachen*) ¹¹⁾. Вслѣдствіе этого послѣдняго утвержденія все ученіе *Bekker'a*, конечно, лишается теоретическаго единства и одной стороною примыкаетъ уже къ слѣдующей, третьей группѣ ученій.

III. Уже *Zimmern* высказалъ мысль, что интердикты обязаны своимъ возникновеніемъ *соображеніямъ охраны общественнаго мира, гражданскаго порядка*. Назначеніе интердиктовъ, говоритъ онъ, составляетъ не охрана частныхъ правоотношеній (это была задача исковъ),

⁷⁾ l. cit. S. 51.

⁸⁾ Die Aktionen. Bd. II. S. 60.

⁹⁾ См. по этому поводу вполне основательныя замѣчанія *Ubbelohde*. Interdikte. Bd. II. S. 305—313. Его заключеніе: „Nach allem dem dürfte es gerechtfertigt sein, dass wir Bekkers Interdiktenprincip für einen völlig missglückten Einfall erklären“.

¹⁰⁾ l. cit. S. 52.

¹¹⁾ l. cit. S. 60.

а охрана *публичныхъ* (со включеніемъ религіозныхъ) интересовъ противъ нарушеній со стороны частныхъ лицъ,—та область, гдѣ нынѣ употребляются полицейскія мѣры,—и, кромѣ того, охрана чисто фактическихъ состояній¹²⁾. Эта мысль была затѣмъ болѣе подробно развита *Leist'омъ*. Интердикты, по его мнѣнію, имѣють своимъ содержаниемъ „entweder Gegenstände des polizeilichen Schutzes oder Familienverhältnisse oder endlich Besitzverhältnisse“¹³⁾. Во всѣхъ случаяхъ этого рода обыкновенныя гражданскія actiones были средствами недостаточными, ибо обыкновенная condemnatio не могла доставить необходимой здѣсь продолжительной охраны такого или иного состоянія; такую охрану могло дать только imperium магистрата¹⁴⁾. Еще опредѣленнѣе высказывается *Bethmann-Hollweg*. Для тѣхъ случаевъ, говорить онъ, гдѣ вопросъ заключался въ предотвращенія будущихъ или устраниенія настоящихъ нарушеній *общественнаго порядка* (der öffentlichen Ordnung), legis actiones были непримѣнимы. Мы въ настоящее время привыкли считать дѣла подобнаго рода компетенціей полиціи. Римляне, которые не знали раздѣленія суда и управленія, дали своимъ высшимъ магистратамъ—консуламъ и преторамъ—власть во всѣхъ такихъ случаяхъ по заявленію частнаго лица разрѣшать дѣло своимъ запрещеніемъ (interdictum) или приказаніемъ (decretum). Отсюда-то и пошли интердикты позднѣйшаго римскаго права¹⁵⁾.

Какъ видимъ, во всѣхъ только-что приведенныхъ ученіяхъ этой группы въ большей или меньшей степени въ вопросѣ о возникновеніи интердиктовъ выдвигается на первый планъ элементъ *охраны общественнаго порядка*. Въ этой идеѣ стремятся найти первоначальную сферу примѣненія интердиктовъ и общую точку зрѣнія, лежащую въ основаніи ихъ. И теорія эта съ теченіемъ времени пріобрѣла себѣ многочисленныхъ сторонниковъ, такъ что въ настоящій моментъ она по справедливости можетъ считаться господствующей. Кромѣ упомянутыхъ писателей, ее принимаютъ напр. *Keller*¹⁶⁾, *Rudorff*¹⁷⁾, *Kuntze*¹⁸⁾, *Sohm*¹⁹⁾ и др.

¹²⁾ *Zimmern*. Geschichte des röm. Privatrechts. Bd. III (1829). S. 225.

¹³⁾ Die Bonorum possessio. Bd. I. S. 329.

¹⁴⁾ I. cit. S. 334.

¹⁵⁾ Der röm. Civilprocess. Bd. I. S. 202.

¹⁶⁾ Civilprocess. § 22.

¹⁷⁾ Röm. Rechtsgeschichte. § 53. S. 177. „als notwendiges Complement für den polizeilichen Schutz der öffentlichen Ordnung“. ; „um den Rechtsfrieden.. zu schützen“.

¹⁸⁾ Excursus. 2-te Aufl. S. 244.. „wo es sich um Wahrung der äusseren Ordnung, Aufrechterhaltung und Herstellung des gemeinen Friedens.. handelte.

¹⁹⁾ Institutionen. § 43.



Въ самое послѣднее время, однако, вопросъ этотъ былъ снова поставленъ на обсужденіе. Позднѣйшій спеціальнѣйшій изслѣдователь интердиктовъ—*Ubbelohde*—рѣшительно возсталъ противъ этого господствующаго ученія. Идея полицейскаго происхожденія интердиктовъ, говоритъ онъ²⁰⁾, разбивается о слѣдующія соображенія. Съ этой идеей, прежде всего, не вяжется постройка римской защиты владѣнія: съ точки зрѣнія господствующаго ученія долженъ былъ-бы пользоваться защитой всякій *detentor*, должно было-бы быть защищено владѣніе вещами *extra commercium*, а также владѣніе лица не волеспособнаго. Съ полицейской точкой зрѣнія несомнѣнимо, далѣе, то обстоятельство, что значительное количество интердиктовъ разрѣшаютъ споръ окончательно и затрагиваютъ вопросы о правѣ. Самъ *Ubbelohde* отказывается отъ мысли найти какой-либо общій принципъ для всѣхъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ примѣняются интердикты, и всецѣло присоединяется къ воззрѣнію *Puchta* и *Schmidt'a*: интердикты, говоритъ онъ²¹⁾, обязаны своимъ происхожденіемъ исключительно тому обстоятельству, что въ эпоху *legis actiones* потребность въ защитѣ, не опирающейся на *jus civile*, могла быть удовлетворена только путемъ интердиктовъ.

Но эта послѣдняя попытка распатать господствующее ученіе встрѣтила рѣшительный отпоръ въ статьѣ *A. Pernice* „*Friede und Friedenswahrung im römisch-griechischen Rechte*“²²⁾. Идея общественнаго мира, говоритъ *Pernice*, особенно полно была выражена въ германскомъ правѣ. Гражданскій миръ есть не самый правопорядокъ, а охраняемое этимъ правопорядкомъ спокойствіе цѣлаго общественнаго организма и каждаго индивидуума въ отдѣльности²³⁾. Эта идея, однако, не есть спеціальное созданіе воззрѣній древне-германскихъ; она не чужда, въ частности, и міру греко-римскому, хотя она сказывается здѣсь нѣсколько слабѣе. Въ греческой и римской древности государство выросло изъ городского самоуправленія, а кто защищенъ стѣнами, говоритъ *Pernice*, тотъ не такъ нуждается въ защитѣ идеями („*wer durch Mauern geschützt ist, dem liegt der Schutz durch Ideen überhaupt fern*“). Тѣмъ не менѣе, идея гражданскаго мира

²⁰⁾ *Interdicte*. Bd. II. S. 299 и сл. (1890).

²¹⁾ *I. cit.* S. 318—319.

²²⁾ Въ *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung*. Bd. XVII (1896). S. 167, въ особ. 191—204.

²³⁾ „*Der Friede ist nicht die Rechtsordnung selbst, sondern die durch die Rechtsordnung verbürgte Ruhe des Ganzen und aller Einzelnen*“.

приеутствуетъ и здѣсь, отражаясь въ нѣкоторыхъ явленіяхъ правового порядка. Во главѣ этихъ явленій Pernice ставитъ именно интердикты.

Въ противоположность *Ubbelohde*, который утверждалъ, что невозможно усмотрѣть въ интердиктахъ какой либо общій принципъ, Pernice, разсмотрѣвъ значительное количество ихъ, приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ.

Въ эпоху болѣе древнюю интердикты являлись консульскими приказаніями, издаваемыми въ цѣляхъ охраны общественнаго мира— „*zur Wahrung des gemeinen Friedens*“. Они были тогда окончательными, рѣшительными повелѣніями, осуществлявшимися административнымъ порядкомъ, средствами *imperium*. И въ германскомъ правѣ ясно и всесторонне признается связь между охраной общественнаго мира и административной властью начальства (*Banngewalt*). Этотъ общій принципъ интердиктовъ не измѣнился и въ болѣе позднее время, когда порядокъ ихъ осуществленія измѣнился. „Если мы желаемъ надлежащимъ образомъ понимать интердикты, мы должны исходить не изъ идеи правъ или интересовъ частныхъ лицъ, а изъ идеи общественнаго блага, идеи общественнаго мира. При такомъ возрѣніи уничтожается сама собой цѣлая масса трудностей, съ которыми должно бороться ученіе объ интердиктахъ вообще и о владѣніи въ частности. А это самое главное. Противъ указанной общей мысли нельзя возражать тѣмъ, что тѣ или другія детали отдѣльныхъ интердиктовъ не соотвѣтствуютъ „полицейской“ точкѣ зрѣнія. Несомнѣнно, конечно, что въ послѣдствіи интердикты стали обыкновеннымъ средствомъ спора и процесса“.

Такимъ образомъ даже представители того взгляда, что преторское право выросло изъ юрисдикціонной, т. е. судебной дѣятельности претора, по отношенію къ старѣйшей формѣ преторскаго вліянія, къ интердиктамъ, не могли не признать его несостоятельность, не могли не увидѣть, что здѣсь дѣйствовали иные мотивы, иные соображенія. И дѣйствительно, достаточно, кажется, окинуть мысленнымъ взоромъ всю область интердиктовъ, чтобы увидѣть преобладаніе въ ней публично-правовой точки зрѣнія и публично-правовыхъ интересовъ. *Ne quid in loco sacro fiat, ne quid in loco publico vel itinere fiat, ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur* или *quo aliter aqua fluat* и т. д.—все это такіе интердикты, которые въ самомъ своемъ назва-

ни отражаютъ принцивъ охраны общественнаго порядка во всей его полнотѣ. Что магистратъ не могъ оставаться безучастнымъ зрителемъ нарушенія неприкосновенности *loci sacra* или *publica*, это, конечно, само собою понятно, ибо охрана ихъ составляла искони его *officium*. Для вмѣшательства въ подобнаго рода дѣла не нужно ни того, чтобы магистратъ предварительно рѣшилъ восполнять пробѣлы цивильнаго права, ни того, чтобы этого требовали интересы того или инаго процесса. Всякій публичный непорядокъ долженъ быть устраненъ уже самъ по себѣ.

Конечно, при интердиктахъ мы имѣемъ въ этихъ случаяхъ охрану общественнаго интереса въ формѣ *частнаго спора между двумя лицами*. Это, какъ мы говорили раньше, и является главнымъ основаниемъ для многихъ отрицать происхождение интердиктовъ изъ административной, полицейской *cognitio*. Казалось-бы, говорить, въ такомъ случаѣ магистратъ долженъ былъ бы вступаться въ дѣло *ex officio*; интердиктъ же издается, такъ же какъ и *actio datur*, лишь по требованію заинтересованной стороны²⁴⁾. При этомъ, однако, упускаютъ изъ виду, что интердиктъ есть лишь одна изъ формъ охраны *loci sacra* или *loci publica*, что магистратъ, конечно, могъ и *ex officio* устранить непорядокъ, замѣченный имъ лично. Если же онъ этого въ дѣйствительности не дѣлаетъ (или рѣдко дѣлаетъ), то мы встрѣчаемся здѣсь опять-таки не съ ограниченіемъ его власти, а съ правиломъ административной политики. Все подобныя интердикты суть, какъ извѣстно²⁵⁾, *interdicta popularia*, т. е. вѣщаніе ихъ предоставляется *civilibet ex populo*. Вслѣдствіе этого, охрана общественнаго порядка какъ-бы поручается инициативѣ самихъ гражданъ. А такое возрѣніе на общественный интересъ сказывается и въ другихъ областяхъ римскаго права: какъ извѣстно, напр. даже уголовныя дѣла въ періодъ республики, по крайней мѣрѣ, начинались лишь въ случаѣ *accusatio* со стороны того или другаго частнаго лица²⁶⁾. Это общая характерная черта римскаго строя: общественнымъ интересомъ считается только то, что дѣйствительно возбуждаетъ интересъ отдѣльныхъ членовъ общества, что находитъ себѣ защитника непосредственно изъ среды этихъ послѣднихъ. Если бы намъ позволено было привести здѣсь вульгарное сравненіе, то мы сказали бы, что подобно тому,

²⁴⁾ Ср. напр. *Ubbelohde*. Interdikte. Bd. I. S. 19.

²⁵⁾ См. *Ubbelohde*. I. cit. Bd. I. S. 53.

²⁶⁾ Ср. *Mommsen*. Römische Strafrecht. S. 345.

какъ мы у входа въ наши публичные скверы и пр. выставлемъ дощечки съ надписью „охрана сквера поручается вниманію публики“, такъ у римлянъ подобная надпись стояла надъ вратами всего римскаго государства.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы указывали, что современные ученые склонны отрицать полицейскую сторону преторской власти, главнымъ образомъ на томъ основаніи, что мы, будто-бы, не имѣемъ слѣдовъ ихъ дѣятельности въ этомъ направленіи. Мы, однако, уже тамъ обращали вниманіе, что, напротивъ, такіе слѣды есть. Если значительное количество этихъ слѣдовъ ускользаетъ отъ взора современныхъ изслѣдователей, то лишь благодаря своеобразію приемовъ преторской полиціи.

Если-бы на мѣстѣ нынѣшнихъ интердиктовъ относительно *lous sacra* или *publica* мы имѣли административную *cognitio* преторовъ, закапчивающуюся штрафами и т. п., тогда, конечно, мы несколько не сомнѣвались бы въ полицейской функціи претуры и говорили бы о многочисленныхъ слѣдахъ этой последней. Но претору пришла въ голову мысль освободить себя отъ фактической стороны разбирательствъ путемъ принудительныхъ *sponsiones* (интердикты),—и вотъ иско-образная форма заслопаетъ уже отъ насъ реальную сущность.

Привыкнувъ къ мысли о преторѣ, какъ объ органѣ суда—даже, пожалуй, въ большей степени, чѣмъ онъ былъ таковымъ на самомъ дѣлѣ,—мы склонны теперь подгонять все въ преторской дѣятельности къ этой судебной функціи. Наиболѣе яркимъ выраженіемъ этой тенденціи является отмѣченная выше теорія процессуальнаго происхожденія интердиктовъ (*Pfersche, Bekker*). Неудивительно поэтому, что, послѣ такого пасильственнаго и предвзятаго толкованія этихъ послѣднихъ, слѣдовъ преторской полиціи не оказывается: мы сами же уничтожили ихъ!

Но, скажутъ намъ, интердикты относительно *res sacrae* или *res publicae* представляютъ все-таки лишь одну часть интердиктовъ вообще; есть цѣлая масса и такихъ интердиктовъ, которые преслѣдуютъ частныя цѣли, защищаютъ частныя интересы. Однако, мы только-что слышали изъ достаточно авторитетныхъ устъ, что даже въ области этихъ интердиктовъ преобладающимъ, основнымъ мотивомъ является мотивъ охраны общественнаго блага, общественнаго мира.

Во всякомъ случаѣ, большинство современныхъ изслѣдователей (и, по нашему мнѣнію, совершенно правильно) считаетъ интердикты относительно *res sacrae* и *publicae* интердиктами древнѣйшими²⁷⁾. А это имѣетъ для нашего вопроса весьма важное значеніе. Для насъ, конечно, прежде всего интересно опредѣлить область перваго зарожденія интердиктовъ, ту область, куда сперва направилось вниманіе магистрата и гдѣ проявилось его первое вмѣшательство: тогда намъ легче будетъ опредѣлить и мотивы этого вмѣшательства. Если даже по мнѣнію противниковъ „полицейской“ точки зрѣнія интердикты относительно *res sacrae* и *publicae* должны быть признаваемы за древнѣйшіе, — то отсюда, повидимому, мы можемъ сдѣлать только одинъ выводъ, и именно тотъ, что вмѣшательство магистрата было вызвано прежде всего потребностями общественнаго порядка.

Нарушеніе неприкосновенности *locum sacrum*, *religiosum* или *publicum* представляетъ собой самый яркій, самый понятный, бросающійся въ глаза даже неразвитой администраціи случай общественнаго неурядка. Неудивительно поэтому, если вниманіе власти прежде всего улавливаетъ именно случаи подобнаго рода, и она прежде всего сюда направляетъ свои мѣры. *Здѣсь впервые зарождается понятіе общественнаго неурядка, но, разъ зародившись, оно развивается дальше своихъ примитивныхъ границъ и углубляется.* Власть начинаетъ мало по малу усматривать общественный неурядокъ и тамъ, гдѣ онъ не бьетъ такъ рѣзко въ глаза, какъ въ случаяхъ ранѣе указанныхъ.

Конечно, и пробѣлы цивильнаго права и даже, быть можетъ, тѣ или другія процессуальныя соображенія могли играть здѣсь нѣкоторую роль, но все эти случаи представляли для магистрата *лишь виды гражданскаго неурядка*, могущаго вызывать, быть можетъ, столкновенія между частными лицами и потому пугающагося въ такомъ или иномъ регулированіи. Все подобныя пробѣлы и потребности, послужившія причиною созданія интердиктовъ, разсматривались магистратомъ подъ угломъ зрѣнія общественнаго неурядка, и этотъ уголъ зрѣнія, какъ мы видѣли, сказывается еще въ позднѣйшемъ строеніи нѣкоторыхъ интердиктовъ.

Но было бы при этомъ совершенно неосновательно требовать, чтобы все малѣйшія детали интердиктовъ, извѣстныя намъ изъ сочи-

²⁷⁾ Даже противники господствующаго ученія: *Witte*. Das Interdictum *Uti possidetis*. S. 13, *Schmidt*. l. cit. S. 159, *Ubbelohde*. l. cit. Bd. II. S. 321 и сл.

неній классическихъ юристовъ, сводились къ указанной основной и исторической идеѣ ихъ. *Pernice* въ этомъ отношеніи глубоко правъ. Здѣсь нужно принимать во вниманіе самыя разнообразныя обстоятельства.

Прежде всего нужно имѣть въ виду, что интердикты, какъ и другіе институты преторской практики, создавались постепенно, путемъ удовлетворенія представляющихся практическихъ потребностей, а не сразу на основаніи какихъ-либо общихъ логическихъ идей. Преторъ шелъ на встрѣчу жизни, слѣдовалъ за ея явленіями въ такомъ порядкѣ, въ какомъ они ему представлялись, а не писалъ логическаго трактата объ интердиктахъ. Въ виду этого было возможно, что въ томъ или другомъ случаѣ онъ не дошелъ до того предѣла, до котораго онъ могъ дойти съ точки зрѣнія идеи общественнаго мира.

Сказанное относится прежде всего къ тому возраженію, которое дѣлаетъ *Ubbelohde* по поводу *римскихъ интердиктовъ о защитѣ владѣнія*. Съ точки зрѣнія охраны общественнаго мира, говорить онъ, должно было бы защищаться великое фактическое обладаніе вообще, *detentio*, владѣніе лица неволееспособнаго и т. д. На это можно сказать слѣдующее.

