

СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА.

I. Общая часть.

+ 2. 4. 5. часть
(сборник вопросов)

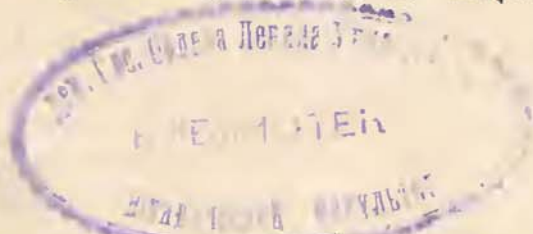
КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

Профессора Московскаго Университета

В. М. Хвостова.

Издание четвертое.

Просмотровое пр.-доц. А. Э. Ворমেомъ.



СКЛАДЪ ИЗДАНИЯ ВЪ КНИЖНЫХЪ МАГАЗИНАХЪ

Н. П. Карбаснинова

Петербургъ,
Гостиный дв., 19.

Москва,
Моховая, д. Баженова.

Варшава,
Нов. Свѣтъ, д. 69.

Вильно,
Большая, д. Гордона.

1908.

ВВЕДЕНІЕ.

Значеніе римскаго права для русскаго юриста. Система курса. Важнѣйшія пособія.

I. Съ паденіемъ Римской имперіи римское гражданское право, какъ извѣстно, не отжило своего вѣка. Оно было рецепировано новыми европейскими народами: долгое время оно примѣнялось у нихъ въ той формѣ, которую получило въ сборникахъ Юстиніана, а затѣмъ легло въ основу обычая и кодексовъ, которые начали издавать одно за другимъ государства Западной Европы. Разными путями пробивалось вліяніе римскаго права и въ Россіи¹. Такимъ образомъ, римское гражданское право въ настоящее время представляетъ для юриста не одинъ только историческій интересъ. Для лица, которое хочетъ посвятить себя изученію гражданскаго права, необходимо знакомство не только съ историческимъ процессомъ развитія римскаго права, но и съ системой римскаго гражданскаго права въ ея развитомъ видѣ. Систему эту слѣдуетъ изучать въ той формѣ, которую она получила въ обработкѣ новѣйшихъ юристовъ, такъ какъ въ этой формѣ она легла въ основу современныхъ законодательствъ и стала фундаментомъ современной науки гражданскаго права.

Значеніе, которое изученіе системы римскаго права имѣетъ для русскаго юриста, можно выразить въ слѣдующихъ положеніяхъ².

1. Не слѣдуетъ искать въ нормахъ римскаго права удовлетворительнаго разрѣшенія всѣхъ запросовъ, выдвигаемыхъ современной жизнью. Римское право не есть „ratio scripta“, а является продуктомъ опредѣленныхъ историческихъ условій и не можетъ быть во всей полнотѣ пересажено на почву современной жизни. Но историческія же условія придали нѣкоторымъ ученіямъ римскаго права характеръ до извѣстной степени космополитическій и въ силу этихъ свойствъ римское право доставило матеріалъ для весьма важныхъ отдѣловъ современныхъ гражданскихъ кодексовъ какъ Западной Европы, такъ и Россіи. Особенно сильно сказалось его вліяніе въ ученіяхъ общей части и обязательственнаго права (см. объ этихъ терминахъ ниже).

2. Съ другой стороны, для русскаго юриста полезно изученіе римскаго права и въ тѣхъ его отдѣлахъ, гдѣ оно расходится съ русскимъ. Если юристъ будетъ воспитанъ на одномъ родномъ правѣ, то кругозоръ его будетъ слишкомъ узокъ. Лучшимъ средствомъ для того, чтобы углубить познанія въ правѣ своей страны, является сравненіе его съ какимъ-либо другимъ; сравненіе даетъ поводъ ставить вопросы о характерѣ замѣченныхъ различій и ихъ причинахъ,

¹ О рецепціи и объ исторіи разработки римскаго права въ наукѣ соответственные отдѣлы включены будутъ въ 3-е изданіе моего учебника *Исторія Римскаго права*.

² Ср. *Дювернуа*. Значеніе римскаго права для русскихъ юристовъ. Ярославль 1872.

и въ связи съ этимъ заставляеть глубже вникать въ изучаемый матеріаль. Римское право въ виду своего универсальнаго значенія, конечно, является наиболѣе подходящимъ матеріаломъ для такихъ сравненій.

3. Римское право лежитъ въ основѣ всей современной цивилистической науки и въ этомъ качествѣ составляетъ фундаментъ т. наз. общей теоріи гражданского права.

4. Благодаря ясности и рѣзкости своихъ очертаній, сравнительной простотѣ содержанія и законченности своего развитія, римское право содержитъ пока наиболѣе подходящій матеріаль для занятій начинающихъ юристовъ. Занятія римскимъ правомъ служатъ лучшимъ средствомъ для развитія способности и навыка къ юридическому анализу. Особенно важное значеніе въ этомъ смыслѣ занятія римскимъ правомъ получаютъ именно въ Россіи³, ибо при неполнотѣ, неясности и неточности многихъ отдѣловъ и положеній нашего отечественнаго гражданского кодекса, было бы весьма затруднительно предлагать учащимся юристамъ работать надъ этимъ кодексомъ, не пріучивши ихъ предварительно къ юридической работѣ на болѣе удобномъ матеріалѣ, каковымъ является римское право.

5. Сочиненія римскихъ юристовъ сами по себѣ содержатъ классическіе образцы юридическаго анализа самыхъ сложныхъ житейскихъ отношеній, а также критики и толкованія нормъ права; римскіе юристы никогда не забывали о высшей цѣли, присущей праву, и ихъ сочиненія лучше всего могутъ показать, какъ слѣдуетъ обращаться съ правомъ, чтобы оно постоянно оставалось справедливымъ⁴.

II. Положенія римскаго гражданского права принято въ настоящее время излагать, главнымъ образомъ, по одной изъ двухъ системъ: по системѣ институціонной, начало которой положили еще Римляне (она принята въ *Institutiones Gaii* и *Justiniani*), и по системѣ германской, созданной въ началѣ XIX столѣтія. Первая изъ этихъ системъ состоитъ въ томъ, что весь юридическій матеріаль располагается по тремъ отдѣламъ: а) *Jus quod ad personas pertinet*: здѣсь содержится ученіе о субъектѣ права, его возникновеніи и уничтоженіи. Въ виду тѣсной связи съ этими вопросами, сюда влетается также изложеніе семейныхъ отношеній, за исключеніемъ *dos* (для которой вообще подходящаго мѣста въ этой системѣ нѣтъ). б) *Jus quod ad res pertinet*; здѣсь излагаются нормы, касающіяся благъ, подчиненныхъ господству субъекта; тутъ находятъ свое мѣсто собственность, *iura in re aliena*, наследованіе и легаты (какъ особые способы перехода имущественныхъ правъ) и обязательства, в) *Jus quod ad actiones pertinet*; сюда входитъ ученіе о защитѣ правъ, насколько эта защита оказываетъ вліяніе на самыя матеріальныя права, подлежащія защитѣ. Эта система теперь особенно распространена во Франціи; въ Германіи ей слѣдуютъ элементарные курсы римскаго права, такъ называемые *Institutionen*; эти курсы замѣняютъ въ нѣмецкихъ университетахъ курсы энциклопедіи права и должны подготовить студента къ изученію подробнаго курса Пандектъ. Курсъ Пандектъ излагается въ Германіи по второй изъ вышеназванныхъ системъ. Система эта принята для изложенія римскаго права также въ Россіи. Выработана она въ общихъ чертахъ въ концѣ 18 и началѣ 19 столѣтія въ трудахъ двухъ нѣмецкихъ ученыхъ: впервые ее примѣнилъ *Hugo* въ своихъ „*Institutionen des heutigen röm. Rechts*“ (1789 г.),

³ Ср. замѣчанія о значеніи римскаго права для англійскихъ юристовъ у *J. Bryce*, *Studies in history and jurisprudence*, т. II (1901), 475 сл.

⁴ Ср. *Stammler*, *die Lehre v. d. richtigen Rechte* (1902 г., стр. 163 слл.).

а подробно развилъ *Heise* въ „Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts“ (1807 г.). Сущность системы въ ея теперешнемъ видѣ сводится къ тому, что весь матеріаль гражданскаго права раздѣляется на двѣ обширныя части: часть общую, которая содержитъ въ себѣ изложеніе общихъ понятій, необходимыхъ при изученіи любого изъ вопросовъ особенной части, и часть особенную, гдѣ излагается ученіе объ отдѣльныхъ видахъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Въ общей части изучаются вопросы о томъ, что такое право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, и каковы ихъ элементы, что такое субъектъ и объектъ права, какъ субъективныя гражданскія права возникаютъ, измѣняются и прекращаются, какое вліяніе на матеріальныя права оказываетъ ихъ процессуальная защита. Особенная часть распадается на нѣсколько отдѣловъ, по видамъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Такихъ отдѣловъ въ системѣ римскаго права три: права вещныя, обязательственныя, семейныя. Четвертый отдѣлъ составляетъ ученіе объ особомъ способѣ перехода гражданскихъ правъ—о наслѣдованіи (наслѣдственное право).

Эта послѣдняя система положена въ основу преподаванія римскаго гражданскаго права и въ Московскомъ Университетѣ.