Чѣмъ объявляется римское *in ius* производное владѣніе кредитора подъ залогъ, *sequesteraria* и т. д.? Вѣдь, все это съ точки зрѣнія *animus domini* суть только *detentor*! Какъ вяжется съ предположеніемъ волееспособности признающее въ концѣ концовъ римлянами владѣніе юридическихъ лицъ²⁸⁾? Все это вопросы, которые, какъ известно, и донынѣ еще дѣлаютъ римское ученіе о владѣніи областью до послѣдней степени спорною. Но все эти трудности, какъ намъ кажется, въ значительной степени устранены-бы, если бы мы не забывали именно того обстоятельства, что и римскій институтъ владѣнія создавался постепенно, не по заранѣе составленному архитектурному плану, а по мѣрѣ представлявшихся потребностей. Здѣсь, конечно, прежде всего требовали себѣ защиты случаи владѣнія *suo nomine*; владѣлецъ *alieno nomine* былъ въ большинствѣ случаевъ защищенъ личною своею *auctoritas*. Но съ теченіемъ времени должна была сказаться недостаточность этого принципа, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и вотъ дается защита кредитору и т. д. Воз-

²⁸⁾Ср. fr. 1. 22. D. de acq. vel am. pos. 41. 2. *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt...* fr. 2 eod. *Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint.*

никается загадочное для современной теории производное владѣніе²⁹⁾. Подобнымъ же образомъ, подъ вліяніемъ практическихъ соображеній и вопреки принятой римскими юристами теории неволеоспособности юридическихъ лицъ допускается владѣніе этихъ послѣднихъ. Уже на этихъ примѣрахъ мы видимъ постепенное расширеніе защиты владѣнія, постепенное приближеніе къ тому предѣлу, на который указываетъ *Ubbelohde*. Римское право, однако, до этого предѣла не дошло, но мы должны имѣть въ виду, что оно и во многихъ другихъ пунктахъ не сказало послѣдняго слова въ той рѣчи, которую оно само начало: юридическое развитіе остановилось съ остановкой жизни въ самомъ правотворящемъ организмѣ.

Римъ передалъ, однако, свои неоконченныя задачи народамъ новаго міра. Часто эти наследники ничего не сдѣлали съ этими задачами, но, напр., въ вопросахъ владѣнія мы со временъ рецессіи замѣчаемъ все большее и большее расширеніе поессессорной защиты, дальнѣйшее шествіе права въ томъ направленіи, которое намѣтилъ уже Римъ. И характернымъ явленіемъ въ этой области служить точка зрѣнія новаго Германскаго Уложенія. Это послѣднее, какъ извѣстно, объявляетъ основнымъ, зиждущимъ принципомъ защиты владѣнія— *охрану общественнаго мира* („den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äusseren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren“³⁰⁾) и съ этой точки зрѣнія доходитъ до предоставленія защиты великому обладанію, т. е. именно до того предѣла, который указывалъ *Ubbelohde!* Такъ, постепенно, въ теченіе многихъ вѣковъ, несмотря на всякія теории, истинный принципъ владѣнія пробивался въ реальныхъ явленіяхъ жизни!

Съ другой стороны, какъ по отношенію ко всякимъ другимъ институтамъ, такъ и по отношенію къ интердиктамъ нужно имѣть въ виду, что мы знаемъ ихъ лишь по описаніямъ классическихъ юристовъ. Тотъ довольно долгій промежутокъ времени, который отдѣляетъ моментъ перваго появленія интердиктовъ отъ эпохи классической, не могъ, конечно, пройти безслѣдно для нихъ. Интердикты съ теченіемъ времени должны были все болѣе и болѣе принимать характеръ частнаго процесса, ихъ первоначальная природа должна была значи-

²⁹⁾ Ср. свода *Pernice*. Цит. статьи. Стр. 201.

³⁰⁾ *Denkschrift*. S. 109. См. мою статью „Основные вопросы владѣнія въ Новомъ Германскомъ Уложеніи“. Вѣстникъ Права. 1899.

тельно потускнѣть, а вмѣстѣ съ тѣмъ измѣнились и различныя детали интердиктнаго права.

Однимъ словомъ, вообще нужно имѣть въ виду, что мы имѣемъ дѣло съ институтомъ развивавшимся и въ процессѣ своего развитія подвергавшимся разнообразнымъ вліяніямъ.

Если мы примемъ все это во вниманіе, если мы, съ другой стороны, сооставимъ все то, что говоритъ намъ современная наука по вопросу о происхожденіи интердиктовъ,—то, какъ намъ кажется, мы можемъ по всѣмъ правиламъ научной вѣроятности сдѣлать только одинъ выводъ. Въ эпоху *legis actiones* (т. е. именно въ ту эпоху, когда появились интердикты) въ гражданскихъ процессахъ магистратъ занималъ положеніе пассивное; область суда находилась внѣ его вліянія; но на немъ лежала общая обязанность заботиться объ охранѣ внутренняго мира и гражданского порядка (*jurisdictio*). Интердикты возникли изъ административной *cognitio* магистрата, и древнѣйшіе изъ нихъ касаются *locus sacra* и *locus publica*. Сближая объ эти послѣдкі, мы естественно получаемъ выводъ, что интердикты возникли изъ административной функціи магистрата, и что этотъ послѣдній въ своихъ первыхъ мѣропріятіяхъ руководился соображеніями общественнаго порядка.

Не въ такой степени, какъ въ интердиктахъ, можно прослѣдить принципъ гражданского порядка въ другихъ преторскихъ средствахъ до-формулярной эпохи—въ *missio in possessionem* и *stipulationes praetoriae*. Тѣмъ не менѣе онъ есть и здѣсь, причемъ мы опять въ подтвержденіе можемъ сослаться на авторитетъ того же историка—*Pernice*, который въ другомъ своемъ сочиненіи³¹⁾ говоритъ объ общественной точкѣ зрѣнія претора во всей области *imperium mixtum*. Подобно тому, какъ при личной *cognitio*, такъ же точно и здѣсь преторъ „*stellt sich auf den öffentlichen Standpunkt und hilft, wo ihm ein Verhältniss Schutz zu verdienen scheint*“; *missiones in possessionem* вытекають „*aus dem Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses*“; при *stipulationes praetoriae* „*überwiegen die öffentlichen Interessen so vollständig, das es auf den Vermögenswerth der zu erzwingenden Leistung gar nicht ankommt*“ и т. д.

³¹⁾ Labeo. Bd. III. 1-te Abth. S. 178—180.

Чѣмъ дальше мы будемъ подвигаться впередъ вслѣдъ за развитіемъ преторскихъ средствъ, тѣмъ меньше, конечно, мы можемъ ожидать найти во всемъ безконечномъ разнообразіи ихъ слѣды первоначальной точки зрѣнія, принципа общественнаго мира и порядка. Ставъ разъ на эту точку зрѣнія, преторъ постепенно, подъ вліяніемъ требованій жизни, быть можетъ, даже незамѣтно для самого себя, переходя отъ случая къ случаю, расширялъ амплитуду этого принципа, захватывая своими нормами все большее и большее количество интересовъ и отношеній. Но само собою разумѣется, что при такомъ расширеніи сферы преторскаго вмѣшательства самый принципъ этого вмѣшательства терялъ постепенно свою первоначальную яркость и опредѣленность, сливаясь, наконецъ, съ общимъ туманнымъ началомъ *aequitas*.

Процессъ этого постепеннаго расширенія преторскаго вліянія въ области гражданскихъ отношеній, процессъ постепеннаго роста преторскаго права мы теперь, конечно, едва-ли будемъ въ состояніи когда либо возстановить во всѣхъ деталяхъ. Наши источники въ этомъ отношеніи даютъ мало, да и, кромѣ того, нужно принять во вниманіе, что здѣсь дѣло идетъ по большей части о процессахъ, незамѣтныхъ для глаза, скрытыхъ, такихъ, самое совершеніе которыхъ обнаруживается лишь на довольно значительномъ разстояніи отъ момента начала.

Тѣмъ не менѣе процессы эти кое-гдѣ могутъ быть вскрыты, и при этомъ мы наблюдаемъ нѣкоторые, чрезвычайно интересные именно для нашего вопроса явленія.

Для того, чтобы обнаружить вліяніе принципа общественнаго порядка на возникновеніе даже болѣе позднихъ продуктовъ преторскаго творчества, мы не станемъ ссылаться на различныя общія изреченія римскихъ юристовъ, въ родѣ „*jus praetorium est, quod praetores introduxerunt... propter utilitatem publicam*“³²⁾; такія выраженія могутъ говорить многое, но могутъ и ничего не говорить. Не станемъ, далѣе, останавливаться на такихъ преторскихъ созданіяхъ, которыя уже нѣтъ никакого сомнѣнія и очевидно для всѣхъ выросли изъ требованій общественнаго мира и порядка, какъ *actio vi bonorum raptorum*, *actio quod metus causa*, *actio doli*, неки противъ *nautae*, *caupones* и *stabularii*, *actio de effusis et dejectis* и т. д. Всѣ подобныя институты заслуживаютъ здѣсь только упомянанія.

³²⁾ fr. 7. 1. D. de iust. 1. 1. Papinianus l. 2 d. finitionum.

Мы хотѣли бы обратить здѣсь вниманіе на явленія другого рода, гдѣ конечный продуктъ развитія по своему окончательному характеру, повидимому, менѣе всего можетъ свидѣтельствовать въ пользу нашей гипотезы, и гдѣ она тѣмъ не менѣе получаетъ себѣ наиболѣе разительное подтвержденіе.

Въ классическомъ римскомъ правѣ мы имѣемъ цѣлый рядъ вполне выработанныхъ и вполне призванныхъ *договорныхъ отношеній* (*depositum, commodatum* и т. д.), которыя, повидимому, не имѣютъ ничего общаго съ интересами общественнаго мира, охраняя и воплощая въ себѣ исключительно частные интересы тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ лицъ. Кажется, какое дѣло всѣмъ постороннимъ лицамъ, что одно лицо отдало другому вещь на сохраненіе, въ безвозмездное пользованіе и т. д.; какой вредъ для гражданскаго мира можетъ причинить неисполненіе подобнаго обязательства? Однако, историческое изслѣдованіе процесса возникновенія этихъ обязательствъ показало, что вопросъ этотъ не стоитъ такъ просто, какъ это кажется на первый взглядъ.

Уже *Ihering*³³⁾, натолкнувшись на вопросъ объ историческомъ развитіи указанныхъ и нѣкоторыхъ другихъ обязательствъ, пришелъ къ тому заключенію, что, прежде нежели они приняли свой окончательный видъ, они разсматривались правомъ съ *деликтной* точки зрѣнія: неисполненіе обязательства считалось деликтомъ и давало поводъ къ иску съ штрафнымъ характеромъ, къ *actio poenalis*. „Bei ihnen allen, говоритъ Иерингъ, hat sich die Idee der obligatorischen Kraft des Verhältnisses erst durch den Gesichtspunkt des Delicts hindurch arbeiten müssen“³⁴⁾.

Дальнѣйшія изслѣдованія въ области отдѣльныхъ правоотношеній внесли въ эту мысль Иеринга одну весьма существенную подробность. Оказалось именно, что вездѣ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ признаніе правоотношенія начиналось съ деликтной точки зрѣнія, оно начиналось въ тоже время съ *преторскаго иска*; признаніе же контракта, какъ таковаго, является вездѣ болѣе позднимъ продуктомъ *цивильнаго общаго права*.

Наиболѣе способствовала выясненію этого процесса исторія *depositum* и *commodatum*. Дошедшее до насъ извѣстіе Гая³⁵⁾, что при

³³⁾ Das Schuldmoment in röm. Privatrecht. (1867) S. 28 и сл.

³⁴⁾ I. cit. S. 36.

³⁵⁾ Gai. IV. 47.

этихъ контрактахъ возможенъ былъ еще въ классическую эпоху искъ въ двоякомъ видѣ, какъ *actio in factum* и какъ *actio in jus concepta*, возбудило уже давно вниманіе изслѣдователей и привело большинство изъ нихъ къ тому убѣжденію, что въ этой двойственности формулъ мы имѣемъ остатокъ исторической двойственности исковъ. *Actio depositi* и *commodati in factum* древнѣе, чѣмъ *actio in jus*; первый искъ былъ созданъ преторомъ тогда, когда *depositum* и *commodatum* еще не сдѣлались исковыми правоотношеніями гражданского права (контрактами), причемъ преторъ разсматривалъ эти правоотношенія не съ точки зрѣнія договора, а съ точки зрѣнія простаго причиненія вреда однимъ изъ контрагентовъ другому (деликтный характеръ). Впослѣдствіи путемъ обычнаго права выработался гражданскій искъ, но *actio in factum* продолжала существовать рядомъ³⁶⁾.

Историческій процессъ развитія, замѣченный при *commodatum* и *depositum*, сталъ затѣмъ подмѣчаться и въ области различныхъ другихъ правоотношеній, для которыхъ въ классическую эпоху мы имѣемъ гражданскія *actiones bonae fidei*, напримѣръ—въ исторіи *negotiorum gestio*³⁷⁾; это подало поводъ *Wlassak*у высказать предположеніе, что этотъ процессъ является общимъ для всѣхъ *actiones bonae fidei* съ тѣмъ только различіемъ по сравненію съ *depositum* и *commodatum*, что тамъ первоначальныя *actiones in factum* исчезли впослѣдствіи окончательно³⁸⁾.

Нѣкоторыя позднѣйшія изслѣдованія, повидимому, подтверждають это обобщеніе *Wlassak*'а. Такъ, напр., *Esmelin*, разбирая вопросъ о первоначальной природѣ *actio rei uxoriae*³⁹⁾, въ концѣ концовъ по соображеніямъ весьма основательнымъ⁴⁰⁾ приходитъ также къ тому заключенію, что искъ этотъ на первыхъ порахъ былъ искомъ преторскимъ и искомъ пональнымъ⁴¹⁾. Однако, наибольшее значеніе имѣеть

³⁶⁾ См. объ этомъ „Право и фактъ“, ч. I, стр. 95 и сл.

³⁷⁾ *Wlassak*. Zur Geschichte der Negotiorum Gestio. (1879).

³⁸⁾ *Römische Processgesetze* (1891). Bd. II. S. 302, прим. 10. „Gegen das Ende des Freistaats haben die meisten Geschäftsklagen des Ius gentium eine Intentio mit dem Zusatz ex fide bona, welchen aber Cicero anscheinend als etwas ziemlich Neues behandelt. Ursprünglich waren vermuthlich alle Iudicia dieser Art praetorisch und in factum concipirt“.

³⁹⁾ La nature originelle de l'action rei uxoriae въ Nouvelle revue historique de droit français et étranger. Année 17 (1893). p. 145—171.

⁴⁰⁾ Ср. *Dernburg*. Pandekten. Bd. III. §. 14, прим. 10. *Girard*. Mannel. p. 931.

⁴¹⁾ I. cit. p. 161.

въ этомъ отношеніи процессъ развитія т. н. *contractus innominati*, процессъ, совершившійся позже всего и потому оставившій большее количество слѣдovъ въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ⁴²⁾.

Разбираясь въ этихъ слѣдахъ, мы явственно видимъ въ классическую эпоху два юридическихъ течения: старое воззрѣніе не признаетъ еще въ случаяхъ т. н. безымянныхъ контрактовъ договора; оно разсматриваетъ ихъ подъ угломъ зрѣнія причиненія вреда однимъ лицомъ другому и потому считаетъ здѣсь возможнымъ только *преторскій искъ объ убыткахъ, actio in factum*, а при извѣстныхъ условіяхъ даже *actio doli* (деликтный характеръ). Однако, рядомъ пробивается уже новое воззрѣніе, которое признаетъ здѣсь уже договоръ, *συνάλλαγμα*, дающій основаніе требовать не только возмѣщенія убытковъ (отрицательнаго договорнаго интереса), но и исполненія обязательства (положительный договорный интересъ); для осуществленія этого послѣдняго рекомендуется юристами цивильный искъ *bonae fidei actio civilis incerti*. Ко времени Юстиніана борьба этихъ воззрѣній закончилась въ смыслѣ побѣды втораго изъ нихъ, что и выразилось многочисленными интерполяціями въ титулѣ *de praescriptis verbis* („*actio in factum civilis*“).

Такимъ образомъ, въ области *contractus innominati* мы наблюдаемъ, какъ совершающійся на нашихъ глазахъ, тотъ же самый процессъ развитія, который мы относительно другихъ упомянутыхъ правоотношеній лишь возстаиваемъ по нѣкоторымъ дошедшимъ до насъ косвеннымъ указаніямъ.

Мы не рискуемъ утверждать вмѣстѣ съ *Wlassak*’омъ, что подобный процессъ имѣлъ мѣсто *абсолютно при всѣхъ* *actiones bonae fidei*; возможно было и непосредственное развитіе того или другаго правоотношенія путемъ обычнаго права, безъ предшествовавшаго участія въ этомъ развитіи претора съ его юрисдикціей⁴³⁾. Но, какъ кажется, мы можемъ теперь съ полнымъ основаніемъ утверждать другое: *во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преторъ раньше развивающагося обычнаго права выступалъ на защиту того или иного отношенія, онъ разсматривалъ это отношеніе съ точки зрѣнія вреда и деликта*. Эту точку зрѣнія мы явственно видимъ даже въ то сравнительно позднее время,

⁴²⁾ См. объ этомъ „Право и фактъ“, ч. I. § 5.

⁴³⁾ Ср. напр. относительно *actio fiduciaе, actio pro socio* и т. д.—*Pernice, Labeo. I. S. 424, 445* и сл. Эти спорные вопросы мы, конечно, здѣсь можемъ только оставить въ сторонѣ.

когда развивались послѣдніе изъ контрактовъ—*contractus innominati*, когда, слѣдовательно, для претора было уже много прецедентовъ, чтобы отрѣшиться отъ этой точки зрѣнія и стать на точку зрѣнія договоровъ.

Чѣмъ же объясняется эта деликтная точка зрѣнія? По нашему мнѣнію, она является естественнымъ отраженіемъ того принципа общественнаго мира и порядка, который, какъ мы видѣли, служилъ искони руководящимъ мотивомъ для преторскаго вмѣшательства. Съ точки зрѣнія этого принципа преторъ не могъ терпѣть грабежа, насилія, мошенничества: все это дѣянія, не только нарушающія интересы частныхъ лицъ, но и въ большей или меньшей степени грозящія гражданскому миру всего общества, расшатывающія спокойствіе и правильное теченіе общественной жизни. Выступивъ навстрѣчу этимъ вреднымъ явленіямъ посредствомъ интердиктовъ (напр., *de vi cotidiana* и *de vi armata*), *actio vi bonorum raptorum*, *actio metus*, *actio doli* и т. д., преторъ, переходя отъ случая къ случаю, постепенно все болѣе и болѣе развивалъ въ этомъ направленіи свою энергію. Исторія постепеннаго расширенія понятія *dolus* и *mala fides* является въ этомъ отношеніи чрезвычайно поучительной.

По извѣстному опредѣленію Лабеопа ⁴⁴⁾, *dolus malus* est „*omnis calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita*“. Въ этомъ опредѣленіи какъ будто имѣется еще въ виду сознательное желаніе обмануть кого-либо (умыселъ). Но границы этой сознательности чрезвычайно тонки и трудно уловимы. Если же мы примемъ во вниманіе отсутствіе для того или другаго случая иныхъ средствъ защиты, то мы легко можемъ понять, что преторъ, подъ вліяніемъ взывавшихъ къ нему потребностей, все болѣе и болѣе раздвигалъ эти границы, давая *actio doli* и тамъ, гдѣ о *собственномъ* умыслѣ отвѣтника и рѣчи не могло быть. Примѣры такого примѣненія *actio doli* многочисленны ⁴⁵⁾. Понятіе о *dolus* въ субъективномъ смыслѣ

⁴⁴⁾ fr. 1. 2. D. de dolo 4. 3.

⁴⁵⁾ Ср. напр. fr. 34. D. de dolo 4. 3. (см. къ этому *Derenburg. Pandecten* Bd II. § 136, прим. 5). fr. 5 3. D. de pr. v. 19. 5. Quod si faciam ut des et posteaquam feci cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur — fr. 5. 2. eod. in f. Sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans, in factum [civilis].

такимъ образомъ постепенно переходило въ понятіе объ объективномъ гражданскомъ неурядкѣ.

Но разъ преторъ перешелъ на эту вторую точку зрѣнія, онъ естественно могъ примѣнить ее и къ договорамъ. Неисполненіе состоявшагося соглашенія причинило одному изъ контрагентовъ убытки; неисполненіе договора есть неисполненіе данного слова, есть поведеніе, противное bona fides, и причиненіе такимъ путемъ другому лицу убытковъ есть гражданскій неурядокъ. Правда, не въ такой степени, какъ въ случаяхъ прямого мошенничества, но все же неблаговидность, неурядокъ; если инфамирующая actio doli представляется здѣсь репрессіей слишкомъ сильной,—то можно достигнуть возмѣщенія убытковъ безъ infamia, посредствомъ болѣе общаго иска—*actio in factum*. Поэтому-то мы и видимъ этотъ искъ въ упомянутыхъ выше случаяхъ въ качествѣ старѣйшаго способа защиты. Но, давая этотъ искъ, преторъ имѣлъ въ виду не охранить обязательство, какъ такое, какъ нѣкоторое „*juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae*“, а лишь устранить происшедшій въ результатѣ отъ соглашенія извѣстный гражданскій неурядокъ. Соглашеніе имѣло для претора значеніе простой причины убытковъ, возникнувшихъ для кого-нибудь, значеніе такого же factum, какъ, напр., выбрасываніе чужой вещи безъ извинительныхъ причинъ въ море ⁴⁶⁾, выпусканіе чужаго раба ⁴⁷⁾ или чужаго животнаго ⁴⁸⁾ на свободу и т. д.

Но, конечно, подобное средство защиты было достаточно лишь на первыхъ порахъ: лучше было получить хоть свои убытки или свою вещь назадъ, чѣмъ вовсе не получить ничего. Съ теченіемъ времени, однако, развивающійся оборотъ перестаетъ этимъ удовлетворяться: все болѣе и болѣе крѣпнеть сознаніе, что въ случаѣ договора мало возратить полученное или возмѣнить другой сторонѣ понесенные ею убытки: надо исполнить обѣщанное или уплатить интересъ этого исполненія. Подъ вліяніемъ этого воззрѣнія создаются непосредственно въ обычномъ правѣ цивильныя actiones bonae fidei, которыя постепенно или вовсе вытѣсняють прежнія actiones in factum, или оттѣсняють ихъ на второй планъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ даже, быть можетъ, видоизмѣняя ихъ матеріальныя правила ⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Actio in factum въ fr. 14 pr. D. de pr. v. 19. 5.

⁴⁷⁾ Actio in factum въ fr. 55. D. de acq. r. d. 41. 1.

⁴⁸⁾ Actio in factum въ fr. 7. 7. D. de dolo. 4. 3.

⁴⁹⁾ Напр. относительно „*quanti ea res est*“ въ condemnatio: вмѣсто отрица-

Такимъ образомъ указанная точка зрѣнія претора на договоры подтверждаетъ, думается намъ, нашу общую мысль о томъ, что вообще преторское вмѣшательство въ область гражданскихъ отношеній опредѣлялось интересами охраны гражданского мира и порядка. Эти интересы дали преторской власти первый толчекъ къ активнымъ, самостоятельнымъ распоряженіямъ (декретамъ, интердиктамъ); эти же интересы сказываются и въ позднѣйшемъ преторскомъ правѣ немалочисленными слѣдами.

Но эту мысль нашу не пужно понимать въ томъ смыслѣ, будто мы все преторское право, всю его сложную систему *въ томъ видѣ, какъ она существуетъ въ классическую эпоху*, считаемъ проникнутою „полицейской“ точкой зрѣнія. Мы стремились только опредѣлить *первыя, начальныя* мотивы преторскаго вліянія, *первыя опорныя пункты* преторскаго права. И въ этомъ отношеніи мотивъ гражданского порядка, какъ намъ кажется, вышензложеннымъ достаточно доказанъ. Считаемъ пужнымъ добавить, что даже къ этимъ начальнымъ моментамъ преторскаго вмѣшательства терминъ „полицейскій“ не будетъ приложимъ вполне: та *jurisdictio*, изъ которой вытекало это вмѣшательство магистрата, *jurisdictio* въ описанномъ выше смыслѣ заботы о внутреннемъ мирѣ и порядкѣ въ обществѣ есть, конечно, нѣчто болѣе широкое и болѣе высокое, чѣмъ „полиція“ въ нашемъ смыслѣ слова. Но къ этому вопросу мы вернемся ниже.

Зародившись (во времена еще до-преторскія) въ примѣненіи къ случаямъ очевиднаго, наиболѣе яркаго, нарушенія общественнаго мира и порядка, вмѣшательство магистрата постепенно шагъ за шагомъ расширяло сферу своего вліянія, слѣдуя за измѣнявшимся потребностями жизни и въ то же время, съ другой стороны, постепенно приучая народъ къ своему вліянію. Руководясь принципомъ охраны общественнаго порядка, преторъ мало по малу проникалъ во все области гражданскихъ отношеній, дополняя и исправляя цивильную систему. Ростъ преторскаго права заключался не въ томъ, что преторъ откуда-либо получалъ или самъ захватывалъ какія-нибудь не бывшія у него раньше полномочія, а въ естественномъ и постепенномъ расширеніи понятія гражданского непорядка, устранять который преторъ призванъ въ силу самой своей должности. Въ этомъ

расширеніи указаннаго понятія и заключается специфическое явленіе римскаго праворазвитія.

Но, какъ было сказано выше, принципъ гражданскаго порядка, постепенно расширив сферу своего примѣненія, не могъ вмѣстѣ съ тѣмъ не утрачивать значительную долю своей яркости и очевидности. Въ оцѣнѣхъ каждаго представлявшагося ему факта, какъ гражданскаго непорядка, преторъ не могъ не принимать во вниманіе самыхъ разнообразныхъ не только фактическихъ, но и юридическихъ соображеній. Затѣмъ, институтъ, возникнувшій исключительно въ интересахъ охраны общественнаго порядка и первоначально воплѣ ими проникнутый, съ теченіемъ времени подвергался вліянію различныхъ, уже исключительно частныхъ интересовъ, и, такимъ образомъ, въ позднѣйшее время является предъ нами уже безъ своей первоначальной, специфической окраски. Однимъ словомъ, нужно вообще относительно преторскаго права имѣть въ виду то, что было сказано *Pernice* относительно интердиктовъ: преторское право классической эпохи во многихъ отношеніяхъ уже не то, чѣмъ оно было въ началѣ своего появленія.

§ 11.

Принципъ общественнаго порядка въ эдильскомъ правѣ.

Эдильская полиція и эдильская юрисдикція.—Вопросъ о развитіи эдильскихъ средствъ.—Мысль Геринга и Власака о принципиальной противоположности между претурой и эдилитетомъ. Полная ошибочность этой мысли.

Высказанная въ предыдущемъ параграфѣ гипотеза о развитіи преторскаго права изъ принципа охраны общественнаго порядка находитъ себѣ новое подтвержденіе въ совершенно аналогичныхъ явленіяхъ права курульныхъ эдиловъ. Исторія этого послѣдняго представляетъ полное повтореніе исторіи преторскихъ средствъ—съ тѣмъ лишь различіемъ, что дѣйствіе развивается здѣсь въ одной, болѣе ограниченной области и потому легче можетъ быть констатировано.

И, дѣйствительно, въ этомъ отношеніи мы находимъ уже гораздо большее согласіе среди современныхъ ученыхъ. Что эдильскія нововведенія въ области сдѣлокъ купли-продажи являются результатомъ принадлежавшей эдиламъ рыночной полиціи—это истина среди современныхъ ученыхъ общепризнанная. „Эдиктъ курульныхъ эдиловъ, говоритъ *Ferrice*¹⁾, представляетъ собою лишь часть обширной полицейской дѣятельности ихъ въ сферѣ рыночнаго оборота. Содержащаяся въ эдиктѣ юрисдикція является лишь продолженіемъ и развитіемъ администраціи (die darin enthaltene Gerichtsbarkeit ist nur eine Fortsetzung und Fortbildung der Verwaltung).

¹⁾ Iubeo. Bd. II. Abth. II (2-te Aufl. 1900). S. 51.

Такимъ образомъ, основное положеніе о томъ, что право курульныхъ эдиловъ находится въ генетической связи съ ихъ полицейской функцией, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія; могутъ быть спорны лишь детали этого генезиса. Какимъ именно образомъ изъ надзора за общественнымъ порядкомъ на улицахъ, площадяхъ, рынкахъ могли развиться чисто гражданскія нормы относительно договора купли продажи?

Господствующее ученіе отвѣчаетъ на этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. вмѣстѣ съ полиціей рынковъ эдиламъ была передана и известная спеціальная юрисдикція въ области сдѣлокъ, заключаемыхъ на рынкѣ ²⁾. „Продажа рабовъ и скота, говоритъ подробнѣе *Моммзенъ*, совершается обыкновенно въ опредѣленныхъ, спеціально для этой цѣли отведенныхъ общественныхъ мѣстахъ; въ Римѣ первоначально такимъ мѣстомъ было *forum boarium*. Это обстоятельство и послужило, безъ сомнѣнія, первымъ поводомъ къ тому, что и совершающія здѣсь сдѣлки были поручены особому надзору эдиловъ. Надзоръ этотъ имѣлъ не только полицейскій характеръ; всѣ заключаемыя на рынкѣ сдѣлки, даже когда онѣ подлежали дѣйствию гражданского права и разрѣшались въ обыкновенныхъ формахъ гражданского процесса (*judicium inter privatos*), находились уже въ вѣдѣніи не преторовъ, а эдиловъ; эти послѣдніе регулировали возникающіе изъ нихъ процессы, назначали судью, давали ему инструкцію и т. д.“ ³⁾. То же самое имѣло мѣсто и въ другомъ родѣ дѣлъ. На обязанности эдиловъ лежало также наблюденіе за тѣмъ, чтобы никто не держалъ въ людныхъ мѣстахъ опасныхъ животныхъ; вмѣстѣ съ тѣмъ и гражданскіе процессы по поводу *damnum injuria datum* въ такихъ случаяхъ подлежатъ не вѣдѣнію претора, а вѣдѣнію эдила ⁴⁾.

Вслѣдствіе этого мыслимы были и конфликты между преторами и эдилами по вопросу о компетенціи. „Эдикты эдиловъ, говоритъ по этому поводу *Bechmann* ⁵⁾, представляли собою сингулярныя постано-

²⁾ Ср. напр. *Keller*. *Civilprocess*. § 2, который, перечисляя магистратовъ *in jure*, говоритъ: „daneben stand den Aedilen eine mit der Markt-und Sicherheitspolizei zusammenhängende Special-Jurisdiction zu“—*Girard*. *Manuel*. p. 551.—*Ouy*. *Institutions juridiques des Romains* p. 607 и сл.—*Hanausch*. *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare* (1884). Bd. I. S. 19—80.

³⁾ *Staatsrecht*. Bd. II. S. 470—471.

⁴⁾ *ibid.* S. 473.

⁵⁾ *Der Kauf nach gemeinem Recht* (1876). S. 411—412.—Ср. также *Wlassak*. *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*. S. 168.

вленія относительно извѣстнаго круга сдѣлокъ купли-продажи. Граница примѣненія этихъ сингулярныхъ нормъ опредѣлялась съ одной стороны характеромъ объектовъ, съ другой стороны—характеромъ условий, въ которыхъ сдѣлка заключалась. Не на всякую продажу рабовъ и скота распространялось дѣйствіе эдильскаго эдикта, ибо и юрисдикція эдиловъ охватывала эти сдѣлки не безусловно: лишь постольку онѣ принадлежали къ *рыночному обороту*, онѣ подлежали полиціи и суду эдиловъ. Болѣе точныхъ признаковъ для опредѣленія эдильской компетенціи мы не знаемъ, и въ частности не знаемъ, имѣло-ли здѣсь рѣшающее значеніе мѣсто заключенія сдѣлки или же, быть можетъ, лицо продавца (профессиональные торговцы рабами). Впрочемъ, во всякомъ случаѣ, что столкновенія преторской и эдильской компетенціи встрѣчались въ Римѣ такъ же нерѣдко, какъ у насъ столкновенія между судами общими и торговыми“.

Итакъ, первое, что мы встрѣчаемъ въ исторіи *jus aedilicium*, есть *связь между полиціей и юрисдикціей*: по римскимъ воззрѣніямъ между обѣими не только не существуетъ какого-либо антагонизма, но существуетъ, напротивъ, самая тѣсная завязанность. Эдиламъ поручается полиція общественныхъ мѣстъ и рынковъ, а эта послѣдняя, по римскимъ воззрѣніямъ—естественно, тянетъ за собой юрисдикцію по всемъ дѣламъ, имѣющимъ въ этихъ мѣстахъ и рынкахъ свое *forum originis*. Такое воззрѣніе станетъ намъ вполне понятно послѣ того, что мы говорили выше о той роли, которую игралъ вообще римскій магистратъ въ древне-римскомъ цивильномъ процессѣ. Мы видѣли, что онъ въ гражданскіе споры вмѣшивается лишь, какъ стражъ общественнаго мира и порядка; въ гражданскій процессъ его вводятъ соображенія полицейскія. И, наоборотъ, охрана общественнаго мира кажется невозможной безъ права слѣдить за мирнымъ теченіемъ и разрѣшеніемъ частныхъ споровъ. Эта точка зрѣнія, затемненная въ преторской юрисдикціи долгимъ историческимъ процессомъ со всеми его осложненіями, совершенно ясна въ компетенціи курульных эдиловъ.

Но затѣмъ самъ собою возникаетъ дальнѣйшій вопросъ: можетъ быть, эдильскія реформы въ области купли-продажи выросли затѣмъ уже изъ этого регулированія цивильныхъ процессовъ и при случаѣ этого регулированія? Такой вѣдь именно ходъ развитія предполагаетъ господствующее ученіе по отношенію къ реформамъ преторскаго права.

Все предыдущее изслѣдованіе должно было показать, что это ошибочно, что преторское право зародилось внѣ всякой связи съ цивильными исками и цивильнымъ процессомъ; полное подтвержденіе этой мысли мы находимъ и въ исторіи развитія эдильскихъ средствъ.

Курульные эдилы, какъ извѣстно, были учреждены одновременно съ претурой, т. е. еще въ эпоху полного господства процесса *per legis actiones*. А мы уже говорили выше, что участіе въ этого рода цивильныхъ процессахъ не давало магистрату никакой возможности оказать такое или иное влияніе на исходъ иска. Между тѣмъ, мы имѣемъ указанія на нѣкоторую дѣятельность эдиловъ въ области рыночнаго оборота еще до закона Эбуция: *edictiones aediliciae* упоминаются еще у Плавта ⁶⁾. Конечно, въ это время эти *edictiones* не могли имѣть еще того содержанія, которое имѣлъ эдиктъ курульныхъ эдиловъ впоследствии; объ *actio redhibitoria* и *quantum minoris*, конечно, не можетъ быть рѣчи. Дѣятельность эдиловъ должна была выражаться въ какихъ-то другихъ формахъ; но въ какихъ именно?

Какъ извѣстно, первоначальнымъ зерномъ эдильскаго эдикта послужило распоряженіе эдиловъ о томъ, чтобы продавцы рабовъ и скота объявляли при продажѣ о всѣхъ недостаткахъ продаваемого объекта (*vitia pronuntiare*) ⁷⁾. Что же грозило продавцамъ на случай неисполненія этого распоряженія? По классическому праву—искъ покупщика; „однако, говоритъ *Bechmann* ⁸⁾, мы имѣемъ слѣды болѣе ранняго порядка вещей: эдилы припуждали продавца дать покупщику *stipulatio* гарантіи (*Garantiestipulation*)⁴⁾. *Эта stipulatio, впрочемъ, продолжаетъ далѣе Bechmann, не могла быть, подобно stipulationes praetoriae, вынуждена прямыми тѣрами власти: для этого эдилымъ не доставало imperium*; въ случаѣ отказа дать *stipulatio*, противъ продавца давался искъ о возвращеніи покупной цѣны подъ условіемъ *redhibitio* со стороны покупщика ⁹⁾. Такимъ образомъ, дѣло въ концѣ

⁶⁾ *Captivi*. IV. 823. *Miles*. II. 727. *Rudens*. II. 379 — См. *Bechmann*. I. cit. S. 396. Свидѣтельство Плавта, впрочемъ, нѣкоторые считаютъ недостовернымъ, предполагая, что Плавтъ имѣлъ здѣсь въ виду греческихъ ἀγοράγοι: ср. *Mommsen*. *Staatsrecht*. II. S. 470, прим. 2, *Girard*. *Manuel* p. 552, прим. 2. Противъ этого см. *Bechmann*. I. cit., *Dernburg*. *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätor. Edikts* въ *Festgaben für Heffler*. S. 136, *Wlassak*. *Neg. Gestio*. S. 174, прим. 35, *Voigt*. *Röm. Rechtsgeschichte*. Bd. I. S. 220, прим. 10, *Cuy*. *Institutions juridiques*. p. 612—613.

⁷⁾ Ср. *Bechmann*. I. cit. S. 399.

⁸⁾ I. cit. S. 401

⁹⁾ I. cit. S. 403.

концовъ опять-таки сводится къ иску, котораго до *lex Aebutia* предположить нельзя, а вслѣдствіе этого и *stipulatio* гарантіи съ точки зрѣнія *Bethmann*'а не можетъ считаться до-формулярнымъ предшественникомъ *actio redhibitoria*.

Но такъ-ли это на самомъ дѣлѣ? Дѣйствительно-ли у эдиловъ не было власти, чтобы заставить то или другое частное лицо повиноваться своимъ распоряженіямъ? Уже а priori это представляется невѣроятнымъ: тогда вся полицейская дѣятельность эдиловъ была бы не мыслимой. И дѣйствительно, въ источникахъ мы встрѣчаемъ не мало примѣровъ, вполне убѣждающихъ, что эдилы имѣли *jus coercitionis* со всѣми его атрибутами, т. е. *multae dictio* и *pignoris capio*¹⁰⁾. *Coercitio*, говоритъ Моммзенъ, всегда связана съ административной юстиціей: всякій магистратъ, который способенъ устанавливать такое или иное отношеніе частнаго лица къ обществу—*несомнѣнно эдилы*, цензоры и августовскіе *ciratores aquarum*—можетъ прибѣгать къ *multae* и *pignoris capio*¹¹⁾.