III. Важнѣйшими пособіями для *болѣе обстоятельнаго* изученія системы (или догмы) римскаго гражданскаго права могутъ служить слѣдующія руководства (ниже цитируемыя только по именамъ ихъ авторовъ).

1) На *нѣмецкомъ* языкѣ — болѣе подробное изложеніе: *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* (9 изд., обработ. *Kipp*'омъ, 1907 г.; 2 т. этого руководства есть въ русск. пер., но со старыхъ изданій). *Dernburg Pandekten* (7 изд., при участіи *Biermann*'а 1905 г.; 1-й и 2-й т. переведены на русск. языкъ). *Vangerow Lehrbuch der Pandekten* (7 изд. 1863 слл.). *Brinz Lehrbuch der Pandekten* (2—3 изд. при участіи *Lotmar*'а, 1884—1892 г.). Болѣе краткія руководства: учебники Пандектъ *Baron*'а (есть русск. пер. Петражицкаго), *Wendt*'а, *Arndts*'а. Особенно обстоятельное изложеніе *классическаго* римскаго гражданскаго права содержитъ книга: *Mitteis Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*. Вышелъ пока т. I (1908 г.).

2. На *французскомъ* языкѣ: *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain (4 изд. 1906 г.); *Accarias*, Précis de droit romain (4 изд. 1891 г.). *Herzen*, Précis de droit romain 1906 (очень краткій).

3. На *итальянскомъ* языкѣ: С. *Ferrini*, Manuele di Pandette 1900 г. Только общую часть содержатъ въ себѣ руководства: *Regelsberger Pandekten* 1893 г. *Hölder*, Pandekten 1891 г. *Bekker*, System des heut. Pandektenrechts, 1886—9.

Въ большинствѣ этихъ руководствъ (особенно у Виндшейда) желающіе найдутъ обстоятельныя указанія на монографическую литературу и полный перечень источниковъ по отдѣльнымъ вопросамъ нашей науки.

Существующіе на русскомъ языкѣ курсы (Муромцева, Митюкова, Азаревича, Загурскаго и др.) имѣютъ въ общемъ болѣе элементарный характеръ, нежели указанные выше иностранныя руководства. Тоже самое нужно сказать и объ англійскихъ учебникахъ римскаго права.—Предлагаемый курсъ также содержитъ въ себѣ лишь *элементарное* изложеніе основъ римскаго гражданскаго права. Для желающихъ болѣе обстоятельно познакомиться съ предметомъ въ примѣчаніяхъ къ тексту сдѣланы ссылки на поименованныя выше нѣмецкія, французскія и итальянское руководства и на нѣкоторыя другія, наиболѣе доступныя для начинающихъ, литературныя пособія, а также указаны важнѣйшія мѣста изъ источниковъ.

ОТДѢЛЪ I.

Право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ.

1. Глава. Понятіе и дѣленіе права въ объективномъ смыслѣ.

§ 1. Право въ объективномъ смыслѣ. Отличіе его отъ морали и нравовъ.

I. Человѣкъ не можетъ достигнуть полнаго развитія своихъ силъ и полнаго удовлетворенія своихъ потребностей иначе, какъ при совмѣстной жизни и дѣятельности съ себѣ подобными существами¹. Однако, прочно организованное человѣческое общежитіе мыслимо лишь при одномъ условіи: каждый членъ общества долженъ поступиться частью своей индивидуальной свободы для того, чтобы извѣстная неприкосновенная сфера свободы была предоставлена каждому изъ остальныхъ участниковъ общественнаго союза. Такой порядокъ необходимъ какъ для того, чтобы каждая отдѣльная личность въ обществѣ могла свободно развиваться, такъ и для того, чтобы дѣлалось возможнымъ достиженіе общихъ цѣлей всего общественнаго союза. Для этой цѣли необходимъ рядъ нормъ, опредѣляющихъ, какова должна быть мѣра свободы, предоставленная каждому отдѣльному индивиду въ обществѣ, каковы должны быть отношенія участниковъ союза между собою и ко всему союзу. Среди нормъ, регулирующихъ жизнь общественныхъ союзовъ, первое мѣсто занимаютъ по своему значенію нормы юридическія; *совокупность юридическихъ нормъ, дѣйствующихъ въ данную эпоху въ данномъ общественномъ союзѣ называется правомъ въ объективномъ смыслѣ.*

Право можетъ вырабатываться въ каждомъ общественномъ союзѣ; требуется только, чтобы союзъ обладалъ достаточнымъ авторитетомъ, былъ въ состояніи предписывать своимъ членамъ извѣстный образъ дѣйствій и самостоятельно регулировать свои отношенія сообразно съ интересамъ, къ удовлетворенію которыхъ стремится данный союзъ. Мы имѣемъ, напр., церков-

¹ О причинахъ, обуславливающихъ необходимость общенія между людьми, см. *Schmoller*, Grund. d. allgem. Volkswirtschaftslehre I (1901 г.), стр. 6 слл. *Gareis*, Encykl. d. Rechtswiss., 2 изд. 1900 г. § 2, § 7. *Чичеринъ*. Философія права (1900 г.), стр. 56 сл. *Хвостовъ*. Общая теорія права § 2.

ное и международное право, которыя вырабатываются въ церковномъ и международномъ союзахъ. Но преимущественною областью права является *государство*. Подъ именемъ государства понимается союзъ свободныхъ людей, живущихъ осѣдло на опредѣленной территоріи и объединенныхъ подчиненіемъ самостоятельной верховной власти³.

II. Право въ объективномъ смыслѣ слѣдуетъ отграничить отъ другихъ нормъ, которыя, на ряду съ правомъ, регулируютъ взаимныя отношенія людей, живущихъ въ государствѣ. Такими нормами являются *мораль* и *нравы* (*mores*—по латинской терминологіи)⁴.

1. Прежде всего, опредѣлимъ, чѣмъ отличается *мораль* отъ права. Различіе между этими категоріями нормъ очень глубоко. Дѣло въ томъ, что право имѣетъ своею цѣлью регулировать *внѣшнее* поведеніе членовъ общества, установивъ такія нормы, чтобы никто не могъ своими поступками нарушать интересовъ государства, частныхъ лицъ и неприкосновенность чужой личности⁵; цѣль же морали направлена не на регулированіе внѣшнихъ поступковъ людей, а на то, чтобы воспитать *внутреннее*, духовное настроеніе членовъ общественнаго союза.

Изъ сказаннаго не слѣдуетъ, однако, что право и мораль стоятъ въ какомъ-либо антагонизмѣ другъ съ другомъ; напротивъ, въ нормальномъ состояніи и право, и мораль должны идти рука объ руку и пополнять другъ друга; если предписанія морали и права расходятся и удаляются другъ отъ друга, то въ жизни общества чувствуется серьезный разладъ. Отношеніе между моралью и правомъ сводится, въ сущности, къ принципу раздѣленія труда; право и мораль вмѣстѣ должны вести къ одной общей имъ обоимъ цѣли—благополучію всего общества и отдѣльныхъ его членовъ⁶.

2. Перейдемъ къ различію между правомъ и *нравами*. Подъ нравами разумѣется рядъ нормъ, имѣющихъ цѣлью регулировать внѣшнее поведеніе людей въ обществѣ; нормы эти, такимъ образомъ, имѣютъ цѣлью общую съ правомъ, именно: обезпечить такое поведеніе со стороны гражданъ, при которомъ въ обществѣ былъ бы внѣшній порядокъ, каждый индивидъ не мѣшалъ бы другому жить и развиваться, а все общество могло бы идти къ достиженію цѣлей общежитія.

Разница между предписаніями права и нравовъ состоитъ въ томъ, что нравы берутъ подъ свою защиту менѣе важные интересы, чѣмъ право; потому нормы права отличаются болѣе принудительнымъ характеромъ, чѣмъ нормы нравовъ⁷. Нормы права имѣютъ тенденцію господствовать надъ нами независимо отъ нашей воли; право само опредѣляетъ тѣ условія, при наличности которыхъ каждое отдѣльное лицо должно имъ повиноваться. Каждое

³ Опредѣленія государства съ различныхъ точекъ зрѣнія см. у *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre* (1900 г.), стр. 65 (съ социальной точки зр.), 159 и 161 (съ юридич. т. з.), 237 (съ телеологической т. з.), 239 и 329 (съ историч. т. з.); обзоръ иныхъ опредѣленій: стр. 125 слл.

⁴ См. *Gareis* *op. cit.* стр. 20 пр. 1. Объ эволюціи и дифференціаціи нормъ права, нравовъ и морали см. *Schmoller* *op. cit.* стр. 41—56. *Хвостовъ*. Общ. теор. пр., §§ 12—14, 16.

⁵ См. объ этомъ *Jellinek*, *op. cit.*, стр. 224 слл.

⁶ Ср. къ этому *Schmoller*, *op. cit.* стр. 57—59. *Чичеринъ*, *op. cit.* стр. 83—92; стр. 188 сл.; стр. 224 сл. *Jellinek*, *op. cit.* стр. 305 сл. *Gareis*, *op. cit.* стр. 23. *E. Grüber*, въ *Birkmeyer's Enc. d. Rechtswiss.* (1901 г.), стр. 17. *Stammler*, *die Lehre v. d. richt. Rechte* (1902 г.).