Конечно, эдилы не имѣли *imperium* въ томъ смыслѣ и въ томъ объемѣ, въ какомъ эта власть принадлежала консуламъ и преторамъ, но въ извѣстныхъ ограниченныхъ предѣлахъ (городскаго и рыночнаго благоустройства) они, безъ сомнѣнія, обладали властью распоряжаться и всѣми средствами, нужными для того, чтобы приводить свои распоряженія въ исполненіе. Въ этомъ смыслѣ ихъ власть даже можетъ быть названа *ограниченнымъ imperium*. Источникамъ, по крайней мѣрѣ, такое представленіе объ *imperium* въ ограниченномъ смыслѣ не чуждо; это доказываетъ, напр., fr. 5. l. D. de off. eius cui mandata est iurisdictio. l. 21: „Mandata iurisdictioe privato etiam *imperium*, quod non est merum, videtur mandari, quia iurisdictio sine modica *coercitione* nulla est.“ Здѣсь юристы (Павель) употребляютъ выраженія *imperium* и *coercitio*, какъ нѣчто равнозначущее.

Если же такъ, если эдилы имѣли *jus coercitionis*, тогда развитіе эдилскаго права представляется въ совершенно такомъ же видѣ, какъ и развитіе права преторскаго. На первыхъ порахъ эдилы приводили свои приказанія въ исполненіе средствами *coercitio*¹²⁾, и, въ-

¹⁰⁾ Ср. *Mommsen*. Staatsrecht Bd II. S. 470, 476 сл., 482.—*Herzog*. Röm Staatsverfassung Bd. I. S. 807 и сл.—*Willems*. Droit public romain. p. 301.

¹¹⁾ l. cit. Bd. I. S. 139

¹²⁾ Подобный ходъ развитія предполагаетъ, повидимому, и *Bethmann-Hollweg* который (*Civilprocess*. Bd. II. S. 14, прим. 9) говоритъ, что раньше дѣла этого рода разрѣшались „*polizeilich* (sua potestate)“.

роятно, такимъ путемъ даже достигалось тогда уничтоженіе заключенной на рынкѣ сдѣлки: если покупательъ готовъ былъ *rem redhibere*, то эдилъ приказывалъ продавцу возвратять полученную цѣну, угрожая на случай неисполненія штрафомъ. Этимъ-то, по нашему мнѣнію, и объясняется, во-первыхъ, то обстоятельство, что даже классическіе юристы говорятъ объ *actiones aediliciae*, какъ объ *actiones poenales*¹³⁾; а, во-вторыхъ, извѣстная *condemnatio dupli* при *actio redhibitoria*¹⁴⁾, „die sonst ganz unverstündlich ist“¹⁵⁾: она является прямымъ отголоскомъ первоначальныхъ *multae*.

Иногда, вмѣсто личной *causae cognitio*, эдилъ могъ прибѣгать и къ тѣмъ „*Garantiestipulationen*“, о которыхъ говоритъ *Bechmann*; но, конечно, эти *stipulationes aediliciae* не были пустымъ звукомъ: эдилъ могъ заставить дать *stipulatio*, если не угрозой *missio in possessionem*, то угрозой тѣхъ же средствъ *coercitio*. Представляя собою способъ избавиться отъ фактическаго разслѣдованія спора, эти *stipulationes*, вѣроятно, сдѣлались мало по малу обычнымъ средствомъ эдильскаго вліянія въ послѣднія времена легисакціоннаго процесса.

Водвореніе формулярнаго производства должно было и на юрисдикцію эдиловъ оказать то же самое вліяніе, какое мы замѣчаемъ въ области преторскихъ средствъ: личная *causae cognitio* и *stipulatio* гарантіи могли быть теперь замѣнены болѣе удобнымъ средствомъ—*actio aedilicia*; и дѣйствительно, въ эдильскомъ эдиктѣ появляется общіе „*judicium dabimus*“¹⁶⁾.

Какъ видимъ, исторія *jus aedilicium* на всѣхъ пунктахъ представляетъ полную параллель истеріи *jus praetorium*: одинъ и тотъ же отправной пунктъ, одна и та же эволюція средствъ, одинъ и тотъ же конечный результатъ развитія. Сопоставленіе данныхъ объ историческихъ процессахъ въ одной области съ данными о нихъ въ другой въ высокой степени облегчаетъ пониманіе обѣихъ: что не такъ ясно въ одной области, освѣщается параллельными явленіями въ другой.

Исторія развитія эдильскихъ средствъ представляется сама по себѣ, какъ мы видѣли, очень туманной: что предшествовало *actio redhibitoria* до закона Эбуція, на этотъ вопросъ мы едва-ли были бы въ

¹³⁾ Ср. fr. 23. 4. D. de aed. ed. 21. 1.

¹⁴⁾ fr. 45. D. eod. 21. 1.

¹⁵⁾ Слова *Perntee. Labeo*. Bd. II. Abth. II (2 te Aufl.). S. 52—53.

¹⁶⁾ fr. 1. 1. D. eod. 21. 1.

состоянии дать какой-нибудь удовлетворительный отвѣтъ, если бы здѣсь не приходила на помощь исторія преторскихъ средствъ. Процессъ историческаго развитія этихъ послѣднихъ намъ болѣе извѣстенъ, и, благодаря ему, мы можемъ правильно оцѣнить тѣ немногіе намеки, которые даютъ намъ источники относительно права эдиловъ.

Съ другой стороны, чрезвычайное распространеніе преторскаго права на всѣ сферы гражданскихъ правоотношеній закрыло отъ глазъ современныхъ изслѣдователей его начальный, отправной пунктъ; но здѣсь приходитъ на помощь исторія эдильскаго права и своей параллелью сообщаетъ тѣмъ даннымъ, которыя мы находимъ въ исторіи претуры, новый вѣсъ и новую убѣдительность.

Другими словами, если исторія преторскаго права помогаетъ уясненію *формальнаго* генезиса эдильскихъ средствъ, то исторія *ius aedilicium* помогаетъ съ своей стороны уясненію *матеріальнаго* генезиса преторскаго права. Если бы современные изслѣдователи не закрывали для себя возможности использовать надлежащимъ образомъ эти историческія параллели произвольными утверженіями, что преторъ не имѣетъ полицейскихъ функций, а эдилы—*imprium*,—то многіе темныя вопросы римской правовой исторіи были бы давно разрѣшены. Но подобныя научныя предубѣжденія, не смотря на свою почти очевидную призрачность, обладаютъ способностью стоять иногда долго и твердо!

Лерингъ, характеризуя въ своемъ „*Zweck im Recht*“¹⁷⁾ дѣятельность различныхъ римскихъ магистратовъ, выставляетъ претуру и эдилитетъ, какъ магистратуры, по своимъ общимъ тенденціямъ прямо противоположныя: для преторовъ, говоритъ онъ, на первомъ планѣ стоятъ индивидуумъ и его интересы, для эдиловъ, напротивъ,—общество (*Gesellschaft*) и его благо.

Къ этой характеристикѣ Леринга вполне присоединяется и *Wlassak*¹⁸⁾. „Справедливость возрѣнія Леринга относительно призванія эдиловъ охранять интересы общества, а не отдѣльныхъ индивидуумовъ, говоритъ *Wlassak*, разительнѣйшимъ образомъ доказывается первоначальнымъ характеромъ эдильскихъ исковъ. Изъ цѣлаго ряда свидѣ-

¹⁷⁾ *Zweck im Recht*. Bd. I. 2 te Auf. (1884). S. 510—511.

¹⁸⁾ *Zur Geschichte der Neg. Gestio*. S. 175—177.—Относительно претора—стр. 177: „*Prätor war kein Polizeimagistrat, vielmehr in erster Linie berufen das Einzelinteresse zu schützen*“.

тельство источниковъ опредѣленно явствуетъ, что эдилы имѣли въ виду не столько помочь отдѣльнымъ понесшимъ убытки покупщикамъ, сколько оказать давленіе на продавцовъ, находящихся всегда въ лучшемъ положеніи и опытныхъ во всякаго рода дѣлахъ; предотвратить противную общественнымъ интересамъ эксплуатацію со стороны профессиональныхъ дѣльцовъ, и этимъ способствовать общественному благу (Gemeinwohl). Въ fr. 1. 2. D. h. t. (21. 1) Ульпіанъ опредѣленно заявляетъ, что цѣлью эдильскаго эдикта было „ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint“. Вкратцѣ точка зрѣнія эдиловъ можетъ быть изложена такъ: какъ рыночное начальство, они издають подчиненнымъ ихъ юрисдикціи рыночнымъ торговцамъ приказаніе объявлять покупщикамъ о тѣхъ или другихъ недостаткахъ въ продаваемыхъ mancipia и iumenta. Виновный въ неисполненіи этого приказанія подлежалъ штрафу. То обстоятельство, что осуществленіе этого штрафа было предоставлено покупщику, слѣдовательно, — частному лицу, не должно насъ смущать: на римской почвѣ — стоитъ только вспомнить actiones popularis — это было само собою понятно. Если покупщикъ вслѣдствіе неисполненія указаннаго приказанія понесъ убытокъ, то эдильскіе иски такой передачей ему штрафа возмѣщали его вредъ; но убытокъ покупщика не являлся необходимымъ предположеніемъ для этихъ исковъ: ср. fr. 44. 2. D. h. t. 21. 1. „etsi nihil emptoris interest sanum esse“. И во всякомъ случаѣ возмѣщеніе убытка покупщику было не главною цѣлью эдикта, а лишь средствомъ для достиженія цѣли“.

„Напротивъ, продолжаетъ *Wlassak*, преторъ не былъ магистратомъ полицейскимъ; его первымъ назначеніемъ была защита частныхъ интересовъ; вслѣдствіе этого въ его задачу не входило вмѣшиваться въ область частной автономіи такимъ энергичнымъ образомъ, какъ это дѣлали эдилы въ качествѣ рыночнаго начальства“. Поэтому-то и эдильскіе иски, перейдя въ позднѣйшее время въ руки преторовъ, должны были сбросить съ себя свой штрафной характеръ и сдѣлаться обыкновенными контрактными исками...

Приведенныя воззрѣнія Іеринга и Влассака представляютъ собою яркій примѣръ ошибки, доведенной до конца, до своихъ логическихъ послѣдствій. Съ одной стороны, характеристика эдиловъ и эдильскихъ средствъ, сдѣланная Іерингомъ и Влассакомъ, содержитъ въ себѣ зна-

чительное преувеличеніе. Несомнѣнно, эта характеристика вѣрна для начальныхъ моментовъ эдильской дѣятельности, но для эпохи болѣе поздней она уже сильная натяжка. *Actiones aedilicias*, возникнувъ дѣйствительно изъ штрафовъ, съ теченіемъ времени мало по малу все болѣе и болѣе превращались въ обыкновенное средство защиты *частныхъ* интересовъ, которые вовсе не такъ ужъ стояли на второмъ планѣ, какъ то рисуется Влассаку. И это превращеніе совершалось путемъ естественной эволюціи, а не влѣдствіе того, что эдильская юрисдикція перешла потомъ въ руки преторовъ.

Съ другой стороны, совершенно ошибочна характеристика *претурь*. На чемъ построено утвержденіе, что для претора было невозможно такое же энергичное вмѣшательство въ сферу частной автономіи, какое мы видимъ въ *actio redhibitoria* и т. д.? Простой бѣглый обзоръ преторскихъ институтовъ на каждомъ шагѣ доказываетъ противное: энергичность преторскаго вмѣшательства обнаруживаютъ не только всевозможныя *denegationes*, *restitutiones* и т. д., но даже и тѣ самыя *actiones populares*, на которыя ссылается Влассаку. Вездѣ мы видимъ энергію, даже гораздо болѣе, чѣмъ у эдиловъ.

Далѣе, на чемъ покоится представленіе о принципиальной противоположности между призваніемъ эдиловъ и призваніемъ преторовъ? Если первоначальной задачей эдиловъ была охрана общественнаго блага путемъ защиты публики отъ эксплуатаціи со стороны профессиональныхъ торговцовъ и если изъ этого выводится общее заключеніе о призваніи эдиловъ, — то для констатированія подобнаго же призванія преторовъ мы имѣемъ еще болѣе данныхъ. Не говори уже о такихъ средствахъ, какъ *actio vi bonorum raptorum*, *actio metus*, *doli* и т. д., полную параллель эдильскому эдикту, даже съ еще болѣе выраженной тенденціей, представляетъ, напр., эдиктъ о *navtae*, *caupones*, *stabularii*, о которомъ прямо говорится, что цѣлью его было „*ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum*“¹⁹⁾.

Затѣмъ, та характеристика *actiones aediliciae*, которую мы читаемъ у Влассака, вполне совпадаетъ съ характеристикой, которую даетъ *Pernice* древнѣйшимъ преторскимъ средствамъ, въ особенности интердиктамъ: „*um sie zu verstehen, darf man daher nicht von den Anspüchen und den „Interessen“ der Einzelnen ausgehen, sondern der*

¹⁹⁾ fr. 3. 1. D. h. t. 4. 9.

Prätor hatte dabei das Wohl der Gesammtheit im Auge, und dies Wohl ist der gemeine Friede!“

И тамъ, и здѣсь вмѣшательство власти начинается въ одномъ пунктѣ, зарождается изъ одного и того же источника, и этимъ общимъ источникомъ служитъ забота объ охранѣ общественнаго порядка. Какъ объ эдилѣ, такъ и о преторѣ въ одинаковой степени можно сказать, что первые шаги ихъ дѣятельности опредѣлялись соображеніями въ полномъ смыслѣ слова полицейскими, ибо общественный непорядокъ рѣзче всего проявляется въ нарушеніи порядка въ мѣстахъ публичныхъ и священныхъ, въ нарушеніи правильной жизни на рынкахъ. Но, затѣмъ, какъ въ юрисдикціи эдиловъ, такъ и въ юрисдикціи преторовъ мы замѣчаемъ постепенное расширеніе принципа общественнаго порядка. Охранять общественный порядокъ значить, по римскимъ воззрѣніямъ, защищать и интересы частныхъ лицъ, пострадавшихъ отъ такого или иного явленія, признаннаго общественнымъ непорядкомъ. Если нарушеніе фактическаго обладанія вещами путемъ произвола и насилія признано противнымъ общественному порядку, общественному миру, — то, конечно, охранять общественный порядокъ здѣсь можно только охраняя владѣльцевъ. Если различныя „машинаціи“ продавцовъ на рынкѣ признаны общественнымъ непорядкомъ, то и защита покупателей отъ вредныхъ послѣдствій этихъ machinationes будетъ также борьбой противъ непорядка. И т. д., и т. д. Одно съ другимъ тѣсно связано, одинъ шагъ въ этомъ направленіи влечетъ за собою другой, и при отсутствіи въ римскомъ государственномъ правѣ точныхъ юридическихъ ограниченій и предписаній предѣлы магистратскаго воздѣйствія должны были, конечно, раздвигаться все далѣе и далѣе. Юридическій маятникъ, показатель границъ принципа общественнаго порядка, въ постоянномъ упражненіи раскачиваясь все болѣе и болѣе, незамѣтно въ теченіе столѣтій сдѣлалъ эдила полнымъ хозяиномъ рыночнаго оборота, а претора — хозяиномъ всего гражданскаго права.

Но, конечно, средства, созданныя первоначально въ исключительныхъ соображеніяхъ репрессіи общественнаго непорядка и носившія поэтому вполне характеръ этой репрессіи, съ теченіемъ времени, подвергаясь вліянію интересовъ чисто частныхъ, мало по малу утрачивали свой первоначальный характеръ и приближались къ обыкновеннымъ средствамъ гражданской защиты. Средства, имѣвшія на первыхъ порахъ характеръ чистаго наказанія, постепенно превращались

въ средства гражданскаго удовлетворенія. И это явленіе можетъ быть констатировано совершенно одинаково—какъ въ исторіи эдильскаго права, такъ и въ исторіи права преторскаго: о первоначальномъ деликтномъ характерѣ многихъ преторскихъ исковъ, вытекающихъ, по-видимому, изъ договора, мы говорили въ предыдущемъ параграфѣ. Исторія эдильскихъ исковъ представляетъ то же явленіе въ правѣ курульныхъ эдиловъ.

Однимъ словомъ, вездѣ полная аналогія и ни одного пункта различія. Говоря короче, можно сказать: *для претора его рынокъ было все государство, а для эдила его рынокъ былъ его государство.*

СПбГу

Глава IV.

Юридическая природа *jus honorarium*.

§ 12.

Взгляд современной литературы.

Характеристика римскаго правовозрѣнія, сдѣланная Виндшейдомъ. Возраженія Мутера. Мысль Брунса. Ученіе Беккера и его несостоятельность.

Мы разсмотрѣли генезисъ *jus honorarium*, его формальное и матеріальное развитіе; посмотримъ теперь, что представляетъ съ юридической точки зрѣнія конечный продуктъ этого развитія, то, что извѣстно подъ именемъ *преторскаго права*. Считаемъ лишнимъ останавливаться на томъ, что все сказанное объ этомъ послѣднемъ будетъ въ полной мѣрѣ приложимо и къ *jus aedilicium*.

Но прежде всего посмотримъ, что говорить по этому вопросу современная литература.

Уже давно вниманіе изслѣдователей римскаго права было возбуждено тѣмъ обстоятельствомъ, что римскіе юристы вездѣ выдвигаютъ на первый планъ *actiones*: тамъ, гдѣ мы говоримъ о *правахъ*, они говорятъ объ *искахъ*; тамъ, гдѣ мы сказали-бы: „я имѣю *право* требовать того-то и того-то“, они говорятъ „*actio competit*“ „*actio datur*“ и т. д. Чѣмъ объясняется такая—для нашихъ понятій—странная точка зрѣнія?

Опираясь на этот фактъ, *Windscheid* ¹⁾ пришелъ къ тому заключенію, что, очевидно, между нашимъ современнымъ и римскимъ правовоззрѣніемъ существуетъ принципиальная противоположность. „Для современнаго правосознанія, говоритъ онъ, право есть нѣчто первоначальное, а искъ—нѣчто послѣдующее; право есть нѣчто производящее, а искъ—нѣчто производное; правопорядокъ—есть система правъ“ ²⁾. Совершенно иначе съ римской точки зрѣнія: здѣсь на первомъ мѣстѣ стоитъ искъ, *actio*, право же является чѣмъ-то вторымъ и производнымъ. „Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche... Sie giebt dadurch Rechte, dass sie gerichtliche Verfolgung bewilligt. Die Actio ist nichts Abgeleitetes, sie ist Etwas Ursprüngliches und Selbstständiges“; для римлянъ не *actio* является послѣдствіемъ права, а, напротивъ, право есть послѣдствіе и продуктъ *actio*.

И эта характеристика, по мнѣнію *Windscheid'a*, приложима одинаково какъ къ праву гражданскому, такъ и къ праву преторскому. И гражданскіе иски не являются простымъ послѣдствіемъ, простою функціей права. Преторъ и по отношенію къ нимъ занимаетъ совершенно свободное, самостоятельное положеніе, онъ можетъ ихъ дать или не дать, признать или не признать. „Erkannte er ihn also durch Verleihung einer Actio an, so hatte man die Actio zwar auf Grund des geltend gemachten Rechts, aber, wenn man genau sprechen wollte, nicht durch das Recht, man hatte sie durch die Thätigkeit des Prätors, der sie auch hätte verweigern Können“ ³⁾.

Ученіе *Windscheid'a* встрѣтило себѣ тотчасъ же горячаго противника въ лицѣ *Muther'a*. Въ своей критикѣ перваго сочиненія *Windscheid'a* ⁴⁾ *Muther* совершенно отрицаетъ какую-либо противоположность между правосознаніемъ нашимъ и римскимъ. Достаточно, говоритъ онъ, окинуть взоромъ *actiones*, т. е. нековыя формулы, и мы убѣдимся, что вездѣ въ нихъ именно право истца является основаніемъ и предположеніемъ *condemnatio*. Это сразу видно въ формулахъ гражданскихъ нековъ: „*si paret illam rem A'i esse*“..., „*si ra-*

¹⁾ Die Actio des röm. Civilrechts (1856).—Die Actio. Abwehr gegen Muther (1857).—Pandekten. Bd. I. § 44.

²⁾ Die Actio. S. 3.

³⁾ Actio. Abwehr. S. 20.

⁴⁾ Zur Lehre von der röm. Actio. Kritik des Windscheidschen Buchs (1857). S. 20 и сл.

ret N^m N^m A^o A^o X dare oportere“ и т. д. Но и по отношению къ преторскимъ искамъ характеристика Windscheid'a не можетъ быть признана правильной. Если преторъ обѣщаетъ дать искъ при извѣстныхъ условіяхъ, то во всякомъ случаѣ однимъ изъ этихъ условій является то, чтобы отвѣтчикъ не удовлетворилъ истца еще до процесса. Очевидно, такимъ образомъ, что право и обязанность существовали еще до иска, до actio. „Der Prätor giebt somit einen Anspruch nicht durch die Actio, sondern der Anspruch ist vor der Actio da, was auch daraus hervorgeht, dass wenn der in Anspruch Genommene freiwillig und ohne mit einer Actio belangt zu sein zahlt, er sicher nicht mit einer condictio indebiti zurückfordern kann“. Своимъ эдиктомъ преторъ творить права, и эти права совершенно такія же, какъ и тѣ, которыя основаны на jus civile. Возрѣніе Windscheid'a не вѣрно даже и для того случая, когда преторъ даетъ искъ, еще не установленный въ эдиктѣ: и здѣсь тоже искъ является послѣдствіемъ и выраженіемъ права, ибо надъ положительнымъ—писаннымъ и неписаннымъ—правомъ стоитъ другое право—„ein höheres, einheitliches, wahres Recht“, и это высшее право есть „die Idee der Gerechtigkeit“⁵⁾.

Совершенно мимоходомъ—въ своей статьѣ „Zur Geschichte der Cession“⁶⁾—коснулся изложеннаго спора и *Bruno* и высказалъ при этомъ мысль, что при рѣшеніи поднятаго вопроса надо различать jus civile и jus honorarium. Характеристика Виндшейда—право существуетъ потому, что существуетъ искъ, а не наоборотъ—можетъ быть признана вѣрною для права преторскаго, но она совершенно невѣрна для права гражданского. Такъ какъ преторъ не имѣлъ законодательной власти, то онъ могъ создавать права лишь непрямымъ путемъ—давая actiones; вслѣдствіе этого преторское право представляется дѣйствительно системой исковъ, а не системой правъ. Напротивъ, jus civile есть вполне система правъ, а не система исковъ. Законы XII таблицъ и позднѣйшія *Leges* говорятъ прямо dare debeto, dare damnas esto, ita jus esto, jus potestas esto, familiam habeto и т. д. и т. д. Меню, что они создаютъ права непосредственно, actio же является лишь послѣдствіемъ права, его производной функціей.

⁵⁾ I. cit. S. 31—32.

⁶⁾ Въ „Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae“ (1868). S. 50—51. (Перепечатано въ Kleinere Schriften).

Bekker во введеніи къ своимъ „*Aktionen*“, введеніи, посвященномъ Брунсу, обращаясь къ этому послѣднему по поводу его воззрѣнія на различіе между правомъ цивильнымъ и преторскимъ, упрекаетъ его въ томъ, что и онъ остановился на чисто виѣшнемъ различіи ⁷⁾. Между тѣмъ, по мнѣнію *Bekker*'а, дѣйствительно существуетъ разница между правосознаніемъ нашимъ и римскимъ, и притомъ разница внутренняя. Дѣло въ томъ, что тамъ, гдѣ мы видимъ право, римское воззрѣніе усматриваетъ *дуализмъ actio и Anspruch, actio и res de qua agitur или quod venit in iudicium* ⁸⁾.

Субъективное право есть то, что признается и защищается правомъ объективнымъ. Однако, признавать и защищать—не одно и то же: можно что-либо признавать, хотя бы оно и не имѣло защиты. Признаніе зависитъ отъ народнаго правоубѣжденія (*Volksüberzeugung*), защита же находится въ рукахъ государства и его органовъ,—въ Римѣ въ рукахъ претора. Отъ воли этого послѣдняго зависитъ дать или не дать *iudicium*, и лишь послѣ того, какъ *iudicium* дано, въ лицѣ *iudex*'а можетъ осуществиться народное правоубѣжденіе. Вслѣдствіе этого *actio* есть то, что имѣетъ силу передъ преторомъ, есть право на полученіе *iudicium*; напротивъ, *Anspruch* есть то, что будетъ признано *in iudicio*, т. е. право на то или другое исполненіе со стороны отвѣтчика ⁹⁾.

При такомъ раздвоеніи вопросовъ, продолжаетъ *Bekker*, сама собою возникаетъ возможность несовпаденія между *actio* и *Anspruch*: могутъ существовать *Ansprüche*, не имѣющіе иска. Въ этомъ-то раздвоеніи и заключается коренное различіе между порядкомъ римскимъ и нашимъ: у насъ эти вопросы не раздѣляются, у насъ нѣтъ претора, который держалъ-бы иски у себя на запорѣ; у насъ все подлежитъ разсмотрѣнію судьи, который тому, что онъ признаетъ, даетъ, конечно, и защиту.

И въ этомъ отношеніи не существуетъ никакой разницы между правомъ цивильнымъ и преторскимъ. Съ одной стороны, преторъ и по отношенію къ цивильнымъ искамъ является полнымъ хозяиномъ, можетъ ихъ дать и не дать; съ другой стороны, преторское право является въ такой же степени, какъ и *jus civile*, продуктомъ народ-

⁷⁾ *Aktionen*. Bd. I. S. 10.

⁸⁾ I. cit. S. 5, 7, Bd. II. S. 244.—Ср. также его же статью въ *Krit. Vierteljahrsschrift*. Bd. V. S. 407.

⁹⁾ I. cit. Bd. I. S. 5, 15, *Krit. Vierteljahrsschr.* S. 403.

паго правоубѣжденія, ибо преторъ есть лишь послушный органъ этого послѣдняго ¹⁰⁾.

Однако, и изложенное ученіе Bekker'a не разъяснило надлежащимъ образомъ поднятаго вопроса о томъ, есть-ли какая-нибудь разница между нашимъ и римскимъ представленіемъ о правѣ; даже болѣе—ученіе Bekker'a заводитъ насъ въ цѣлый лабиринтъ недоумѣній.

1) Если преторъ дѣйствительно есть только вѣрный органъ народнаго правоубѣжденія, то возможность несовпаденія *actio* и *Anspruch* остается непонятной. При такой роли претора не только признаніе *Anspruch*, но и признаніе *actio* должно было въ концѣ концовъ зависѣть отъ того же народнаго правоубѣжденія; если это послѣднее признаетъ что-либо *in iudicio*, то совершенно непонятно, почему оно не можетъ доставить ему признанія и передъ своимъ послушнымъ органомъ—преторомъ, почему *Anspruch* не можетъ повлечь за собой *actio*.

2) По мнѣнію Bekker'a, народное правоубѣжденіе можетъ создавать непосредственно только *Ansprüche*, *actiones* же даются и создаются только преторомъ. Между тѣмъ это не вѣрно: народное правоубѣжденіе путемъ обычнаго права оказалось въ состояніи создать помимо претора такія *actiones*, какъ *actio empti-venditi*, *locati-conducti* и т. д.; почему же въ другихъ случаяхъ оно только признавало, но не защищало?

3) Согласно ученію Bekker'a, *Anspruch* есть то, что получило бы себѣ признаніе *in iudicio*, если-бы *actio* была дана. Относительно гражданского *heres* (разъ *bonorum possessio* дана другому лицу) источники, какъ извѣстно, говорятъ, что онъ *ipso jure potest intendere rem suam esse* или *dari sibi oportere*. *Ipsa jure potest intendere* значить, конечно, только то, что, если-бы *heres* получилъ отъ претора *actio*, то судѣ *in iudicio* оставалось бы только признать его претензію основательной; такимъ образомъ, его *nudum jus* оказывается по терминологіи Bekker'a—*Anspruch*. Однако, съ другой стороны, и претензія *bonorum possessor'a* (разъ ему данъ искъ) находитъ себѣ признаніе *in iudicio*, слѣдовательно, и она есть *Anspruch*. Мы получаемъ, такимъ образомъ, два *Ansprüche*, которые вполне противорѣчатъ другъ другу!

¹⁰⁾ I. cit. Bd. II. S. 263—275

4) Наконецъ, еще одно. По учению Bekker'a, народное право-убѣжденіе осуществляется in iudicio, гдѣ ему подлежитъ рѣшеніе вопроса о бытіи или небытіи Anspruch. Однако, возьмемъ формулу: „si p. illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse condemna“: есть-ли здѣсь какой-либо просторъ для народнаго правоубѣжденія? Напротивъ, извѣстный просторъ предоставляетъ формула „si p. N^m N^m A^o A^o C dare oportere .. condemna“, и тѣмъ не менѣе мы знаемъ, что какъ разъ здѣсь, гдѣ народное правоубѣжденіе могло бы отвергнуть претензію цивильнаго heges, оно *должно было* ее признавать, вслѣдствіе чего необходима была преторская denegatio!..

Въ виду всѣхъ этихъ недоумѣній неудивительно, если и учению Bekker'a не суждено было утвердиться въ наукѣ, и возникнувшій было вопросъ о правовоззрѣніи нашемъ и римскомъ былъ снова брошенъ, какъ бесполезный. Господствующее нынѣ ученіе этой темой болѣе не занимается; какого-либо принципиальнаго различія между порядкомъ римскимъ и нашимъ оно не находитъ. Если же римляне говорятъ объ actio тамъ, гдѣ мы сказали-бы „право“,—то это объясняется отчасти практическимъ духомъ римлянъ, отчасти—историческимъ возникновеніемъ у нихъ многихъ институтовъ изъ предоставленія actiones. Точно также господствующее ученіе не признаетъ какой-либо разницы и въ юридическомъ строеніи права цивильнаго и преторскаго; даже самъ *Bruno* впоследствии отъ высказанной имъ мысли отказался ¹¹⁾.

А между тѣмъ поднятый Виндшейдомъ вопросъ отнюдь не является такимъ празднымъ; правильная разработка этого вопроса привела бы къ уясненію многихъ явленій римскаго права, о которыхъ мы находимъ теперь только общія фразы да смутныя представленія.

¹¹⁾ Ср. Holtendorff's Encyklopädie. Das heutige röm. Recht. § 24 въ концѣ.

§ 13.

Юридическая природа права цивильнаго и преторскаго.

Юридическая характеристика *jus civile*: *actio* есть лишь функция права. *Jus honorarium*: *actio* въ случаяхъ въ эдиктѣ непредусмотрѣнныхъ; зарожденіе и развитіе эдикта; его вліяніе на частныя правоотношенія. Заключение: въ системѣ преторскаго права *jus* является послѣдствіемъ *actio*.

Нормы объективнаго права, опредѣляя отношенія каждаго индивидуума къ вещамъ и къ другимъ лицамъ, предоставляютъ ему извѣстныя права въ субъективномъ смыслѣ. Для защиты этихъ правъ каждое лицо можетъ обратиться въ извѣстномъ порядкѣ къ государственной власти, и такое возваніе къ государственной власти называется *искомъ*. Такимъ образомъ, искъ есть не что иное, какъ извѣстный способъ осуществленія нашего права, или, употребляя терминологию Виндшейда, право, дѣйствительно, есть нѣчто производящее, первичное, межъ тѣмъ какъ искъ — нѣчто производное, вторичное.

Таково, въ общихъ чертахъ, наше нынѣшнее представленіе о соотношеніи между правомъ и искомъ¹⁾. Посмотримъ теперь, каково оно было въ правѣ римскомъ.

Обозрѣніе *legis actiones* показало намъ, что формы древнѣйшаго римскаго процесса носятъ еще на себѣ явственныя черты самоуправства. Лицо, полагающее, что вещь принадлежитъ ему или что долгъ ему не уплаченъ, въ принципѣ вовсе не обращается къ государственной власти съ просьбой о приговорѣ или о помощи; оно покушается

¹⁾ Ср. напр. *Merkel. Jurist. Encyklopädie*. 2-te Auf. 1900. S. 69.

собственною силою осуществить свое предполагаемое право. Оно говорит „*quandoe non solvisti*“ и накладывает на должника руку, „*hanc rem meam esse aio*“—и накладывает *vindicta*. Оно ничего отъ государственной власти не желаетъ и ни о чемъ ее не проситъ. Государственная власть вмѣшивается въ это самоуправство сама, предотвращаетъ возможную реальную борьбу сторонъ, но—и только: она ничего не судитъ и ни къ чему не приговариваетъ. До суда и приговора дѣло можетъ вовсе и не дойти, а если дойдетъ—то судить будетъ не государственная власть, а лица, ничего общаго съ ней не имѣющія.

Такимъ образомъ, даже для этой эпохи объ искѣ, какъ объ обращеніи къ государственной власти съ просьбой о защитѣ нарушеннаго права, въ собственномъ смыслѣ не можетъ быть рѣчи. Тѣмъ болѣе—для эпохи еще болѣе древней, эпохи чистой мести и чистаго самоуправления, гдѣ государственная власть стояла совѣмъ въ сторонѣ.

И тѣмъ не менѣе, даже въ эту эпоху мы видимъ *сознаніе права*: мечь отличается отъ преступленія, самоуправное осуществленіе правъ отъ грабежа и насилія. Наложеніе руки на несправнаго должника, захватъ вещи, какъ своей, и т. д. мыслятся и внѣшнимъ образомъ документируются, какъ акты *осуществленія правъ*, а не какъ акты ихъ нарушенія. Нѣтъ еще закона, нѣтъ еще суда, а право уже чувствуется и живетъ. „Эта вещь принадлежитъ мнѣ“, „ты долженъ заплатить долгъ“—такія представленія старѣе закона и суда; они являются непосредственнымъ продуктомъ народной психологіи, поставленной въ извѣстныя матеріальныя условія, психическимъ проявленіемъ инстинкта общественнаго самосохраненія.

Вмѣшательство государственной власти сначала регламентируетъ самоуправство, а потомъ и вовсе его отмѣняетъ, возлагая охрану правъ на своихъ органовъ; осуществленіе правъ собственной силою мало по малу превращается въ воззваніе къ государственной власти, въ искъ.

Въ Римѣ этотъ процессъ совершался медленно, въ теченіе почти всей его исторіи: процессы *per legis actiones* и *per formulas* являются лишь большими періодами въ порядкѣ этого постепеннаго превращенія, и наиболѣе полнаго приближенія къ нашимъ представленіямъ о судѣ и процессѣ римское право достигло лишь въ *extraordinaria cognitio* эпохи послѣ—Діоклетіановской.

Такимъ образомъ, въ области *цивильнаго* *правопорядка* право старѣе иска, *jus* старѣе *actio*.

Но если мы даже возьмемъ слово *искъ*, *actio* въ болѣе широкомъ смыслѣ известной формы защиты правъ, то самое строеніе *цивильныхъ* *исковъ* покажетъ намъ, что они предполагаютъ *частное* *право* истца, какъ свое основаніе, что они зиждутся на этомъ правѣ и изъ него вытекаютъ. Въ процессѣ *per legis actiones* истецъ начиналъ съ утвержденій: „*hanc rem meam esse ex jure Quiritium*“, „*te mihi C dare oportere*“, „*jus mihi esse eundi agendi*“ и т. д. Свою процессуальную претензію истецъ опиралъ, такимъ образомъ, на *jus*, на нѣкоторое правоотношеніе, уже существующее между нимъ и вещью, между нимъ и отвѣтчикомъ. Это правоотношеніе существуетъ уже въ силу закона (обычай); истецъ, являясь передъ трибуналь магистрата, не проситъ его объ установленіи или созданіи правоотношенія, онъ желаетъ лишь предоставленія законной дороги для осуществленія уже принадлежащаго ему права. Это послѣднее не нуждается въ какой-либо творческой дѣятельности со стороны магистрата; истецъ обращается къ нему во имя закона и какъ къ органу, подчиненному закону.

Если мы нашу *пынѣшнюю* систему опредѣляемъ, какъ систему правъ, а не какъ систему *исковъ*,—то, очевидно, такимъ же образомъ мы должны характеризовать и систему римскаго *цивильнаго* *права*. *Muther* и *Bruns* оказываются поэтому въ описанномъ выше спорѣ совершенно правыми. Право является здѣсь элементомъ непосредственнымъ, первичнымъ, производящимъ, *искъ* же—элементомъ вторичнымъ, производнымъ.

Измѣнилось-ли соотношеніе между *цивильнымъ* *jus* и *actio* съ переходомъ къ процессу формулярному? Въ этомъ процессѣ преторъ получилъ возможность отказывать даже въ *цивильномъ* *искѣ* (*denegatio actionis*), стать дѣйствительно „хозяйномъ“ *цивильнаго* *права*. Если, говорятъ Виндшейдъ, преторъ могъ и въ *цивильномъ* *искѣ* отказать, значить, и *цивильное* *право* существуетъ только потому, что въ *искѣ* не отказано, что *искъ* данъ, значить и *цивильное* *право* зависитъ отъ *actio*.

Мы уже видѣли выше (см. анализъ формулярнаго процесса), насколько это невѣрно. Преторъ можетъ, конечно, въ *искѣ* отказать, но если онъ *искъ* даетъ, то этимъ онъ ничего не творитъ, ничего не создаетъ: право истца существовало помимо его дѣятельности; давая

искъ, преторъ только признаетъ то, что уже существуетъ непосредственно въ силу закона. Предъявляя цивильный искъ, истецъ ждетъ отъ претора не какого-либо творчества, а лишь исполненія, не активности, а пассивности. Искъ опирается на право истца такъ же, какъ и въ эпоху *legis actiones*.

Активность претора обнаруживается не въ предоставленіи цивильнаго иска, а въ его *denegatio*; здѣсь преторъ переходитъ къ творчеству, хотя къ творчеству отрицательному. Отказывая въ искѣ, преторъ отрѣзываетъ праву путь процессуальнаго осуществленія, не поражая, однако, самаго права, ибо этого онъ и сдѣлать не въ состояніи (*praetor jus tollere non potest*). Право продолжаетъ существовать въ своей юридической неприкосновенности; оно можетъ завтра же снова предстать передъ преторомъ и снова потребовать своего признанія. Возрѣнія претора могутъ измѣниться, отвѣтчикъ можетъ упустить свои возраженія—и право, парализованное вчера, сегодня можетъ, такъ сказать, прорваться *in iudicium* и здѣсь будетъ признано въ полной мѣрѣ. Таково значеніе выраженія *„ipso iure potest intendere“ rem suam esse* или *dari sibi oportere*; таковъ характеръ т. н. *nudum jus Quiritium*.