⁷ См. къ этому *Gareis*, *op. cit.* стр. 26. *Хвостовъ*, общ. теорія § 13, стр. 52 слл.

государство может воспретить своимъ гражданамъ покидать его территорію и выходить изъ подъ господства установленныхъ имъ нормъ права. Большинство государствъ не дѣлаютъ этого теперь лишь потому, что считаютъ это бесполезнымъ. Что касается нормъ нравовъ, то онѣ претендуютъ на господство надъ нами только до тѣхъ поръ, пока мы сами готовы подчиняться имъ. Если я принадлежу къ купеческому классу или къ корпораціи адвокатовъ, то я тѣмъ самымъ обязуюсь подчиняться нравамъ, существующимъ въ этой средѣ. Если я не желаю повиноваться имъ, то я воленъ выйти изъ того общества или союза, гдѣ они примѣняются. — Есть и другое различіе между правомъ и нравами, болѣе вышнее. Нормы права защищаются отъ нарушенія, главнымъ образомъ, путемъ организованнаго принужденія: въ государствѣ существуютъ опредѣленные органы, которые, дѣйствуя въ установленномъ порядкѣ, налагаютъ опредѣленные кары за нарушеніе юридическихъ нормъ. Права же защищаются въ формѣ такъ называемаго неорганизованнаго принужденія. Если человекъ нарушаетъ предписаніе нравовъ, то общество можетъ отвернуться отъ него, высказать ему свое порицаніе, наконецъ, заставить его выйти изъ своей среды; здѣсь главнымъ контролирующимъ органомъ является общественное мнѣніе ⁸.

Но въ этой разницѣ права и нравовъ по способу защиты нельзя видѣть основного признака различія, ибо есть такія нормы права, которыя не защищаются въ формѣ организованнаго принужденія и тѣмъ не менѣе признаются всеѣмъ за юридическія нормы (напр. нормы, регулирующія положеніе главы государства въ монархіяхъ) ⁹.

3. Въ заключеніе этого обзора мы должны сказать, что границы между нормами морали, нравовъ и права измѣняются съ теченіемъ времени. Въ одну эпоху извѣстная норма относится къ области нравовъ, въ другую эта норма можетъ перейти въ разрядъ юридическихъ нормъ, и наоборотъ. Примеры этому въ изобиліи даетъ исторія права. Такъ, въ древнемъ Римѣ нѣкоторыя обязательственныя сдѣлки были чисто бытовыми, находились подъ охраной *fides*, т.-е. заключались на совѣсть, и неисполненіе ихъ нарушало только добрые нравы; потомъ многія изъ этихъ сдѣлокъ переходятъ въ область права, получаютъ его санкцію и дѣлаются юридическими. Было время, когда религіозныя воззрѣнія подданныхъ точно регламентировались нормами права; въ настоящее время эта область все болѣе выходитъ изъ сферы дѣйствія принудительныхъ нормъ права. Страхуваніе рабочихъ отъ несчастныхъ случаевъ на нашихъ глазахъ изъ чисто моральнаго долга предпринимателя превращается въ его юридическую обязанность.

⁸ См. къ изложенному *Stammler, die Theorie des Anarchismus. Ego-же, Wirtschaft und Recht*, стр. 525 сл., 551 сл., 562 сл. *Ego-же, die Lehre v. d. richt. Rechte*, стр. 234 сл. *Merkel*, въ *Holtzendorff's Encykl. d. RW.* 5 изд. т. I стр. 22, 25 сл. *Jellinek*, *op. cit.* стр. 386 сл. Понятіе общества и его отношеніе къ государству: *Jellinek, op. cit.* стр. 76 сл. *Хвостовъ*, *Общая теорія права*, § 1. Общественное мнѣніе: тамъ же, стр. 92 сл. *Хвостовъ*, *Общественное мнѣніе и политическія партіи*. М 1906 г. (изд. Сытина).

⁹ См. объ этомъ *Jellinek*, стр. 303 - 341; о гарантіяхъ публичнаго права см. тамъ же стр. 720 сл. Попытку дать новое опредѣленіе объективнаго права и провести иную границу между правомъ и моралью дѣлаетъ *Петражицкій*. *Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности* 1907 г. По вопросу объ отношеніи между правомъ и нравственностью ср. еще *Новгородцевъ*, *Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ* 1901 г.

§ 2. Aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturale.

На ряду съ положительнымъ правомъ наши источники нерѣдко упоминаютъ, какъ объ особыхъ системахъ права или какъ объ особенныхъ силахъ, которыя создаютъ право, объ *aequitas, humanitas, natura rerum* и *jus naturale*.

I. Займемся сначала вопросомъ объ *aequitas*¹. Ссылки на *aequitas* попадаются у римскихъ юристовъ на каждомъ шагѣ для мотивировки отдѣльных рѣшеній и общихъ законодательныхъ нормъ. Подъ именемъ *aequitas* юристы разумѣли особый принципъ, которымъ долженъ руководиться какъ законодатель при созданіи нормъ права, такъ и юристъ-практикъ при примѣненіи этихъ нормъ къ отдѣльнымъ случаямъ. Содержаніе этого принципа въ общихъ чертахъ таково: законодатель долженъ постоянно заботиться о томъ, чтобы его дѣятельностью не нарушалось равенство всѣхъ гражданъ передъ закономъ — *aequitas*. Это равенство практически сводится къ слѣдующему: разрѣшая вопросъ о томъ, какія нормы должны быть созданы, какіе интересы и потребности гражданъ должны быть приняты правомъ подъ свою защиту, законодатель долженъ строго придерживаться такого масштаба, который былъ бы одинаково примѣнимъ ко всѣмъ лицамъ въ обществѣ и стоялъ бы надъ ними. Онъ не долженъ поэтому руководиться желаніемъ выдвинуть впередъ интересы отдѣльныхъ лицъ или какого-нибудь одного класса. Законодатель, который желаетъ слѣдовать принципу *aequitas*, не долженъ быть проникнутъ сословными или партійными интересами; напротивъ онъ долженъ руководиться соображеніями общаго блага всего гражданскаго общества. Только это общее благо всего народа является масштабомъ, одинаково примѣнимымъ къ оцѣнкѣ притязаній и интересовъ каждаго члена и каждаго класса общественнаго союза. Законодатель, руководимый принципами *aequitas*, можетъ надѣлать какой-либо классъ гражданъ особыми преимуществами лишь въ томъ случаѣ, если это необходимо для процвѣтанія и крѣпости всего общественнаго союза. Неосновательное предпочтеніе, оказываемое законодателемъ одному классу гражданъ передъ другимъ, составляетъ *iniquitas juris*². Таковы требованія, которыя *aequitas* предъявляетъ къ законодателю.

Что касается юристовъ, которые примѣняютъ и разрабатываютъ право, то отъ нихъ этотъ принципъ требуетъ, чтобы они въ своихъ работахъ не искажали тѣхъ мыслей, которыя проводитъ законодатель, руководясь сообра-

¹ Слѣдующее изложеніе основано главнымъ образомъ на моей книгѣ: „Опытъ характеристики понятій *aequitas* и *aequum jus* въ рим. класс. юриспруденціи“. М. 1895 г.

² См. къ этому Ulp. L. 1 pr. D. 2, 2. Hoc edictum summam habet aequitatem et sine cujusquam indignatione injusta: quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse alius dixit vel dici effecerit. Cic. Top. 4. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat L. 20 § 1 C. 8, 50... propter utilitatem publicam... aequum est... Tac. Ann. III, 27: Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae: creatique decemviri et accitis, quae usquam egregia, compositae duodecim tabulae, *finis aequi juris*. Nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt. Liv. 3. 34.—Ср. о римской *aequitas* ст. Kipp'a у Pauly-Wissowa, Realenc. I s. h. v.

женіями общаго блага. *Aequitas* классическаго права требуетъ отъ юристовъ-практиковъ, чтобы они, толкуя юридическія нормы, старались открыть, какая мысль лежитъ въ основѣ каждаго положенія права, т. е., чтобы они руководились не буквой, а смысломъ закона, стремились примѣнять право въ томъ духѣ, въ какомъ оно создано законодателемъ, руководящимся принципомъ *aequitas*. Отсюда въ источникахъ нашихъ нерѣдко ссылкой на *aequitas* обозначается согласіе извѣстнаго рѣшенія или теоретическаго вывода юриста со смысломъ и основной идеей примѣняемыхъ имъ нормъ права.

II. Вторымъ принципомъ, содержание котораго нами должно быть выяснено, является *humanitas*. Часто отдѣльная норма или рѣшеніе мотивируются юристами ссылкой на соответствіе этой нормы или рѣшенія съ *humanitas* (*humanum est*). Подъ этимъ именемъ разумѣется принципъ отличный отъ *aequitas*³. Какъ показываетъ самое слово, принципъ этотъ требуетъ отъ законодателя уваженія къ человѣческой личности. Онъ требуетъ, чтобы въ правѣ отсутствовали нормы, унижительныя для человѣческаго достоинства. Поэтому нормы, узаконяющія рабство, въ глазахъ классическихъ юристовъ несомнѣнно не являются гуманными. Но совершенно другое дѣло, соответствуютъ ли эти нормы принципу *aequitas*? На этотъ вопросъ римскіе юристы не даютъ намъ прямого отвѣта, но надо полагать, что они признаютъ рабство необходимымъ зломъ: не считая рабство гуманнымъ установленіемъ, они не требуютъ, однако, его отмены, потому что не могутъ представить себѣ другого общественнаго строя, кромѣ основаннаго на рабствѣ, и опасаются, что уничтоженіе рабства повело бы къ слишкомъ сильному замѣшательству въ государственной жизни. Поэтому они склонны признать существованіе рабства согласнымъ съ требованіями общаго блага всего гражданскаго общества, т. е., съ *aequitas*, но несогласнымъ съ гуманностью (а также и съ *jus naturale*, какъ увидимъ ниже). Изъ этого примѣра ясно, что *aequitas* и *humanitas* могутъ расходиться въ своихъ требованіяхъ къ законодателю⁴.

III. Третій принципъ, съ которымъ мы должны познакомиться, есть *natura rerum*. Нерѣдко юристы мотивируютъ свои рѣшенія тѣмъ, что они вытекаютъ изъ „природы вещей“⁵. Они этимъ хотятъ выразить, что сама жизнь часто подсказываетъ законодателю, какъ надо нормировать юридическія отно-

³ См. напр. L. 85 (84) pr. D. 28,5 Paul... et humanius est et magis aequitatis ratione subnixum... L. 37 D. 40, 5 Marcus ap. Ulp. Aequius videtur... neque humanum fuerit...

⁴ То, что мы называемъ здѣсь, слѣдя терминологіи источниковъ, принципомъ *humanitas*, въ современной литературѣ нерѣдко именуется принципомъ равенства передъ закономъ; см. напр. Чичеринъ, Фил. пр., стр. 99 сл. Этотъ принципъ въ античномъ мірѣ не игралъ большой роли и былъ выдвинутъ на первый планъ только законодательствами новаго времени (Чичеринъ, стр. 105—107; стр. 308 сл. Jellinek, op. cit., стр. 297 сл.; 369 сл.); состоитъ онъ въ томъ, что законодатель, признавая повсюду равную человѣческую природу, долженъ считаться съ неотъемлемыми правами человѣческой личности, какъ таковой, и за всѣми лицами стараться обезпечить равную степень гражданской (если не политической: Чичеринъ, стр. 308 сл.) свободы. Къ римскому праву всѣ эти положенія въ такой степени относятся не могутъ, какъ это, повидимому, признаетъ и Чичеринъ: у Римлянъ на первомъ планѣ стоитъ интересъ общаго блага, а затѣмъ уже слѣдуютъ соображенія о правахъ личности, причѣмъ эти права не считаются неотъемлемыми (ср. Jellinek, стр. 278 сл.; 283; 286 сл.); см. также Mauzion, Essai sur les éléments et l'évolution de la moralité (1904 г., стр. 108 сл.). Съ современной точки зрѣнія принципъ равноправія, какъ мнѣ кажется, сводится къ комбинаціи принципа общаго блага (*aequitas*), и неприкосновенности личнаго достоинства (*humanitas*). См. мою статью въ „Моск. Еженедѣльникѣ“ 1906 г., № 15.—Ср. ниже, § 5, I.

⁵ См. напр. L. 22 § 3 D. 19, 2. L. 2 § 1 D. 45, 1. L. 34 § 1 D. 18, 1

шенія. Если законодатель не такъ будетъ нормировать отношенія, какъ они слагаются на практикѣ, то нормы, созданныя имъ, будутъ часто имѣть мало шансовъ на практическій успѣхъ. Напримѣръ, если бы законодатель постановилъ, что заемщикъ долженъ возвращать тѣ самыя вещи, которыя онъ получилъ взаймы, то это не соотвѣтствовало бы самой природѣ договора займа, потому что она предполагаетъ потребление отданныхъ взаймы вещей, и это предписаніе не могло бы осуществляться на практикѣ. Законодатель долженъ считаться съ тѣмъ, какъ юридическія отношенія складываются въ жизни, и какія нормы подсказываетъ ему сама жизнь.

IV. Наконецъ, въ источникахъ мы встрѣчаемъ еще одно понятіе, съ которымъ мы должны познакомиться въ настоящемъ отдѣлѣ; мы разумѣемъ такъ называемое *jus naturale*. Подъ этимъ терминомъ римскіе классическіе юристы понимаютъ нѣчто, совершенно отличное отъ только что охарактеризованной нами *natura rerum*. Понятіе *jus naturale* возникло у римскихъ юристовъ подъ вліяніемъ знакомства съ греческой философійю. Общимъ вѣрованіемъ классическихъ юристовъ является представленіе, что весь міръ проникнутъ естественнымъ разумомъ (*ratio naturalis*), и что этотъ разумъ устанавливаетъ порядокъ въ жизни, который вѣченъ, безусловенъ и разуменъ. Такой порядокъ естественный разумъ предписываетъ и для юридическихъ отношеній: было время, когда этотъ порядокъ примѣнялся, но потомъ онъ былъ забытъ. Задача юриста заключается въ томъ, чтобы открыть диктуемые этимъ естественнымъ разумомъ нормы, которыя являются общими для всѣхъ временъ и народовъ, и переносить ихъ въ дѣйствующее право⁶. Таково теоретическое вѣрованіе классическихъ юристовъ.

Конечно, если бы римскіе юристы были такими же теоретиками, какъ греческіе философы, то они могли бы увлечься абстрактной теоріей и создать систему нормъ очень стройную, право, можетъ быть, очень разумное, но не соотвѣтствующее практическимъ нуждамъ современнаго имъ оборота и непонятное обществу, среди котораго это право должно было примѣняться. Отъ этой опасности избавило классическихъ юристовъ то обстоятельство, что постоянныя столкновенія съ дѣйствительною жизнью, возникавшія при разрѣшеніи отдѣльныхъ практическихъ казусовъ, не позволяли имъ забывать требованій, которыя предъявляла къ юриспруденціи сама жизнь, и чрезмѣрно увлекаться проведеніемъ въ дѣйствующее право началъ *juris naturalis*, какъ они представлялись ихъ воображенію. Такъ, многіе классическіе юристы учатъ, что „*jure naturae omnes homines liberi nascuntur*“⁷, но, по указаннымъ выше соображеніямъ, они не требуютъ быстрой и полной отмены рабства, а довольствуются смягченіемъ участи рабовъ тамъ, гдѣ это было возможно. Главная заслуга ученія о *jus naturale* для римской юриспруденціи заключается въ томъ, что оно помогло юристамъ усвоить себѣ представленіе о правѣ, какъ о цѣломъ, проникнутомъ общими принципами, и поддержало въ нихъ стремленіе приводить нормы права въ научную систему.

⁶ См. Gai I, 189. L. 1. pr. D. 41, 1. § 11 J. 1, 2. L. 11 D. 1, 1. Cf. Ulp. L. 1 § 3 D. 1, 1. Bonfante, *dir. rom.*, стр. 120 сл., *Хвостовъ*, *Исторія рим. пр.* § 50, III.

⁷ L. 4 § 1; 1. 5. D. 1, 5, L. 4 D. 1, 1. L. 32 D. 50, 17. L. 2 D. 40, 11. L. 4 D. 12, 6 § 2. J. 1, 2.

§ 3. Публичное и гражданское право.

I. Вопросъ о дѣленіи всего объективнаго права на публичное и гражданское является для насъ краеугольнымъ: приступая къ изученію гражданского права, мы должны отграничить его область отъ другихъ смежныхъ областей. Римскіе юристы также занимались этимъ вопросомъ, но такъ какъ они лишь мимоходомъ касались вопросовъ общей теоріи права, они не дали удачнаго разрѣшенія его. Именно, Ульпіанъ устанавливаетъ слѣдующее разграниченіе публичнаго и гражданского права: *Dig. de iust. et. iure* 1, 1, fr. 1 §2. *Huius studii duae sunt. positiones, publicum et. privatum: publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*, т.-е. „въ предметѣ нашего изученія есть двѣ части: публичное и гражданское (или частное) право; публичнымъ правомъ мы называемъ то, которое касается состоянія всего римскаго государства, а гражданскимъ то, которое касается частныхъ интересовъ частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, Ульпіанъ видитъ критерій разграниченія публичнаго и гражданского права въ различіи тѣхъ интересовъ, которые регулируются нормами того и другого права. Несомнѣнно, что въ этомъ опредѣленіи есть вѣрная мысль, но она выражена неясно.

По нашему мнѣнію, на различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ слѣдуетъ смотрѣть такимъ образомъ ¹.