Denegatio actionis парализуетъ право—но только на этотъ разъ; она не можетъ служить основаніемъ *exceptio rei iudicatae*, и потому, отказавъ въ искѣ разъ, преторъ не можетъ считать свое дѣло законченнымъ, а отвѣтчикъ не можетъ считать себя навсегда обезпеченнымъ. И преторъ и отвѣтчикъ должны оставаться на стражѣ, чтобы отразить всякую новую попытку нынѣ отбитаго врага,—пока онъ самъ не погибнетъ своею естественною, цивильною смертию.

Nudum jus лучше всего характеризуетъ цивильную систему именно какъ систему правъ, а не систему исковъ; съ точки зрѣнія Виндшейда это *nudum jus* было бы плохо понято.

Такова система *jus civile*; посмотримъ теперь, что представляетъ собою система *jus honorarium*.

На первый взглядъ, какихъ либо различій въ юридическомъ строеніи этой послѣдней не существуетъ. Преторскій эдиктъ устанавливаетъ извѣстныя нормы и этиямъ самымъ, повидимому, создаетъ правоотношенія, которыя затѣмъ уже осуществляютъ путемъ *actio*. Эдиктъ, какъ извѣстно, характеризуется Цицерономъ, какъ *lex annua*, и этиямъ какъ-бы опредѣляется его значеніе, аналогичное закону. Гай (I. 2), перечисляя источники права, также говоритъ: „*constant autem*

jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui jus edicendi habent, responsis prudentium“²⁾).

Однако, посмотримъ внимательно. Не подлежитъ сомнѣнiю, что и при существованiи эдикта власть претора имъ не исчерпывалась: онъ могъ давать иски и необъявленные въ эдиктѣ; это доказываютъ намъ тѣ многочисленныя *actiones in factum*, которыя даются преторомъ въ самыхъ различныхъ случаяхъ еще по свидѣтельству классическихкихъ юристовъ. Вслѣдствiе этого мы съ полнымъ правомъ можемъ предполагать, что и многiе изъ интердиктовъ, исковъ и т. д., объявленныхъ впоследствии въ эдиктѣ, первоначально появились именно въ видѣ такихъ отдѣльных, спорадическихъ актовъ преторскаго вмѣшательства³⁾. Понятно, поэтому, что анализъ юридической природы преторскаго права мы должны начинать не съ эдикта, а съ этихъ отдѣльныхъ случаевъ. Что же мы находимъ въ этихъ случаяхъ съ юридической точки зрѣнiя?

Какъ мы видѣли выше, *Muther* и здѣсь хочетъ видѣть въ даваемомъ искѣ лишь осуществленiе уже принадлежащаго истцу права, ибо, говорить онъ, надъ положительнымъ, писаннымъ правомъ стоитъ высшее право—идея справедливости. Но если мы не будемъ смѣшивать права со справедливостью, если мы будемъ стоять на юридической точкѣ зрѣнiя, въ силу которой *aequitas, Idee der Gerechtigkeit* не есть форма положительнаго права,—то мы должны будемъ признать, что о какомъ либо *положительномъ правѣ* истца въ этихъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи.

Но, можетъ быть, возможна иная постановка вопроса. Кромѣ закона, положительное право, какъ извѣстно, выражается еще въ *обычаѣ*: можетъ быть, въ этихъ случаяхъ истецъ, желая получить, напр., *actio in factum*, осуществляетъ свое *обычное право*? Мы думаемъ, что и въ такой постановкѣ вопросъ можетъ получить лишь отвѣтъ отрицательный. Мы имѣемъ въ Римѣ институты обычнаго права (*actio empti-venditi* и т. д.), но вездѣ въ нихъ это послѣднее создаетъ *цивилныя* правоотношенiя и *цивилныя* иски. Если бы истецъ дѣйствительно могъ опереться на обычное право, то онъ заявилъ-бы прямо „*dari mihi oportet*“ и т. п., и въ дачѣ особаго, новаго иска,

¹⁾ Ср. *Muther*. I. cit. S. 24.

²⁾ См. объ этомъ „Право и фактъ“, ч. I стр. 131, 140.—*Schultze*. *Privatrecht und Process*. S. 368—369.

actio in factum, не было бы необходимости. Напротивъ, изъ самаго духа этихъ actiones in factum явствуетъ, что онѣ представляютъ для истца нѣкоторую особенную помощь претора, безъ которой истецъ остался-бы вовсе беззащитнымъ. Заявляя желаніе получить этотъ искъ, проситель, сознавая, что правовыхъ средствъ у него нѣтъ, взываетъ именно къ этой особенной помощи власти⁴⁾.

Въ вопросѣ объ этихъ actiones in factum преторъ совершенно ничѣмъ не связанъ, даже не связанъ своимъ собственнымъ обѣщаніемъ „judicium dabo“, ибо такого обѣщанія нѣтъ. Истецъ не имѣетъ никакого права по отношенію къ отвѣтчику; между нимъ и этимъ послѣднимъ не существуетъ пока никакой юридической связи, которую онъ (истецъ) могъ бы „натянуть“ (intendere). Есть только объективный комплекс фактовъ, объективное положеніе вещей, которое нарушаетъ интересы истца, и это-то *factum* излагаетъ онъ претору въ обоснованіе своей просьбы о помощи.

Преторъ, конечно, подвергнуть это *factum* своей критической оцѣнкѣ,—съ какой точки зрѣнія, объ этомъ говорила вся предшествующая глава. Мы видѣли тамъ, что *принципіально* для претора въ этой оцѣнкѣ рѣшающее значеніе имѣли не какія-либо права и интересы частныхъ лицъ, а *соображенія общественнаго порядка*, и чѣмъ дальше назадъ, тѣмъ эти соображенія замѣтны рѣзче и ярче.

Рѣшивъ, что въ изложенныхъ просителемъ обстоятельствахъ дѣла заключается элементъ общественнаго неурядка, преторъ въ древнѣйшее время издавалъ противъ отвѣтника личное приказаніе (*cognitio*), позже—интердиктъ и т. д., еще позже *actio in factum*. И вотъ только теперь устанавливалась между истцомъ и отвѣтчикомъ извѣстная юридическая связь, извѣстное правоотношеніе, устанавливалась матеріально въ силу преторскаго *imperium* (*tuitio praetoris*), формально—въ силу дачи иска, *actio*.

Такимъ образомъ, относительно этихъ непредусмотрѣнныхъ въ эдиктѣ случаевъ мы безспорно должны признать справедливость формулы Виндшейда: *здесь не actio дается потому, что существуетъ право, а право возникает потому, что дается actio*. Искъ является здѣсь не простымъ осуществленіемъ права, а гораздо болѣе этого—творцомъ и корнемъ права. Не будетъ дано иска, и въ рукахъ про-

⁴⁾ Такой характеръ этихъ actiones in factum обнаруживается и въ тѣхъ выраженіяхъ, которые иногда употребляютъ источники, говоря о нихъ: „per actionem in factum *consulitur*“, „*succurritur*“—напр. fr. 63. D. 31. fr. 9. 4. D. 10. 4.

сителя не останется ничего, не останется даже *nudum jus*, ибо вѣ иска правоотношеніе не существуетъ вовсе.

Такъ обстоило дѣло въ случаяхъ, въ эдиктѣ непредусмотрѣнныхъ; посмотримъ теперь, какое значеніе въ этомъ отношеніи имѣлъ эдиктъ.

Повтореніе въ преторской практикѣ случаевъ, вызывавшихъ описанное выше экстраординарное вмѣшательство власти, естественно должно было навести магистрата, имѣющаго *jus edicendi*, на мысль—заявить и объявить заранѣе во всеобщее свѣдѣніе, какъ онъ относится къ тѣмъ или другимъ обстоятельствамъ. Такое объявленіе устраняетъ недоразумѣнія и сомнѣнія частныхъ лицъ и, конечно, ведетъ къ уменьшенію количества неосновательныхъ претензій и неосновательныхъ споровъ. Давъ разъ-другой описанную *actio in factum*, преторъ естественно долженъ былъ прійти къ обобщенію, что и вообще при равныхъ условіяхъ слѣдуетъ давать этотъ искъ; это обобщеніе онъ (или его преемникъ) и выражаетъ въ заявленіи: при такихъ-то и такихъ-то условіяхъ „*judicium dabo*“.

Такова общая вѣроятная исторія возникновенія и развитія преторскаго эдикта⁵⁾; но какое вліяніе оказывала она на отношенія между частными лицами?

Мы говорили только что, что, если дѣло шло о случаѣ, въ эдиктѣ непредусмотрѣнномъ, то дать или не дать искъ и т. д. вполнѣ зависѣло отъ воли претора; лицо заинтересованное никакихъ правъ въ этомъ отношеніи не имѣло. Но вотъ описаннымъ выше путемъ въ эдиктѣ появляется статья, гласящая: при такихъ-то условіяхъ *judicium dabo*. Вслѣдствіе этого лицо заинтересованное, которое раньше имѣло только простую вѣроятность, простую надежду получить искъ, теперь пріобрѣтаетъ увѣренность въ этомъ, пріобрѣтаетъ даже нѣкоторое право—*но лишь право требовать отъ претора исполненія своего должностнаго обѣщанія*. Частнаго правоотношенія между нимъ и отвѣтчикомъ, которое бы истецъ могъ привести въ основаніе своей претензіи, и теперь не существуетъ; истецъ будетъ опираться и теперь на извѣстное *factum*, но къ этому *factum* теперь присоединилось уже официальное обѣщаніе претора, и исполненія этого обѣщанія истецъ требуетъ. Но очевидно, что это право истца требовать отъ претора исполненія его должностнаго обѣщанія имѣетъ не частно-правовой, а вполнѣ публичный характеръ.

⁵⁾ Ср. „Право и фактъ“, ч. I стр. 140.

Однако, *юридической обязанности* для претора дѣйствительно исполнить данное обѣщаніе на первыхъ порахъ не существуетъ. Первоначально, какъ извѣстно, преторъ формально вовсе не былъ связанъ своимъ эдиктомъ: послѣдній представлялъ собою только программу, планъ его должностной дѣятельности, но именно только планъ, отъ котораго отступленія были волюнтаріи возможны. Причиной для такихъ отступленій могли явиться не только какія-нибудь особенныя условія конкретного случая, но даже и чистый произволъ, противъ котораго частное лицо не имѣло другихъ средствъ, кромѣ тѣхъ, которыми вообще контролировалось въ Римѣ должностное поведеніе магистратовъ⁶⁾.

При такихъ условіяхъ даже то право частного лица, которое вытекало для него изъ эдикта, право требовать отъ претора исполненія обѣщанія „*judicium dabo*“, какъ видимъ, имѣло все еще довольно проблематическій характеръ.

Существенное измѣненіе вноситъ сюда *lex Cornelia* (687—67 г.), законъ, которымъ предписывалось „*ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*“. Вслѣдствіе этого для преторовъ возникла уже формальная связанность своимъ собственнымъ эдиктомъ: исполнить данное въ немъ обѣщаніе является теперь для претора не только дѣломъ его административной корректности и административнаго такта, а и прямой юридической обязанностью. Въмѣстѣ съ тѣмъ, конечно, значительно измѣняется и положеніе истца: его право на полученіе *judicium* гарантировано теперь отъ возможныхъ прежде случайностей, поставлено на прочную юридическую почву.

Эта прочность, однако, существуетъ только на одинъ годъ, на время служенія магистрата, издавшаго данный эдиктъ; нѣтъ никакихъ гарантій того, что въ слѣдующемъ эдиктѣ не будетъ иначе, что обѣщаніе „*judicium dabo*“ не исчезнетъ изъ эдикта опять. Эта шаткость, впрочемъ, въ значительной степени ослаблялась тѣмъ, что мало по малу основныя нормы стали переходить изъ эдикта въ эдиктъ, образуя собой, какъ извѣстно, т. н. *edictum tralaticium*. Но въ этомъ переходѣ эдиктовъ заключалась все-таки только гарантія *фактическая*; *юридическую* же законченность преторскому праву придала только реформа Адриана (*edictum perpetuum Hadriani*).

Но и въ своемъ законченномъ видѣ преторское право носитъ на себѣ печать своего происхожденія.

⁶⁾ Ср. сюда *Schultze*. I. cit. S. 364 и сл.

Какъ мы говорили выше, цивильная (какъ и паша шпѣшняя) система представляетъ собою систему правъ: законъ создаетъ извѣстные правоотношенія, которыя затѣмъ и осуществляются путемъ иска. Въ каждомъ конкретномъ случаѣ непосредственно въ силу закона между истцомъ и отвѣтчикомъ существуетъ извѣстное частное правоотношеніе; во имя этого правоотношенія истецъ обращается къ органамъ власти и требуетъ отъ нихъ такого или иного властнаго распоряженія по адресу отвѣтчика (взысканія). Отношеніе истца къ органамъ власти и отношеніе этихъ послѣднихъ къ отвѣтчику являются, конечно, отношеніями публичнаго порядка, но эти отношенія возникаютъ потому, что существуетъ нѣкоторое частно-правовое отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ; они представляютъ собою, т. е., *юридическую проэкцію* этого послѣдняго.

Нѣчто совершенно обратное мы видимъ въ области *jus hono-giumi*. Мы говорили выше, что въ случаяхъ, въ эдиктѣ непредусмотрѣнныхъ, правоотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ возникаетъ только послѣ дачи иска; до этого момента истецъ юридически ни на что рассчитывать не можетъ; между нимъ и отвѣтчикомъ существуетъ только отношеніе, но не правоотношеніе.

Разъ, однако, въ эдиктѣ появляется преторское обѣщаніе „*judicium dabo*“, и для истца возникаетъ право требовать исполненія этого обѣщанія,—то, само собою разумѣется, это не остается безъ вліянія и на отношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ *еще до дачи иска*. Отношеніе между ними уже приобретаетъ извѣстную степень юридической регулированности; можно уже говорить о правѣ истца, об обязанности отвѣтчика; говоря короче—отношеніе приобретаетъ характеръ правоотношенія. Однако, это правоотношеніе—совершенно другаго порядка, чѣмъ правоотношенія цивильнаго права.

Прочная юридическая регулированность явилась здѣсь результатомъ съ одной стороны—преторскаго добровольнаго обѣщанія „*judicium dabo*“, а съ другой стороны—тѣхъ юридическихъ предписаній, которыя обязываютъ претора исполнить свое обѣщаніе. Обращаясь къ претору, истецъ будетъ опираться не на то, что между нимъ и отвѣтчикомъ существуетъ какое либо правоотношеніе, а на то, что наступили такія-то и такія-то условія, при которыхъ преторъ обѣщаль давалъ искъ, и что преторъ обязанъ исполнить теперь это обѣщаніе. Опъ будетъ ссылаться не на свое частное отношеніе къ отвѣтчику, а на самоограниченіе преторской власти, которое заключено въ

эдиктъ. Другими словами, обращеніе истца къ претору будетъ имѣть здѣсь самостоятельное публично-правовое оспованіе; частно-правовая же сторона отношенія—отношеніе истца къ отвѣтчику—является лишь результатомъ этого послѣдняго.

„Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo“, говоритъ преторскій эдиктъ¹⁾. Представимъ себѣ теперь, что произошелъ случай *dolus*; для потерпѣвшаго единственнымъ основаніемъ обратиться къ претору служить это „*iudicium dabo*“, не будь котораго—и потерпѣвшій вовсе не могъ бы ни на что разсчитывать. Теперь же (въ силу *lex Cornelia* и т. д.) онъ имѣетъ (публичное) право требовать отъ претора дачи иска. *Вслѣдствіе* этого еще до полученія иска между нимъ и отвѣтчикомъ устанавливается извѣстная юридическая связь, но эта связь есть лишь отголосокъ будущаго иска, антиципация исковыхъ отношеній, послѣдствіе публичнаго права истца къ претору и публично-правовой власти претора по отношенію къ отвѣтчику.

Такимъ образомъ, если мы сказали раньше, что по нашимъ современнымъ представленіямъ и съ точки зрѣнія римской цивильной системы публично-правовое отношеніе истца къ органамъ власти и этихъ послѣднихъ къ отвѣтчику является проекціей частно-правоваго отношенія истца къ отвѣтчику,—*то въ преторскомъ правѣ наоборотъ: частно-правовое отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ является проекціей публичныхъ отношеній истца къ претору и претора къ отвѣтчику.*

Въ болѣе простой формѣ эта мысль, конечно, можетъ быть выражена и словами Виндшейда: въ преторскомъ правѣ не *actio* существуетъ потому, что существуетъ право, а наоборотъ—право возникает и существуетъ потому, что дается *actio*. Виндшейдъ распространилъ эту юридическую характеристику и на *jus civile*, вслѣдствіе чего, конечно, его ученіе не могло имѣть успѣха. Съ другой стороны, противоположная характеристика Мутера, распространенная на преторское право, приводитъ къ „*Idee der Gerechtigkeit*“. Мы видимъ, послѣ всего сказаннаго, насколько былъ правъ *Bruns*, смутно предчувствовавшій глубокое юридическое различіе въ самой структурѣ цивильнаго и преторскаго права.

Общая ошибка господствующаго нынѣ ученія повторяется и въ нѣкоторыхъ частныхъ вопросахъ.

¹⁾ fr. 1. 1. D. h. t. 4. 3.

Извѣстно, на примѣръ, ученіе *Bekker'a* о существѣ римскаго обязательства ⁸⁾. Римское „obligari“, „obligatum esse“, по его мнѣнію, обозначаетъ не что иное, какъ лишь „actione teneri“. Obligatio, говоритъ онъ, въ своемъ обыкновенномъ, техническомъ значеніи представляетъ состояніе взаимности, которое возникаетъ изъ наличности actio противъ должника: „die actio ist das bindende, das obligirende Etwas: „actione teneri“ und „obligatum esse“ sind identisch“. Оба выраженія обозначаютъ одно и то же—именно, что одно лицо можетъ быть принуждено въ интересахъ другаго къ принятію иска („zur passiven Klagübernahme“—*cogitur iudicium suscipere*). Поэтому современное понятіе обязательства не совпадаетъ съ римскимъ: въ нашемъ современномъ понятіи заключается нѣчто, что въ римскомъ классическомъ правѣ вовсе не содержалось. По нашему представленію, обязательство есть право одного лица (кредитора) противъ другаго (должника) на извѣстное *исполненіе* (*Leistung*); конечно, въ этомъ заключается и эвентуальная возможность публично-правоваго (государственнаго) принужденія. Въ римскомъ понятіи обязательства, въ „actione teneri“, содержится, напротивъ, только эта *возможность принужденія*—*„liegt nur das Gezwungenwerdenkönnen, das Müssen, nicht die Verpflichtung zur Leistung, das Sollen“*.

Послѣ всего сказаннаго только-что считаемъ излишнимъ запово доказывать, что то, въ чемъ *Bekker* усматриваетъ различіе между нашимъ современнымъ представленіемъ объ обязательствѣ и римскимъ, есть именно различіе между обязательствомъ цивильнымъ и преторскимъ. Если мы цивильное „*N^m N^m X mihi dare oportet*“ называемъ обязательствомъ, то очевидно, что это „obligatum esse“ отнюдь не печерпывается „actione teneri“: послѣднее можетъ исчезнуть (*actio denegatur, exceptio perimitur*), но самое „dare oportet“ остается („*ipso jure potest intendere dari sibi oportere*“). Напротивъ, *obligatio juris praetorii* въ юридической сущности своей есть именно только пѣкоторое „*Gezwungenwerdenkönnen*“.