Ясно, что въ созданіи *всѣхъ* нормъ, регулирующихъ жизнь и отношенія отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ, имѣетъ нужду прежде всего *государство*, какъ таковое, потому что все право создается съ тою цѣлью, чтобы обезпечить возможность совмѣстной жизни людей въ обществѣ, возможность существованія и развитія общественнаго союза. Другими словами, такъ какъ право является необходимымъ условіемъ государственнаго порядка, то въ созданіи права заинтересовано прежде всего государство, какъ цѣлое. Для государства одинаково важно существованіе какъ тѣхъ нормъ, которыя опредѣляютъ устройство государства и органовъ государственной власти, такъ и тѣхъ нормъ, которыя регулируютъ частные интересы и отношенія между отдѣльными лицами. Но это—одна сторона дѣла. Есть и другая сторона, руководясь которой, мы можемъ провести дѣленіе между интересами, подлежащими вѣдѣнію права. Дѣло въ томъ, что если государство къ созданію нормъ права вообще *активно побуждается* тѣмъ общегосударственнымъ интересомъ, о которомъ мы только что говорили, то самому регулированію и охранѣ со стороны нормъ права *подлежатъ* уже различные отдѣльные частные интересы. Они являются *пассивнымъ* матеріаломъ, подлежащимъ нормированію со стороны права. Эти-то послѣдніе интересы могутъ быть раздѣлены нами на двѣ категоріи. Одни изъ нихъ являются настолько важными для государства, что оно присвоиваетъ ихъ исключительно себѣ самому. Государство утверждаетъ, что эти интересы принадлежатъ всему государству, всему общественному союзу, и что никому изъ частныхъ членовъ государственнаго союза въ отдѣльности они принадлежатъ не могутъ. Государство, какъ носитель этихъ интересовъ, яв-

¹ См. къ послѣующему *Merkel Jur. Enc. §§ 84-98; 191-196. Regelsberger Pandekten § 28. Dernburg Pand. т. I § 21. Accarias, Précis de dr. rom I §§ 3-5. Girard Manuel de dr. rom, стр. 4. Gierke, op. cit. § 4 Jellinek, op. cit. стр. 345 сл. Gareis § 14. E. Grüber въ Birkmeyer's Enc. стр. 29 сл. ср. Bonfante въ Revue générale du droit, 1902 г., № 4.*

ляется въ видѣ силы, стоящей *надъ* отдѣльными лицами и повелѣвающей имъ. Такъ, напр., интересъ обороны государства отъ враговъ раздѣляется, разумѣется, и отдѣльными подданными. Но государство смотритъ на него, какъ на интересъ, принадлежащій исключительно ему самому, какъ цѣлому. Такой интересъ именуется интересомъ государственнымъ или *публичнымъ*; тѣ нормы, которыя назначаются для регулированія интересовъ, присваиваемыхъ себѣ государствомъ, относятся къ *публичному праву*; отношенія, которыя возникаютъ по поводу подобныхъ интересовъ между государствомъ и отдѣльными его членами, являются *публично-правовыми* отношеніями.

Другую категорію составляютъ тѣ интересы, которые принадлежатъ *отдѣльнымъ частнымъ лицамъ*. Правда, эти интересы могутъ принадлежать и государству, какъ цѣлому. Однако государство, въ качествѣ носителя этихъ интересовъ, выступаетъ въ роли и на положеніи частнаго лица. Оно ставитъ себя *рядомъ* съ частными лицами и, какъ и носитель этихъ интересовъ, называется обыкновенно казною или фискомъ (*fiscus*). Сюда относятся, напр., тѣ случаи, когда государство заключаетъ договоры о поставкѣ какихъ-либо вещей, о наймѣ помѣщій подъ присутственныя мѣста и т. п. Такого рода интересы именуется *частными или гражданскими*. Нормы, касающіяся защиты гражданскихъ интересовъ, составляютъ *гражданское право*. Тѣ юридическія отношенія, которыя устанавливаются между частными лицами по поводу частныхъ интересовъ, называются *частно-правовыми* или *гражданско-правовыми* отношеніями.

Гражданско-правовыя и публично-правовыя отношенія различаются и по своему внутреннему строю. При нормированіи гражданско-правовыхъ отношеній право обыкновенно довольствуется тѣмъ, что обезпечиваетъ ихъ участникамъ равную сферу власти и затѣмъ предоставляетъ регулированіе отношенія въ деталяхъ свободному усмотрѣнію участниковъ. Гражданское право, слѣдовательно, даетъ сравнительно много простора волѣ частныхъ лицъ. Такъ, напр., при заключеніи обязательственныхъ договоровъ развитое право предоставляетъ обыкновенно свободному усмотрѣнію частныхъ лицъ, какими условіями имъ угодно будетъ обставить заключаемую ими сдѣлку и какое придать этой сдѣлкѣ содержаніе; право можетъ ограничиться только тѣмъ требованіемъ, чтобы заключаемые договоры не противорѣчили добрымъ нравамъ, и чтобы при ихъ заключеніи соблюдались извѣстныя формальности. Государство полагаетъ, что, такъ какъ частныя лица сами являются носителями гражданскихъ интересовъ, то ихъ *личная* воля и предусмотрительность будутъ достаточно надежными факторами при опредѣленіи строя каждаго конкретнаго гражданско-правового отношенія. Бываютъ, конечно, и отступленія отъ этого порядка. Напримѣръ, если нѣкоторыя лица признаются неспособными къ предусмотрительной нормировкѣ тѣхъ отношеній, въ которыя они вступаютъ, и не могутъ цѣлесообразно управлять своими дѣлами (эти лица напр., слабые члены гражданского общества или по своему полу, или по возрасту, и легко поддаются обману), то государство отступаетъ отъ обычной политики и прибѣгаетъ къ принудительнымъ мѣрамъ; оно можетъ принять на себя защиту частныхъ интересовъ такихъ лицъ помимо ихъ воли или даже вопреки ихъ волѣ. Такъ, право объявляетъ, что все договоры, заключенные малолѣтними безъ согласія опекуна, не дѣйствительны, хотя бы сами малолѣтніе желали ихъ соблюденія ².

² Ср. къ изложенному *Crome, System des D. V. R., I § 79.*

Напротивъ, въ области публично правовыхъ отношеній право держится другихъ взглядовъ. Публичные интересы принадлежатъ государству, всему общественному союзу; если государство поручаетъ заботиться объ удовлетвореніи этихъ интересовъ частнымъ лицамъ, то эти частныя лица являются представителями или органами самого государства, а не носителями своихъ личныхъ интересовъ. Поэтому государство обыкновенно болѣе или менѣе точно и подробно указываетъ тотъ путь, которому должны слѣдовать эти лица при защитѣ публичныхъ интересовъ, болѣе или менѣе точно регулируетъ образъ дѣйствій этихъ органовъ государства и мало оставляетъ простора ихъ свободному усмотрѣнію.

II. Надо замѣтить, что граница между гражданскимъ и публичнымъ правомъ не всегда легко уловима. Иногда довольно затруднительно рѣшить вопросъ, къ какой области права слѣдуетъ отнести извѣстное юридическое отношеніе.

1) Есть отношенія смѣшаннаго типа, т.-е. такія, которыя заключаютъ въ себѣ много элементовъ гражданскаго—правового характера, но къ которымъ одновременно примѣшиваются государственныя интересы. Въ такомъ случаѣ и нормы, регулирующія данное отношеніе, получаютъ смѣшанный характеръ. Отношеніе не перестаетъ по существу относиться къ гражданскому праву, но оно въ извѣстныхъ предѣлахъ регулируется нормами публично-правового характера; въ виду этого строй всего отношенія дѣлается менѣе зависимымъ отъ свободнаго усмотрѣнія частныхъ лицъ и нормировка его носить болѣе принудительный характеръ. Примѣромъ могутъ служить семейныя отношенія; въ нихъ заинтересованы прежде всего лица, входящія въ семейный союзъ, но государство можетъ считать и себя непосредственно заинтересованнымъ, потому что семья лежитъ въ основѣ государственнаго союза, и отъ крѣпости семьи зависитъ крѣпость государства. Поэтому въ семейныя отношенія нерѣдко вмѣшивается власть государства, полагая предѣлы власти однихъ членовъ семьи и беря подъ свою защиту другихъ. Возьмемъ другой примѣръ. Договоръ фабриканта съ рабочими является, на первый взглядъ, чисто гражданскимъ отношеніемъ (найма услугъ); но государство заинтересовано въ томъ, чтобы предприниматель не эксплуатировалъ рабочихъ; поэтому государство устанавливаетъ принудительныя нормы, которыя ограничиваютъ власть фабриканта и вносятъ въ это отношеніе публично-правовой отбѣнокъ.

2) Вторая причина заключается въ томъ, что съ теченіемъ времени самый взглядъ права на извѣстное отношеніе можетъ измѣниться. Въ одну эпоху оно можетъ принадлежать къ числу гражданско-правовыхъ отношеній; въ другую — можетъ перейти въ область публично-правовыхъ. Такъ, напр., у римлянъ кража по существу относилась къ гражданскому праву, считалась за *delictum privatum*, которое влекло за собою частный штрафъ; въ современномъ же правѣ она стала уголовнымъ преступленіемъ и перенесена въ область публичнаго права³.

III. Что касается *формальнаго признака*, которымъ отличаются гражданско-правовыя отношенія отъ публично-правовыхъ, то таковымъ является

³ Зачатки этой переменны замѣчаются, впрочемъ, уже въ римскомъ правѣ времени имперіи, см. *Mommsen, Röm. Strafrecht*, (1889 г.), стр. 733—783.—Другіе примѣры см. у *Gareis*, стр. 57.

способъ защиты интереса, лежащаго въ основѣ право-отношенія. Если мы имѣемъ дѣло съ частными интересами, принятыми правомъ подъ свою защиту, то эти интересы защищаются отъ посягательствъ по частной инициативѣ. Если нарушенъ чей-либо гражданскій интересъ, то судебная защита его возбуждается по требованію заинтересованнаго лица, самого носителя этого интереса; защита осуществляется въ формѣ гражданскаго иска и гражданскаго процесса. Защита публичнаго интереса лежитъ на обязанности органовъ государственной власти, и эти органы должны вступаться за такой интересъ въ случаѣ его нарушенія *ex officio*, т.-е. по своей собственной инициативѣ; публично-правовые интересы защищаются путемъ административнаго или уголовнаго процесса.

Но одного этого внѣшняго признака недостаточно для разграниченія гражданско-правовыхъ отношеній отъ публично-правовыхъ, потому что иногда право можетъ и не указывать, въ какой именно формѣ долженъ защищаться извѣстный интересъ, признанный достойнымъ юридической охраны. Въ такихъ случаяхъ юристамъ-практикамъ приходится обращаться къ разсмотрѣнію самаго строя отношенія для того, чтобы опредѣлить, въ какой формѣ подлежитъ защитѣ данное право.

§ 4. Нормы уполномочивающія, диспозитивныя и принудительныя. *Ius singulare* и *privilegia*. Общее и партикулярное право.

I. Переходя къ дѣленію нормъ гражданскаго объективнаго права, отмѣтимъ прежде всего дѣленіе ихъ на нормы: 1) уполномочивающія; 2) диспозитивныя; 3) принудительныя.

1) Во всѣхъ областяхъ права, а особенно въ области права гражданскаго, большое значеніе имѣетъ частная воля отдѣльныхъ лицъ (см. выше § 3, I). Право часто указываетъ, что извѣстное отношеніе прежде всего должно нормироваться такъ, какъ этого хотятъ частныя лица; это имѣетъ мѣсто обыкновенно въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о частныхъ интересахъ, регулированіе которыхъ, естественно, лучше всего предоставить волѣ отдѣльныхъ лицъ. Право заявляетъ, что такъ, какъ опредѣлять свои отношенія сами заинтересованныя въ нихъ лица, такъ будетъ обсуждать эти отношенія и судъ: судъ приметъ во вниманіе редакцію сдѣлки, заключенной сторонами. Но воля частныхъ лицъ получаетъ такое юридическое значеніе лишь въ томъ случаѣ, если право дало этимъ лицамъ соотвѣтственное полномочіе создавать для регулированія своихъ отношеній такого рода постановленія. Нормы права, которыя даютъ такія полномочія частнымъ лицамъ, называются *уполномочивающими* нормами. Такой характеръ носить, напр., слѣдующій законъ XII таблицъ: „*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*“, т.-е. „когда частныя лица вступаютъ въ договоръ *nexum* и *mancipatio*, то какъ они въ своихъ переговорахъ опредѣляютъ условія сдѣлки, такъ пусть обсуждаетъ эту сдѣлку судъ“. (Bruns, *Fontes iuris Rom. leges XII tab., tab VI, I 1*). Преторскій эдиктъ постановляетъ: „*pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*“, т.-е. „я буду считать дѣйствительными тѣ договоры, которые будутъ заключены не съ злымъ умысломъ и не вопреки законамъ, плебисцитамъ,

сенатусконсультамъ и т. д., а также и не въ обходъ какого-либо изъ постановленій этихъ источниковъ права“. (*Lenel Edictum perpetuum*², стр. 64).

2) Вторымъ разрядомъ юридическихъ нормъ являются нормы *диспозитивныя*. Хотя право часто предоставляетъ частнымъ лицамъ полную свободу регулировать свои отношенія, какъ имъ вздумается, но иногда частныя лица по той или другой причинѣ не пользуются своимъ правомъ, т.-е. или совсѣмъ не заключаютъ частнаго акта, или, хотя и заключаютъ этотъ актъ, но оставляютъ въ его содержаніи существенныя пробѣлы и не предусматриваютъ въ сдѣлкѣ всѣхъ подробностей. Напримѣръ, въ договорѣ купли-продажи стороны могутъ не опредѣлить того, кто будетъ нести рискъ гибели предмета до тѣхъ поръ, пока предметъ не будетъ переданъ покупателю. Если воля частныхъ лицъ въ какомъ-либо отношеніи, которое эти лица свободно могутъ регулировать, не выражена, то возникаетъ необходимость пополнить этотъ пробѣлъ частной воли. Поэтому появляется рядъ т. назыв. диспозитивныхъ нормъ, которыя служатъ этой цѣли. Примѣромъ примѣненія диспозитивныхъ нормъ, когда воля сторонъ не выражена, можетъ служить *successio ab intestato*. Въ гражданскомъ правѣ существуетъ рядъ нормъ, опредѣляющихъ, къ кому перейдетъ наследство въ томъ случаѣ, если умершимъ не оставлено завѣщанія. Эти диспозитивныя нормы и занимаютъ мѣсто отсутствующей воли умирающаго. Примѣромъ примѣненія диспозитивныхъ нормъ въ томъ случаѣ, когда воля сторонъ выражена недостаточно полно, служитъ уже упомянутый раньше случай при куплѣ-продажѣ. Если стороны не уговорятся о томъ, кто долженъ нести рискъ гибели проданнаго предмета до его передачи покупателю, то диспозитивной нормой римскаго права опредѣляется, что рискъ несетъ покупатель. Эта норма пополняетъ пробѣлъ, оставленный при заключеніи договора сторонами.

3) Наконецъ, послѣднюю категорію юридическихъ нормъ составляютъ нормы *принудительныя* (*jus cogens*), которыя предписываютъ частнымъ лицамъ держаться въ известномъ случаѣ известнаго образа дѣйствій. Эти нормы не пополняютъ волю сторонъ, а прямо предписываютъ, что нужно дѣлать и чего нельзя дѣлать. Ихъ особенно много въ правѣ публичномъ, но онѣ встрѣчаются также и въ гражданскомъ. Къ этимъ нормамъ относится изреченіе юриста Палиніана: fr. 38 Dig. 2, 14: „*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*“, т.-е. „принудительныя нормы права не могутъ быть измѣнены по волѣ частныхъ лицъ“¹.

II. Слѣдующее дѣленіе юридическихъ нормъ сводится къ тому, что изъ числа ихъ выдѣляется такъ называемое *jus singulare*. Подъ этимъ именемъ разумѣются нормы, которыя установлены для какого-нибудь особаго класса лицъ, вещей или отношеній. Этотъ классъ выдѣляется изъ болѣе общаго разряда вещей, лицъ и отношеній и ставится правомъ въ исключительное положеніе. Спрашивается, почему возникаетъ такое *jus singulare*?

Первая причина состоитъ въ томъ, что часто установленіе исключительныхъ нормъ требуется особенными свойствами какого-нибудь класса лицъ, вещей и отношеній. Напримѣръ, особыя нормы устанавливаются иногда для женщинъ; такъ, *senatusconsultum Velleianum* постановило, что принятіе женщиной на себя отвѣтственности по чужому обязательству не дѣйствительно.

1) Сюда относятся напр. институтъ т.-наз. необходимаго наследованія; многія нормы, касающіяся опеки, напр. норма, предписывающая опеку изспрашивать разрѣшеніе властей при отчужденіи имущества опекаемаго.

Эта норма ставитъ женщину въ особое положеніе, вслѣдствіе свойственной ей *levitas animi, imbecillitas sexus*. Другой примѣръ: *senatusconsultum Macedonianum* запрещаетъ давать займы деньги подвластнымъ сыновьямъ семейства. Эта норма имѣетъ въ виду особенность положенія этихъ подвластныхъ лицъ, у которыхъ своего имущества для погашенія займовъ нѣтъ, и которые, заключая займы, могутъ руководиться только расчетомъ на полученіе имущества отъ домовладыки.

Второй причиной существованія *jus singulare* является слѣдующее обстоятельство. Иногда въ гражданскомъ правѣ готовится какая-нибудь общая реформа, т. е. въ правѣ пробивается общій принципъ, который раньше не примѣнялся: нѣрѣдко новый принципъ пролагаетъ себѣ дорогу прежде всего только по отношенію къ какому-нибудь отдѣльному классу вещей, лицъ и отношеній, гдѣ наиболѣе чувствуется потребность въ немъ. Въ этомъ случаѣ съ теченіемъ времени, когда новый принципъ найдетъ полное примѣненіе въ правѣ въ качествѣ общаго начала, это *jus singulare* обратится въ общее право. Примѣромъ этого въ римскомъ правѣ можетъ служить появленіе *actio exercitoria* и *institoria*. Если подвластный приказчикъ или шкиперъ корабля заключилъ сдѣлку, то искъ могъ быть предъявленъ и противъ самого принципала. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ особеннымъ *jus singulare*: изъ числа всѣхъ представителей особо выдѣлены *подвластные приказчики или шкиперы*. Съ теченіемъ времени сложилось общее правило, состоящее въ томъ, что, если кто-нибудь уполномочилъ другого заключить сдѣлку отъ его имени, то противъ уполномочившаго лица будетъ данъ искъ изъ сдѣлки его представителя, хотя бы послѣдній не былъ подвластнымъ и дѣйствовалъ лишь въ качествѣ прокуратора по отдѣльному порученію ².