⁸⁾ Aktionen. Bd. I. S. 4 и сл.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

Мы прослѣдили роль римской магистратуры въ юридической жизни древняго Рима; бросимъ теперь послѣдній ретроспективный взглядъ.

Мы видѣли, что въ древнѣйшее время только-что зарождающаяся государственная власть, созданная, главнымъ образомъ, для вышней обороны общины и занятая этой обороной, частныя отношенія отдѣльныхъ членовъ общества между собой совершенно оставляла внѣ своего надзора и контроля. Нанесеніе ранъ, личная обида, воровство, задержаніе чужой вещи, неуплата долга и т. д., и т. д.— все это разсматривалось, какъ гдѣто касающееся только лицъ заинтересованныхъ, какъ дѣло чисто частное, и государственная власть сюда не вмѣшивалась. Местъ и самоуправное возстановленіе нарушенныхъ правъ, замѣняемая иногда мировою сдѣлкой или третейскимъ судомъ, были единственными регуляторами и единственною санкціей примитивнаго правопорядка.

Но этотъ строй въ своемъ чистомъ видѣ на разсвѣтѣ римской исторіи уже не существуетъ, хотя еще долго сохраняются его многочисленные слѣды и переживанія. Хотя местъ еще допускается, напр., въ случаяхъ членовредительства, но *patricidium* уже признано дѣланіемъ, противнымъ не только частнымъ интересамъ, но и интересамъ всего общества, и привлекаетъ на виновника наказаніе публичное. Самоуправное осуществленіе гражданскихъ правъ, въ виду возможности физическихъ столкновеній между спорящими, также привлекаетъ къ себѣ вниманіе власти: она вмѣшивается въ это осуществленіе, пре-

дотраиваетъ готовую возникнуть борьбу, по разрѣшеніи спора на себя не беретъ, принуждая лишь спорящихъ заключить договоръ о третейскомъ судѣ. Въ этомъ заключается общій, верховный принципъ древне-римскихъ *legis actiones*.

Государственная власть, такимъ образомъ, начинаетъ уже обращать вниманіе на внутреннее устройство гражданскаго быта общины, на поддержаніе общественнаго порядка. Этимъ принципомъ опредѣляется, какъ только-что сказано, даже самое участіе органовъ власти въ гражданскомъ процессѣ. Не разрѣшеніе гражданскихъ споровъ, не охрана частныхъ правъ сама по себѣ интересуется государственную власть; какъ будетъ разрѣшенъ споръ и будетъ-ли возстановлено поправное право,—эти вопросы ее не интересуютъ; для нея важно только, чтобы споръ не перешелъ въ борьбу, не повлекъ за собой столкновеній, разжигающихъ страсти, расшатывающихъ общественный порядокъ и тѣмъ ослабляющихъ народную силу и энергію, необходимую для защиты отъ внешнихъ враговъ. Государственная власть даже въ гражданскомъ процессѣ преслѣдуетъ цѣли т. е. ск. полицейскія.

Однако, общественный миръ и порядокъ можетъ быть нарушенъ не только при осуществленіи гражданскихъ правъ, и потому не только здѣсь можетъ потребоваться вмѣшательство власти. Такъ, прежде всего необходима охрана неприкосновенности *locus sacra* и *locus publicus*, охрана безпретятвеннаго пользованія общественной рѣкой, ея берегами, общественными улицами и дорогами и т. д., и т. д. И государственная власть, дѣйствительно, беретъ на себя эту охрану, устраняя всякій замѣченный ею или указанный ей непорядокъ своимъ личнымъ приказаніемъ, подтвержденнымъ угрозой штрафовъ и другихъ средствъ *coercitio*.

Уже во многихъ случаяхъ указаннаго рода не могли не примѣшиваться и частные интересы отдѣльныхъ лицъ; поставивъ себѣ задачей устранить общественный непорядокъ, магистратъ, конечно, не могъ не защищать одновременно и эти частные интересы. Такимъ образомъ, естественно и незамѣтно зарождается защита частныхъ интересовъ административными средствами власти.

Съ постепеннымъ усложненіемъ общественной жизни расширяется и область такого вмѣшательства. Призванный—по принципіальному римскому воззрѣнію—самой своей должностью заботиться объ охранѣ общественнаго мира и порядка, магистратъ мало по малу

все шире и шире захватывает общественную жизнь. Условных границъ между нынѣшнимъ правомъ частнымъ и публичнымъ для него не существуетъ; онъ идетъ туда, куда зоветъ его житейское неустройство и гдѣ его не стѣсняемый рамками взоръ можетъ открыть тотъ или другой элементъ общественного неурядка. И понятно, что въ теченіе столѣтій его вліяніе могло оказаться во всѣхъ областяхъ гражданскихъ отношеній.

Историческая смѣна магистратуръ—царь, консуль, преторъ и эдилъ—являлась въ этомъ отношеніи простою преемственностью: консулы продолжали дѣятельность царей, преторы и эдилы—дѣятельность консуловъ; принципиальный характеръ дѣятельности оставался одинъ и тотъ же.

Точно также не измѣилъ характера этой дѣятельности и историческая смѣна, или лучше сказать—историческое усложненіе средствъ или формъ вліянія. Личная *cognitio*, *interdicta*, *stipulationes praetoriae*, *missiones*, наконецъ, *actiones praetoriae* и т. д. представляютъ собою лишь нѣсколько различное по формѣ проявленіе одной и той же сущности.

Въ результатъ этого постепеннаго историческаго процесса возникаетъ тотъ дуализмъ правовыхъ системъ, та своеобразная комбинація *jus civile* и *jus honorarium*, которая составляетъ любопытнѣйшее явленіе въ правовой исторіи вообще и которая вмѣстѣ съ тѣмъ для современнаго пониманія представляетъ большія трудности. Рядомъ съ обыкновеннымъ, намъ понятнымъ правомъ (*jus civile*) возникаетъ и дѣйствуетъ другое право, для насъ совершенно чуждое, право т. е. нѣкотораго втораго ранга (*jus honorarium*). Коллизія ихъ между собой создаетъ многочисленныя юридическія фигуры (*quidam jus* и т. д.), въ нашемъ юридическомъ строѣ совершенно невозможныя, но для римлянъ совершенно понятныя.

Весь этотъ процессъ развитія совершился не какими-либо фактическими или юридическими скачками, а путемъ постепенной, для глаза современниковъ, быть можетъ, незамѣтной эволюціи. Маленькій въ началѣ исторіи комочекъ административныхъ мѣропріятій, катясь все далѣе и далѣе, превратился къ концу ея въ большую юридическую лавину. На всемъ протяженіи римской исторіи мы не встрѣчаемъ никакихъ законовъ, которые бы давали магистратурѣ въ этомъ отношеніи какія-либо новыя права и полномочія.

Въ изложенномъ заключается вмѣстѣ съ тѣмъ и простой отвѣтъ на вопросъ, поставленный въ началѣ настоящаго труда, на вопросъ *о государственномъ правовомъ основаніи* для преторскаго вмѣшательства въ область гражданскаго права.

Jus honoꝛarium выросло не изъ терпимаго народомъ захвата претурой функций, ей *de jure* не принадлежащихъ, не изъ права толкованія законовъ, не изъ *lex Aebutia*, не изъ участія въ гражданскомъ судѣ. Оно выросло просто и естественно изъ самой обязанности римскаго магистрата заботиться объ охранѣ внутреннего общественнаго порядка. Въ этомъ заключалось его *officium*, и это *officium* уже само по себѣ уполномочивало его ко всеъмъ мѣропріятіямъ въ указанномъ смыслѣ.

Какъ извѣстно, исторія Рима началась въ тяжелой внѣшней обстановкѣ. Окруженная со всехъ сторонъ врагами, маленькая римская община должна была напрягать все свои силы, чтобы съ успѣхомъ отстоявать свое существованіе. Въ этой постоянной борьбѣ и напряженіи были заложены основы и римскаго характера и римскаго государственнаго устройства.

Въ тяжелой школѣ выработался, съ одной стороны, духъ личной инициативы и несокрушимая твердость воли, а съ другой стороны—беззаветный патриотизмъ и способность почти безграничнаго самоподчиненія интересамъ общаго блага. Эти же черты отпечатались римскій народъ и на своей конституціи.

Внутри своего дома, своей *familia* римскій гражданинъ—безграничный владыка; какъ устроить порядокъ въ этомъ своемъ домѣ, ему никто и ничто не указъ: общественное мнѣніе и *boni mores* являются для него только чисто фактическими рамками, которыя онъ вправѣ переступить, если того требуетъ благо этого дома, какъ онъ его понимаетъ. Обычаи предковъ, конечно, тверды и священны, но они имѣютъ для *paterfamilias* значеніе порядка въ нормальныхъ условіяхъ; въ случаяхъ экстренныхъ для него высшимъ закономъ является общая цѣль этихъ *mores*—охрана порядка и блага *familia*. Подчиняясь въ нормальномъ теченіи жизни исконнымъ нормамъ семейнаго быта, въ условіяхъ исключительныхъ онъ можетъ проявить свою личную волю, стать выше этихъ традиціонныхъ нормъ.

Такъ представлялъ себѣ римлянинъ власть и ея задачи, и это воззрѣніе онъ перенесъ на власть государственную. Государство—это большая *familia*, и способы управленія имъ не могутъ быть иными,

чѣмъ тѣ, которые практикуются въ тѣсныхъ предѣлахъ дома. Во главѣ государства стоитъ царь, и этотъ царь, конечно, долженъ быть снабженъ всею тою властью, которую имѣетъ каждый гражданинъ въ своемъ домѣ ¹⁾).

Конечно, въ государствѣ для сношеній отдѣльных patresfamilias между собой существуютъ различные исконые обычаи—mores majorum; они опредѣляютъ, что кому принадлежитъ и т. д.; но они не могутъ имѣть для царя инаго значенія, чѣмъ то, которое имѣютъ семейныя нормы для каждаго отдѣльнаго домовладыки. При нормальныхъ условіяхъ жизнь опредѣляется ими, но въ случаяхъ исключительныхъ, если того требуетъ общее благо, царь можетъ повелѣть и иное. Это отступающее отъ правилъ обычая приказаніе не уничтожаетъ, конечно, самаго обычая, а лишь отстраняетъ его примѣненіе для даннаго конкретнаго случая. Такое суспендированіе обычной нормы, вытекающей въ данномъ случаѣ изъ потребностей общаго блага, общественнаго порядка, составляетъ должностное право носителя государственной власти. Безграничный повелитель у себя въ домѣ, привыкшій къ полному повиновенію своихъ sui, римскій гражданинъ подчиняется этому приказанію не только „за страхъ, но и за совѣсть“, не потому, что онъ не въ силахъ бороться съ превышеніемъ власти, а потому, что это отнюдь не превышеніе, а общее право власти, для него вполне естественное и понятное.

Такое представленіе о власти было перенесено и на республиканскія магистратуры: уже выше было отмѣчено, что установленіе республики не обозначаетъ собою появленія новыхъ государственно-правовыхъ категорій, что реформа въ сущности сводилась лишь къ новой *мгнотой* организаціи носителей принципиально полной и нераздѣльной власти. *Юридическихъ* ограниченій и періодъ республики знаетъ немного. Конечно, все тѣ условія, въ которыя была поставлена дѣятельность республиканскаго магистрата (годичность, коллегіальность, *intercessio* и т. д.), должны были въ сильной степени ослаблять въ немъ охоту къ отступленіямъ отъ закона и традиціи, но описанное патріархальное возрѣніе на права государственной власти не исчезло, и тамъ, гдѣ магистратъ чувствовалъ за собой общественное мнѣніе, онъ могъ, опираясь на свое право, по прежнему при-

¹⁾ Ср. *Моммзенъ*. Римская исторія. Рус. пер. Невѣдомскаго. Т. I. Стр. 61 исл., *Girard. Manuel*. p. 12—13.

бѣгнуть къ суспендированію нормы закона въ примѣненіи къ тому или другому конкретному случаю.

Нѣтъ поэтому необходимости для объясненія всевозможныхъ *restitutiones, denegationes* и т. д. прибѣгать къ рискованной гипотезѣ превышенія власти; что магистратъ въ подобныхъ случаяхъ выходитъ изъ предѣловъ своего права—на это мы не имѣемъ ни малѣйшихъ намековъ въ источникахъ. Напротивъ, формулы эдикта „*non animadvertam*“, „*ratum non habebo*“, „*judicium dabo*“ и т. п. звучатъ полнымъ сознаниемъ права. Эдилъ, напр., конечно, хорошо знаетъ, что въ силу гражданского права продавецъ не обязанъ отвѣчать за недостатки вещи ипаче, какъ въ случаѣ *scientia*; возлагать на него отвѣтственность выше этой мѣрки и кассировать законно заключенный договоръ—было бы, конечно, съ нашей точки зрѣнія дѣланіемъ противозаконнымъ; мы, однако, видѣли выше, что это не останавливаетъ эдила: руководствуясь соображеніями общественного порядка онъ приказываетъ возвратить покушную цѣну, законно приобрѣтенную, а въ случаѣ упорства—даже въ двойномъ размѣрѣ. Онъ не касается при этомъ самой нормы гражданского права; она, какъ таковая, продолжаетъ существовать, и лишь для данного случая оказывается внѣ примѣненія.

Непримѣненіе гражданской нормы въ практикѣ магистрата можетъ мало по малу приобрѣсти т. е. *хроническій характеръ*: какъ норма права, она продолжаетъ существовать, и отмѣнить ее магистратъ не въ состояніи, но средствами своего *imperium* онъ дѣлаетъ ее во всѣхъ конкретныхъ случаяхъ непримѣняемой, *sine effectu*. Для лицъ, которыя обязаны только примѣнять право, напр., для *judices*, она сохраняетъ свою полную юридическую обязательность, и потому нужно, чтобы магистратъ въ каждомъ конкретномъ дѣлѣ далъ судѣ соответствующее приказаніе. Въ случаяхъ хроническаго непримѣненія гражданской нормы и возникаетъ *natum jus*.

Какъ было только-что сказано, весь этотъ римскій юридическій строй для насъ трудно понятенъ. Въ виду этого да будетъ позволено мнѣ привести одинъ гипотетическій примѣръ, который, быть можетъ, будетъ способствовать уясненію—конечно, лишь въ самыхъ общихъ чертахъ,—описаннаго выше теоретически римскаго правопорядка.

Положимъ, что въ нашемъ нынѣшнемъ государствѣ со всѣми его атрибутами какая-нибудь мѣстность въ силу тѣхъ или другихъ

причинъ, напр., вслѣдствіе крайняго раздраженія рабочихъ противъ фабрикантовъ, находится въ состояніи сильнаго безпорядка, волненій и т. п. Обычныя мѣры администраціи оказываются безсильными возстановить спокойствіе, вслѣдствіе чего въ эту мѣстность назначается отъ правительства какой-нибудь чрезвычайный комиссаръ съ почти неограниченными полномочіями (ему запрещается, напр., только приговаривать къ смертной казни—*provocatio ad populum*,—да къ штрафамъ свыше известной мѣры—*lex Aternia* и т. д.). Ознакомившись съ положеніемъ дѣлъ, комиссаръ этотъ видитъ, что спокойствіе не можетъ быть возстановлено иначе, какъ путемъ удовлетворенія нѣкоторыхъ претензій рабочихъ и неудовлетворенія нѣкоторыхъ—юридически вполне правильныхъ—претензій фабрикантовъ. Положимъ, напр., что по контрактамъ съ рабочими фабриканты имѣютъ право взыскивать съ нихъ за прогулы и пр. известные штрафы. Взысканіе этихъ штрафовъ служить одной изъ причинъ волненій и безпорядковъ, и комиссаръ рѣшаетъ подобныя взысканія приостановить. Измѣнить общую норму закона, въ силу которой контракты должны быть исполняемы въ точности, комиссаръ не можетъ, но онъ можетъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ приостановить юридически вполне правильный искъ фабриканта (*actionem denegare*), находя осуществленіе этого иска въ настоящее время противнымъ интересамъ общественнаго порядка. Черезъ нѣсколько времени, когда все войдетъ въ нормальную колею, всѣ подобныя иски будутъ снова допущены, даже, быть можетъ, иски о старыхъ штрафахъ; но въ настоящее время комиссаръ, не отрицая юридической законности требованій, парализуетъ ихъ исквою осуществимостью. Самое право фабриканта на полученіе штрафной суммы не исчезаетъ (для этого нѣтъ законныхъ основаній), но въ данный моментъ это право остается *sine effectu*, является „голымъ правомъ“—*nudum jus*.

Предположимъ далѣе, что нашъ комиссаръ счелъ цѣлесообразнымъ о такомъ своемъ рѣшеніи объявить публично: при такихъ-то условіяхъ иска о взысканіи штрафа не дамъ; въ такомъ случаѣ мы получили бы римскій эдиктъ.

Наконецъ, представимъ себѣ, что подобныя чрезвычайныя полномочія были даны на одинъ годъ, но и по истеченіи этого года дѣло успокоенія мѣстности не кажется законченнымъ: порядокъ водворился, но есть опасеніе, что съ возвращеніемъ къ обычному строю волненія возобновятся. Назначается новый комиссаръ съ такими же самыми

полномочіями снова на одинъ годъ. Этотъ новый комиссаръ отчасти измѣняетъ программу своего предшественника, отчасти же ее принимаетъ—и въ томъ числѣ принимаетъ правило относительно недопущенія исковъ о штрафахъ. Вслѣдствіе этого право фабрикантовъ на полученіе штрафныхъ денегъ остается *indum jus* еще на одинъ годъ.

Сталь бы такой способъ управленія хроническимъ (возобновляющимся изъ года въ годъ)—и мы получили бы въ концѣ концовъ все типическія черты римскаго юридическаго дуализма: съ одной стороны—*jus civile* и законъ, съ другой стороны—*jus honorarium* и эдиктъ; мы заговорили бы о *nuda jura*, о правахъ, которыя *tuitione tantum praetoris continentur*, объ „*ipso jure deberi jure honorario non deberi*“ и т. д., и т. д.

Подобныя полномочія власти, подобное отношеніе магистрата къ закону мы въ нашемъ нынѣшнемъ государствѣ можемъ представить себѣ лишь какъ пѣчтo совершенно исключительное и временное. Въ Римѣ же такой порядокъ вещей, ведя свое начало отъ глубокой патриархальной старины, былъ порядкомъ нормальнымъ и постояннымъ.

Но—могутъ возразить намъ—исторія Рима вообще была богата народными волненіями по различнымъ поводамъ: борьба патриціевъ съ плебеями, богатыхъ съ бѣдными эплонъ и рядомъ обострялась до очень опасныхъ эпизодовъ; припомнимъ, напр., хотя бы волненія по поводу задолженности. Если-бы, дѣйствительно, такова была задача и таковы были полномочія посителей римской государственной власти, какъ это только что обрисовано нами, то именно здѣсь, въ этихъ волненіяхъ, должна была бы наиболѣе ярко проявиться упорядочивающая дѣятельность магистратовъ. А этого мы не видимъ; все наиболѣе рѣзкія столкновенія общественныхъ классовъ закрываются и разрѣшаются не мѣрами магистратовъ, а такими или иными законодательными постановленіями (*leges Valeriae et Horatiae, Licinia Sextiae* и т. д.).

Это возраженіе однако, несколько не затрагиваетъ существа вопроса. Магистратъ имѣетъ право въ нужныхъ случаяхъ воспользоваться на свой рискъ всею полнотою своей власти; но захочетъ-ли онъ, дѣйствительно, въ каждомъ конкретномъ случаѣ взять на себя этотъ рискъ—это другой вопросъ, разрѣшеніе котораго зависитъ и отъ степени важности дѣла и отъ личной рѣшимости даннаго магистрата. Неудивительно, что въ случаяхъ только-что указанныхъ, гдѣ дѣло шло о самыхъ основныхъ принципахъ римскаго гражданскаго

строю, магистраты не рисковали разрѣшать столкновѣнія своей личной властью, предоставляя улаженіе положенія самому народу и даже вызывая народъ на такое активное участіе (созывая народное собраніе). И въ нашемъ гипотетическомъ примѣрѣ если-бы напр., подъ влияніемъ волненій всѣ бѣдные должники потребовали сложенія долговъ или раздѣла между ними общественной земли,—возможно, что нашъ комиссаръ не рѣшился бы на это собственною властью, а испросилъ бы указанія, а можетъ быть даже закона свыше.

Принятіе подобныхъ мѣръ въ острыхъ случаяхъ часто влекло бы за собой не водвореніе общественнаго порядка, а наоборотъ—еще большее распатываніе его. Понятно поэтому, что магистратъ дѣйствовалъ самостоятельно только тогда, когда онъ чувствовалъ подъ собою болѣе твердую почву, когда вопросъ не имѣлъ остраго политическаго характера. Такъ, мы видимъ весьма оживленную дѣятельность претора именно въ смыслѣ водворенія общественнаго порядка въ смутную эпоху гражданскихъ войнъ послѣдняго столѣтія республики (*actio doli, quod metus causa, edictum de nautis sauronibus etc.*), дѣятельность эдиловъ въ области рыночнаго порядка и т. д.

Когда въ настоящее время заходитъ рѣчь о роли суда и судьи, когда подымается вопросъ о различныхъ проблемахъ судейской дѣятельности, мы сплошь и рядомъ встрѣчаемъ ссылки на римскую претору. Такъ напр., *O. Bülow* въ своей живой и интересной брошюрѣ „*Gesetz und Richteramt*“ (1885), коснувшись историческаго соотношенія между закономъ и судомъ, говорятъ: „Вездѣ государственная власть свое призваніе—упорядочивать общежитіе—осуществляла долгое время исключительно путемъ суда. Столѣтія должны были пройти, прежде нежели государство доросло до права, регулируемаго закономъ. Стремленіе къ познанію абстрактныхъ юридическихъ истинъ не свойственно юнымъ народамъ. Право есть продуктъ опыта, продуктъ горькой необходимости, которая отъ случая къ случаю заставляла улаживать столкновѣнія человѣческаго эгоизма и страстей виѣнчаннымъ приговоромъ государственной власти“. Въ видѣ примѣра затѣмъ *Bülow* приводитъ и римскаго претора. „Когда, говоритъ онъ, послѣ законовъ XII т. обнаруживалась потребность въ болѣе глубокихъ измѣненіяхъ права, то эти измѣненія въ огромномъ большинствѣ случаевъ были произведены не путемъ законовъ, а путемъ твор-

ческой работы судовъ. Судебный магистратъ—преторъ—работаетъ надъ этой задачей почти половину тысячелѣтїя, и изъ этой работы вырастаетъ судебное право—*ius honorarium*, которое не удовлетворяется простымъ осуществленіемъ или дополненіемъ права законодательнаго, но даже выступаетъ съ положеніями противозаконными, проводя ихъ въ жизнь отъ случая къ случаю. Только ежегодное объявленіе этихъ положеній заранѣзъ составляетъ гарантію противъ чрезвычайной неравномѣрности и произвола“²⁾.

Точно также ссылаются на претору, когда по поводу современныхъ кодификацій возникаетъ вопросъ о широтѣ судейскаго усмотрѣнія. Такъ напр., *Endemann*, характеризуя свободу судейскаго усмотрѣнія въ новомъ Германскомъ уложеніи, дѣлаетъ слѣдующее примѣчаніе: „Все это напоминаетъ о работѣ римскаго претора. И на немъ лежала задача осуществленія закона въ процессуальномъ и матеріальномъ отношеніи; и тогда приходилось рѣшать соціальныя проблемы и удовлетворять требованіямъ соціальной справедливости; и онъ это исполнилъ“³⁾.

Все наше изслѣдованіе показываетъ, насколько подобныя ссылки неосновательны. Въ какую бы сторону мы ни рѣшали вопросы, касающіеся широты и задачъ судейской дѣятельности, мы ни въ какомъ случаѣ не имѣемъ права ссылаться при этомъ на претору, ибо ея дѣятельность, ея участіе въ юридической жизни римскаго народа опредѣлялось не принципами суда, а принципами администраціи, и притомъ администраціи совершенно особенной.

Ни одинъ современный законъ не предоставитъ, конечно, суду права, рѣшать дѣла вопреки закону, а тѣмъ болѣе практически отмѣнять правовыя нормы откровенными заявленіями въ какихъ нибудь судебныхъ эдиктахъ. Это значило бы уничтожить юридическую силу самаго закона, и ставить судъ въ положеніе, прямо противорѣчащее его основному назначенію въ государственномъ механизмѣ. И въ Римѣ мы имѣемъ примѣры довольно широкой, но уже чисто судебной дѣятельности: это юридическая дѣятельность понтификовъ, частныхъ судей (*judices privati*) и т. д.: но дѣятельность эта, несмотря даже на ея значительное творческое вліяніе, опредѣлялась совсѣмъ

²⁾ I. cit. S. 17—19.

³⁾ Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. I (3-te Aufl. 1897). S. 48, прим. 4.

не тѣми принципами, которые лежали въ основѣ дѣятельности преторовъ. Дѣятельность судьи сводилась и тамъ къ уясненію смысла правовой нормы, выраженной въ законѣ или въ обычай или, наконецъ, въ преторской формулѣ, сводилась, вообще говоря, къ *interpretatio*; но права идти противъ закона и такимъ путемъ „рѣшать социальныя проблемы“ онъ никогда не имѣлъ. Даже въ классическую эпоху, много времени спустя послѣ установленія *bonorum possessio*, напр., судья долженъ былъ *in iudicio* признавать отвергнутыя и преторскимъ эдиктомъ и народнымъ сознаниемъ претензіи гражданского *heres*—только потому, что самая норма гражданского права оставалась законнымъ образомъ не отмѣненной; мы знаемъ, что въ виду этого необходима была каждый разъ преторская *denegatio actionis*. Уже на этомъ примѣрѣ мы видимъ неотклонную зависимость судьи отъ велѣній закона; что-либо свое судья можетъ внести только тамъ, гдѣ законъ оставляетъ ему извѣстный просторъ въ пониманіи того или иного выраженія.

Для преторы никакихъ подобныхъ рамокъ не существовало: онъ могъ идти и дѣйствительно шель часто прямо противъ смысла закона, не прикрываясь ничѣмъ и не подводя свои постановленія, хотя бы даже путемъ очевидныхъ натяжекъ подъ ту или иную норму гражданского права. Даже самая грубая натяжка содержитъ въ себѣ принципиальное признаніе закона, принципиальное подчиненіе ему. Преторъ, однако, даже въ такой маскѣ не заботится; она ему не пужна, ибо онъ не судья, предназначенный для простаго примѣненія закона, а магистратъ, блюдуцій за сохраненіемъ общественнаго мира и порядка, и въ этомъ отношеніи не ограниченный даже закономъ.

Источникъ преторскихъ реформъ въ области гражданского права заключается, такимъ образомъ, не въ особенностяхъ римской судебной дѣятельности, а въ особенностяхъ римскаго государственнаго права, и въ частности въ особенномъ характерѣ римскихъ магистратуръ. Особенности эти блестящимъ образомъ были очерчены уже *Лерингомъ*, и намъ остается только напомнить эту характеристику.

„Черезъ всѣ наши учрежденія, говоритъ *Лерингъ*⁴⁾, красной нитью проходитъ духъ недовѣрія; полная власть вездѣ внушаетъ намъ опасенія, и мы успокаиваемся только тогда, когда отнимемъ у нея возможность злоупотребленія. Эта боязнь личности и предпочтеніе

⁴⁾ Geist des röm. Rechts. Bd. II, 1-te Abth. § 35 (2-te Aufl. S. 246 и сл.).

мертвого правила является характерной чертой нашего времени, проникающей не только отношенія публичнаго права. Возьмемъ наше чиновничество. Какъ оно подавлено тяжестью законовъ, распоряженій, инструкцій, которыя должны указывать чиновнику, какъ слѣзцу, его самый малѣйшій шагъ! Даже тамъ, гдѣ мертвый законъ оставляетъ пробѣлы и этимъ даетъ случай проявиться личному усмотрѣнiю, наше недоувѣрiе отнимаетъ эту возможность, предписывая чиновнику испрашивать разрѣшенiе выше... Нелѣпѣйшимъ, но послѣдовательнымъ проявленiемъ этой политики боязни было бы поставленiе военачальника, находящагося передъ фронтомъ врага, подъ контроль отдаленной военной канцелярiи, предписание ему каждый разъ испрашивать разрѣшенiе на бой и одобренiе боеваго плана“.

„Римская система представляетъ полную противоположность. Римляне знали, что могущественное государство пуждается и въ могущественныхъ органахъ, что государство со связанными членами не въ состоянiи создать ничего великаго; ни боязнь передъ возможностью злоупотребленiя, ни любовь къ свободѣ не мѣшали имъ снабдить своихъ магистратовъ полною властью. Привычные къ энергическому проявленiю силы во всѣхъ отношенiяхъ, они менѣе всего, конечно, могли бы терпѣть слабость и безсилiе во главѣ государства. Не робкаго и безпритязательнаго, а повелительнаго и царскаго поведенiя желалъ римскiй народъ отъ своего пачальства; сила и величiе самого государства должно было отражаться въ этомъ послѣднемъ. Съ этой цѣлью ему было предоставлено все необходимое могущество, и Полибiй могъ справедливо сказать, что римское государство, если имѣть въ виду его магистратовъ, производитъ впечатлѣнiе монархiи. Полнота власти, которою были снабжены римскiе магистраты искони, сохранилась неприкосновенною съ IV вѣка до самаго конца республики; римская демократiя не стремилась, какъ у насъ, ослаблять силу правительства и авторитетъ чиновничества въ мнимо-мъ интересѣ народнаго суверенитета“.

„Въ высокой степени замѣчательна независимость и самостоятельность магистрата по отношенiю къ народу. Народъ создавалъ себѣ въ магистратѣ не слугу, не нѣчто низшее (minister), а господина, т. е. нѣчто высшее (magister). То обстоятельство, что онъ избирается народомъ и по сложении должности можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности передъ народомъ, на самую власть не оказываетъ никакого влiянiя. Какъ только магистратъ вступалъ въ должность, его

отношеніе къ народу совершенно измѣнилось: до сихъ поръ онъ смотрѣлъ на народъ снизу вверхъ, теперь онъ смотритъ на него сверху внизъ. Воля народа теперь ничего не можетъ отнять у него и не можетъ помѣшать ему при отправленіи должности дѣйствовать совершенно по своему убѣжденію. Воля народа представляетъ собою лишь транзиторный моментъ; она исчерпывается въ актѣ избранія и затѣмъ на цѣлый годъ отступаетъ назадъ. Конечно, магистраты обращаютъ вниманіе на волю и желанія народа, но въ сущности не болѣе того, чѣмъ это дѣлаетъ въ монархическомъ государствѣ князь. Тамъ, гдѣ они были другаго убѣжденія, они ничуть не останавливались передъ народнымъ убѣжденіемъ, и въ источникахъ мы имѣемъ выраженія, которыя дышатъ почти абсолютистическимъ образомъ мыслей“.

„Римскія, какъ граждански-правовыя, такъ и публично-правовыя отношенія власти представляются широкими, эластичными формами, которыя предоставляютъ личности свободу движенія и только въ личности ихъ посетеля получаютъ свое настоящее содержаніе. Они являютъ полную противоположностью тому, что мы имѣемъ въ настоящее время, полную противоположностью тѣмъ механизмамъ, которые—по нашему возрѣнію—должны быть независимы отъ личности субъекта, должны быть всегда одинаковыми, неизмѣнными, должны не подчиняться личности, а подчинять личность себѣ. Римскія отношенія господства и власти находятся, напротивъ, въ прямой зависимости отъ индивидуальности ихъ субъекта; они достаточно эластичны, чтобы не связывать сильный характеръ, но они тотчасъ же сморщиваются, какъ платье въ сказкѣ, когда попадаютъ на плечи величины незначительной. Въ силу абстрактнаго права власть той или другой магистратуры является всегда одинаковой, но въ дѣйствительности мѣра этой власти опредѣляется всегда моральной силой ея посетеля. Слабый, робкій характеръ, владѣя этой властью, не рѣшался пользоваться ею во всемъ ея могуществѣ; понятно, что она въ рукахъ такого магистрата утрачивала свое значеніе, подчинялась даже тамъ, гдѣ въ этомъ не было необходимости, избѣгала столкновеній, а если даже и рисковала на нихъ, то оказывалась побѣжденной. Но появился въ той же роли человекъ цѣльный, желѣзный характеръ, истинный повелитель—и какъ возвышалась тогда та же должность, до какой степени достоинства, силы, величія достигала она! Возстановлялись права, которыми предшественники не рѣшались пользоваться въ теченіе столѣтій, выдвигались новыя требованія, возобнов-

лялся и усиливался блескъ должности, и еще долго потомъ преемники пользуются выгодами этого одного должностнаго года“...

Къ этой характеристикѣ римскихъ магистратуръ прибавить нечего. Общій духъ и общія достоинства римскаго правоваго строя уловлены Герингомъ чрезвычайно вѣрно. Но правильная оцѣнка достоинствъ римской системы соединяется у Геринга съ нѣкоторымъ отрицательнымъ отношеніемъ къ нашей нынѣшней системѣ, проникнутой стремленіемъ къ самому строгому господству закона. Между тѣмъ и тамъ и здѣсь необходимо отношеніе болѣе объективное.

Конечно, римская система предоставляла почти полный просторъ личности каждаго даннаго магистрата. Не связанный никакими предписаніями, теоретически не связанный даже закономъ, магистратъ могъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ устанавливать такой порядокъ, который соотвѣтствовалъ его убѣжденіямъ, его представленіямъ о правдѣ и справедливости. При такихъ условіяхъ правовой строй утрачивалъ все неудобства, неизбежно вытекающія изъ господства абстрактныхъ правилъ закона, приобреталъ чрезвычайную гибкость, подвижность и эластичность. Въ каждую данную эпоху каждый конкретный случай могъ быть нормированъ сообразно его особеннымъ условіямъ, и бѣдствіе „*summum jus summa injuria*“ теоретически для такого правопорядка не существовало. Съ другой стороны, эта эластичность юрисдикціи чрезвычайно способствовала историческому движенію права. Всякая нарождающаяся потребность благодаря возможности конкретныхъ рѣшеній почти немедленно находила себѣ надлежащее удовлетвореніе, не ожидая того момента, когда она дойдетъ до общаго народнаго сознанія и когда она получитъ въ законѣ общее теоретическое разрѣшеніе, что, конечно, совершается довольно медленно. Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ римскій правопорядокъ имѣлъ неоспоримыя преимущества предъ нашимъ современнымъ. „Можно съ увѣренностью сказать, что при нашемъ государственномъ устройствѣ, при необходимости создавать особый законъ для всякаго мельчайшаго измѣненія въ области граждански-правовыхъ отношеній, римское право никогда не достигло бы той удивительной стройности и выработанности, которую мы въ немъ находимъ“⁵⁾.

⁵⁾ См. „Право и Фактъ“. Ч. I. Стр. 144.

Но есть и обратная сторона медали.

Право имѣть своею общею задачей установить *правила поведения* для всѣхъ отдѣльныхъ членовъ общества. Въ римскомъ правопорядкѣ съ его теоретической возможностью для магистрата не считаться съ закономъ, эти правила поведения въ концѣ концовъ, конечно, зависятъ отъ воли и усмотрѣнія магистрата, т. е. отдѣльнаго лица. А въ этомъ заключается, очевидно, если не самое рабство, то, по крайней мѣрѣ, возможность рабства.

Право имѣть, далѣе, своею задачей установить общій компромиссъ между сталкивающимися *интересами* индивидуумовъ. Предоставленіе магистрату оцѣнивать эти сталкивающиеся интересы по своему свободному усмотрѣнію заключаетъ въ себѣ неоспоримый рискъ ввести въ юрисдикцію субъективность, партійность, „классовыя точки зрѣнія“ и т. подобныя вещи, которыя вмѣсто успокоенія могутъ вызвать только раздраженіе.

Вообще, отсутствіе неизбѣжныхъ, абстрактныхъ, для всѣхъ извѣстныхъ нормъ въ высокой степени противорѣчить интересамъ прочнаго гражданскаго (экономическаго) оборота: возможность не получить иска, когда на него имѣешь право, возможность, что заключенный мною договоръ будетъ признанъ недействительнымъ, когда на него разсчитываешь по всѣмъ правиламъ закона, и т. д., и т. д.— все это, конечно, не можетъ не служить великимъ тормазомъ для живаго экономическаго движенія, въ особенности когда это послѣднее дѣлается все интенсивнѣе и интенсивнѣе.

Если при всемъ томъ римское общество не только жило, но долго и процвѣтало подъ господствомъ такого юридическаго строя, то причиной этому было, во-первыхъ, то обстоятельство, что римскій экономическій оборотъ въ первые вѣка былъ довольно неразвитъ, а, во-вторыхъ и главнѣе всего то, что Римъ жилъ, по крайней мѣрѣ, въ первую половину республики необычайно интенсивною и открытою общественною жизнью. Полная публичность всѣхъ дѣйствій магистратовъ, живое общественное мнѣніе, проникающее каждаго римлянина чувство личной свободы и достоинства—все это исключало *фактически* возможность эгоистическаго произвола—съ одной стороны и рабскаго подчиненія—съ другой.

Когда, однако, съ теченіемъ времени римская общественная жизнь утратила эти черты, то и римскій правовой порядокъ обнаруживаетъ тенденцію къ измѣненію своего основнаго характера. Вы-

раженіємъ этой тенденціи являются *lex Cognelia*, концентрація (посредствомъ *appellatio*) вышей юрисдикціи въ рукахъ императора, Адріановская редакція эдикта. Всѣ эти историческія явленія, какъ справедливо замѣчаетъ *Schultze*⁶⁾, представляютъ собою постепенную борьбу и постепенную побѣду абстрактнаго права надъ правомъ, устанавливаемымъ для каждаго конкретнаго случая.

Мы—народы новаго міра и новой культуры—далеко не можемъ похвалиться ни свойствами римскаго характера, ни римской общественной жизнью; своей исторической судьбой мы приучены дорожить „мертвымъ правиломъ“, какъ одной изъ гарантій нашей независимости отъ личнаго произвола, приучены цѣнить начало *строгой законности*, даже со всѣми его неудобствами. И можно сказать въ заключеніе, что чѣмъ ниже уровень культурности и общественности народа, тѣмъ это начало законности для него цѣннѣе и необходимѣе.

⁶⁾ *Privatrecht und Process*. S. 417—418.