Третья причина—обратная. Случается, что какой-нибудь институтъ или принципъ отживаетъ свой вѣкъ, теряетъ свое практическое значеніе и замѣняется другимъ, новымъ принципомъ, но для нѣкоторыхъ случаевъ продолжаетъ удерживаться въ правѣ, какъ переживаніе (историческія аномаліи). Примѣромъ можетъ служить въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res mancipi*. Прежде *res mancipi* занимали своеобразное положеніе въ римскомъ правѣ и права на нихъ защищались болѣе энергично; для нихъ былъ созданъ особый способъ переноса этого права—*mancipatio*. Впослѣдствіи взгляды измѣнились, обладаніе *res nec mancipi* получило такую-же юридическую защиту, но *mancipatio* удержалась, какъ особенность для *res mancipi*; такимъ образомъ, *res mancipi* были выдѣлены въ особую категорію, и для нихъ установилось *jus singulare*.

Изъ сказаннаго видно, что *jus singulare* можетъ быть самыхъ различныхъ свойствъ. Поэтому намъ нужно совершенно отрѣшиться отъ того общаго опредѣленія, которое оставили намъ для *jus singulare* римскіе юристы и которое смущало долгое время нѣмецкую практику. Именно, юристъ Павелъ въ своемъ сочиненіи о *jus singulare* разумѣетъ подъ нимъ такое правило, которое принято вопреки общему принципу права въ силу соображеній частной пользы. *Dig. 1, 3, fr. 16. Paulus libro singulari de jure singulari: Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* Ясно, что это опредѣленіе относится

²) *Kuntze. Cursus* § 609, 610. Точно также принципъ безусловной отвѣтственности продавца за пороки товара прежде всего проявился, какъ *jus singulare*, при продажѣ на рынкѣ рабовъ и скота. См. къ этому *Ihering, Geist*, т. II, 2, стр. 339.

только къ тому случаю, когда какой-нибудь классъ лицъ, вещей и отношеній сознательно выдѣленъ закономъ изъ всѣхъ подобныхъ ему въ виду его особенностей. Но этого опредѣленія нельзя примѣнить, напримѣръ, къ тому случаю, когда нормы сингулярнаго права являются просто переживаніемъ и сохраняются только влѣдствіе привычки. Въ другомъ мѣстѣ Папиніанъ (D. 40, 5, fr. 23 § 3) и Павелъ (D. 1, 3, fr. 14; D. 50, 17, fr. 162) говорятъ о *jus singulare*, что оно не должно быть „*producendum ad consequentias*“, т. е. не должно быть распространяемо по аналогіи. Это не всегда правильно: аналогія допустима, когда новый общій принципъ пробиваетъ себѣ дорогу въ правѣ; при этихъ условіяхъ жизнь часто требуетъ, чтобы этотъ новый принципъ былъ распространенъ и на остальные подходящіе подъ него случаи, и для этого приходится его „*producere ad consequentias*“.

III. *Privilegia*. Иногда *jus singulare*, устанавливающее особо-выгодное положеніе для какого-нибудь класса лицъ, вещей или отношеній, называется также *privilegium* или *beneficium juris*. Но чаще всего именемъ *privilegia* означаются въ современной наукѣ особенныя льготныя нормы права, созданныя для какого-нибудь *отдѣльнаго* лица, или для *одной* какой-нибудь вещи, или для *одного* какого-нибудь конкретнаго отношенія. Согласно этому, *privilegia* дѣлятся на три вида: 1) *privilegia personae*, 2) *privilegia rei* и 3) *privilegia causae*.

Привилегіи возникаютъ двумя путями: или онѣ создаются въ силу особаго закона, или же законодатель поручаетъ какому-нибудь административному органу даровать эти привилегіи при извѣстныхъ условіяхъ отдѣльнымъ лицамъ. Соответственно этому, мы имѣемъ или законодательныя привилегіи, или административныя. Въ первомъ случаѣ привилегіи создаются непосредственно нормами права, а во второмъ—черезъ посредство особаго акта административной власти, основаннаго на предписаніи закона. Въ первомъ случаѣ, т. е., когда законъ создаетъ для какого-нибудь лица льготное право, мы имѣемъ одну характерную особенность: эта норма объективнаго права непосредственно создаетъ субъективное право для извѣстнаго лица.

Гражданскіе спорятъ о томъ, могутъ ли разъ данныя привилегіи быть отняты, и нужно ли вознаграждать лицъ, у которыхъ отняты привилегіи. Всѣ эти вопросы мы не будемъ разбирать, потому что ихъ рѣшеніе зависить отъ условій отдѣльнаго случая.

Въ римскомъ правѣ существовало любопытное постановленіе о привилегіяхъ и *jus singulare*: законы XII таблицъ содержали норму: „*privilegia ne irroganto* (у *Bruns'a Fontes, Tab. IX, I*), т. е. требующую, чтобы никто не добивался установленія какой-нибудь привилегіи или *jus singulare*. Это объясняется вѣроятно тѣмъ, что право XII таблицъ сложилось въ связи съ борьбой между патриціями и плебеями, подъ вліяніемъ воспоминаній о предпочтеніи, которое, до изданія кодекса, право и суды оказывали патриціямъ. Нельзя признать это постановленіе вполне удачнымъ. Иногда привилегіи или *jus singulare* необходимы потому, что для блага всего общества требуется, чтобы какой-либо классъ лицъ, вещей или отношеній былъ выдѣленъ изъ общихъ нормъ права. Если бы, напр., для малолѣтнихъ не было создано особыхъ нормъ, то интересы этихъ лицъ постоянно и незаслуженно страдали бы.

IV. Различается право *общее* и *партикулярное*. Это—дѣленіе по области, въ которой дѣйствуетъ и примѣняется право. Область примѣненія права ограничивается, большею частью, территоріей одного государства; но слу-

чается, что право распространяет свое дѣйствіе на территорію нѣсколькихъ государствъ. Мы не говоримъ о томъ случаѣ, когда между нормами права нѣсколькихъ государствъ оказывается полное сходство въ содержаніи, а о томъ, когда въ этихъ государствахъ примѣняется одно общее право, установленное однимъ и тѣмъ же источникомъ права. Иногда, напримѣръ, нѣсколько сосѣднихъ государствъ настолько связаны общими культурными условіями жизни, что въ нихъ возникаетъ общій обычай. Право, дѣйствующее на болѣе широкой территоріи, называется общимъ, а то право, которое примѣняется только въ части этой территоріи, получаетъ названіе права партикулярнаго. Въ упомянутомъ нами случаѣ право, примѣняемое въ предѣлахъ нѣсколькихъ государствъ, будетъ носить названіе общаго, а право, примѣняемое въ предѣлахъ только одного государства, будетъ правомъ партикулярнымъ. Въ предѣлахъ одного и того же государства мы также можемъ встрѣтить общее право, т. е. примѣняемое на всей территоріи этого государства, и специальное или партикулярное, предназначенное только для известной мѣстности въ предѣлахъ государства. Такъ, напримѣръ, для нашихъ окраинъ существуютъ особыя партикулярныя права.

Отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ можетъ быть двоякаго рода:

1) Общее право можетъ быть *субсидіарнымъ*, т. е. находить примѣненіе, поскольку оно не отмѣняется нормой партикулярнаго права. Въ Германіи римское право послѣ рецессіи являлось, по сравненію съ правомъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, общимъ, но дѣйствовало субсидіарно.

2) Другое отношеніе наблюдается тамъ, гдѣ общее право получаетъ *абсолютное*, исключительное значеніе, и противорѣчащія ему нормы партикулярнаго права примѣняются лишь настолько, насколько это прямо дозволено общимъ правомъ.

Въ заключеніе отмѣтимъ, что одно и то же право можетъ быть одновременно и общимъ, и партикулярнымъ. Напримѣръ, прусское земское право (*Landrecht*) было партикулярнымъ правомъ въ сравненіи съ германскимъ имперскимъ законодательствомъ и въ то же время это *Landrecht* служило общимъ правомъ для всей Пруссіи въ сравненіи, напримѣръ, съ Берлинскимъ городскимъ статутомъ.

II Глава. Источники права. Примѣненіе и теоретическая разработка юридическихъ нормъ.

§ 5. Матеріаль для образованія юридическихъ нормъ. Ученіе объ источникахъ права. Обычай. Дѣловое обыкновеніе.

Предметъ настоящей главы составляетъ ученіе о томъ, какъ возникаютъ нормы объективнаго права, каковы источники права. Въ этомъ отдѣлѣ мы встрѣчаемся съ двумя вопросами: 1) откуда берется матеріаль для нормъ права, и 2) откуда возникаетъ обязательная сила юридическихъ нормъ.

I. Что касается перваго вопроса, то *матеріалъ* для юридическихъ нормъ даетъ *сама народная жизнь*.

Въ жизни общества постоянно выдвигаются разнаго рода интересы, запросы и потребности. Задача права состоитъ въ томъ, чтобы выдѣлить изъ

этой массы тѣ интересы, которые нуждаются въ юридической защитѣ и заслуживаютъ ея. Спрашивается, однако, какъ именно происходитъ этотъ процессъ выдѣленія интересовъ, заслуживающихъ юридической охраны? Отдѣльные интересы, которые подлежатъ регулированью со стороны права, весьма разнообразны и нерѣдко противорѣчатъ другъ другу. Если беретъ верхъ интересъ, выдвигаемый одной общественной группой, то это часто совершается насчетъ интересовъ другихъ общественныхъ группъ. Такъ, напр., нѣкоторые интересы удовлетворяются только при наличности известной устойчивости государственныхъ учреждений и такого публичнаго права, которое способствуетъ энергичному и разностороннему дѣйствию правительственныхъ органовъ; другіе интересы, напротивъ, могутъ получить удовлетвореніе, главнымъ образомъ, при помощи известной подвижности и эластичности государственныхъ учреждений и при посредствѣ права, которое предоставляетъ много простора свободному проявленію индивидуальныхъ силъ, суживая при этомъ сферу дѣятельности правительственныхъ органовъ. Далѣе, интересы экономически обезпеченныхъ классовъ расходятся съ требованіями классовъ немущихъ. Интересы обрабатывающей промышленности не совпадаютъ съ требованіями земледѣльческихъ классовъ. Въ этой борьбѣ противоположныхъ интересовъ право должно играть роль справедливаго посредника: руководясь знакомыми намъ принципами *aequitas* и *humanitas*, оно должно стремиться по возможности равномерно удовлетворять сталкивающіеся интересы различныхъ общественныхъ группъ, оцѣнивая ихъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія общему благу государственнаго союза. Но удовлетворить такому идеалу невозможно. Законодатель невольно оказываетъ одному изъ нихъ предпочтеніе. Иногда законодательные органы и не желаютъ быть безпристрастными, получаютъ партійный характеръ. Въ виду этого въ государствѣ образуются партіи, довольныя существующимъ строемъ и требующія его сохраненія, и другія партіи, требующія реформъ.

Такъ какъ, по существу, вся сила юридическихъ нормъ основана на той поддержкѣ, которую онѣ находятъ въ обществѣ, то законодательство обыкновенно опирается на сочувствіе партіи, наиболѣе сильной въ данный моментъ въ обществѣ. Большею частью такая господствующая партія при помощи права стремится оказать защиту своимъ собственнымъ интересамъ насчетъ всѣхъ прочихъ. Но такъ какъ право по самой идеѣ своей должно служить не партіи, а требованіямъ справедливости, а съ другой стороны и противныя партіи, хотя и не являются господствующими, но все-же не вполнѣ безсильны, законодательство дѣлаетъ известныя уступки въ пользу другихъ, не господствующихъ партій. Въ результатъ этого процесса право получаетъ характеръ *компромисса* между различными общественными интересами, хотя, обыкновенно, съ преобладаніемъ въ немъ защиты интересовъ господствующей партіи.

Эта борьба интересовъ существовала всегда во всякомъ обществѣ и врядъ ли когда-нибудь прекратится. Мѣняются лишь ея формы: мѣсто кровопролитныхъ стычекъ занимаютъ дебаты въ парламентахъ и въ прессѣ, мѣсто революціи — мирныя реформы. Самая же борьба не можетъ прекратиться, такъ какъ по мѣрѣ осложненія жизни, интересы общества дѣлаются все болѣе разнообразными. Не придумано до сихъ поръ и такихъ системъ права, которыя дали бы возможность устранить изъ законодательства всякую партійность. Право должно стремиться къ безпристрастной оцѣнкѣ различныхъ интересовъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ требованіямъ общаго

блага, но на дѣлѣ эта оцѣнка интересовъ выполняется обыкновенно лишь болѣе или менѣе неправильно; общее благо опредѣляется часто подѣ угломъ зрѣнія, свойственнымъ наиболѣе сильной партіи. Сверхъ того, какъ уже замѣчено было выше, самое начало *общаго блага* сплошь и рядомъ по необходимости приходитъ въ коллизію съ запросами отдѣльной *личности*, какъ таковой, и отдѣльныхъ общественныхъ классовъ. Нерѣдко требованія общаго блага, даже при правильномъ пониманіи ихъ законодателемъ, не позволяютъ въ одинаковой степени удовлетворить частные интересы и запросы отдѣльныхъ лицъ и цѣлыхъ общественныхъ классовъ (см. сказанное въ § 2 о коллизіяхъ между требованіями *aequitas* и *humanitas*). *Гармоничное примиреніе запросовъ личности и государственнаго цѣлаго является высшимъ идеаломъ, къ которому должно стремиться право.* Съ этой точки зрѣнія законодатель долженъ разсматривать всѣ социальныя явленія, но на практикѣ этотъ идеаль еще никогда не былъ осуществленъ¹.

II. Не менѣе сложенъ вопросъ о томъ, *какъ получаютъ обязательную силу нормы права.* Обязательную силу юридическія нормы получаютъ путемъ различныхъ процессовъ. Иными словами, юридическія нормы возникаютъ въ различныхъ формахъ. Эти формы, въ которыхъ образуются нормы права, носятъ техническое названіе *источниковъ права.*

Мы можемъ насчитать четыре источника права: 1) договоръ (договоръ является важнымъ источникомъ права главнымъ образомъ въ области международнаго права, поэтому мы его не будемъ касаться въ послѣдующемъ изложеніи); 2) обычай; 3) законъ; 4) автономія. Что касается такъ называемаго права юристовъ, то мы увидимъ впоследствии, можетъ ли оно претендовать на значеніе источника права.

1. Обычай (*mos* или *consuetudo*)². Подъ именемъ обычая разумѣется юридическая норма, получающая обязательную силу вслѣдствіе привычки къ ней народа³ и долгаго примѣненія ея тѣми органами, на которыхъ лежитъ обязанность примѣнять на практикѣ нормы права. Обычай является наиболѣе древнимъ источникомъ права. Долго въ юридической литературѣ существовалъ споръ, что собственно служитъ источникомъ обычая: продолжительное ли примѣненіе извѣстной нормы, или убѣжденіе народа въ необходимости этой нормы. Ученые исторической школы, основанной Савиньи, полагали, что нормы обычнаго права возникаютъ и получаютъ обязательную силу въ сознаніи, въ духѣ народа; примѣненіе же этихъ нормъ на практикѣ служитъ лишь внѣшнимъ средствомъ познанія того, какія юридическія убѣжденія созданы народнымъ духомъ. Эта теорія исторической школы является естественнымъ продуктомъ общихъ воззрѣній этой школы на процессъ развитія права, какъ на процессъ постепеннаго раскрытія содержанія народнаго духа. Нынѣ она оставлена; теперь господствуетъ въ наукѣ взглядъ, что убѣжденіе народа и примѣненіе обычая идутъ рука объ руку: чѣмъ чаще примѣняется

¹ Ср. къ изложенному *Jellinek*, *op. cit.* стр. 88 слл.; 102 слл. *Merkel Holtzendorff's Encyclopädie*, 5-е изд., т. I. стр. 16—18. *Хвостовъ*, *Общая теорія права* (4 изд., 1908 г.) § 9, 16.

² См. объ обычай у Римлянъ статью *Pernice* въ *Zeitschr. d. Sav. St.* т. XX (1899 г.) стр. 127—171; т. XXII (1901 г.) стр. 58 слл. *Brie*, *die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I Thl. (1899 г.), стр. 1—58. О терминологіи римскихъ юристовъ см. *Brie*, стр. 6 сл.

³ Римляне говорили, что обычай основанъ на *consensus* народа и сопоставляли его съ постановленіями народ. собраній; см. L. 32 § 1 D. 1, 3 (въ § 6 ниже). *Brie* стр. 16 сл. Ср. *Pernice* въ *Zeitschr. Sav. St.* т. XXII, стр. 68.

обычай, тѣмъ болѣе крѣпнеть убѣжденіе народа въ пригодности и обязательности обычной нормы, и наоборотъ. Но для судьи рѣшающимъ обстоятельствомъ является постоянное примѣненіе нормы въ судахъ. Когда судья рѣшаетъ, есть ли данное правило обязательная для него обычная норма или нѣтъ, то онъ провѣряетъ лишь, примѣняется ли она, какъ таковая.

Обычай можетъ вырабатываться во всемъ народѣ, во всѣхъ его слояхъ. Но такой общенародный обычай встрѣчается сравнительно рѣдко. Въ большинствѣ случаевъ обычай возникаетъ и вырабатывается въ отдѣльныхъ слояхъ общества, среди лицъ, занимающихся тѣмъ кругомъ дѣлъ, котораго касается каждый данный обычай; такъ торговые обычаи складываются въ торговомъ классѣ. Интереснымъ является вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ дѣятельность *юристовъ* для образованія юридическихъ обычаевъ? Юристамъ, которые избрали своей спеціальностью занятіе правомъ и разрѣшеніе спорныхъ юридическихъ случаевъ, приходится сталкиваться въ своей дѣятельности съ различными сторонами народной жизни; у нихъ вырабатываются собственныя убѣжденія и воззрѣнія на то, какая юридическая нормировка соотвѣтствуетъ разнообразнымъ жизненнымъ отношеніямъ. Если среди юристовъ складывается общее воззрѣніе на то, какъ слѣдуетъ поступать въ какомъ-либо отношеніи, то ихъ *communis opinio*, какъ общее мнѣніе спеціалистовъ дѣла, не можетъ не оказать вліянія на практику и часто приводитъ къ созданію юридическаго обычая. Такимъ образомъ несомнѣнно, что въ образованіи обычая играютъ большую роль юристы; но спрашивается, можно ли обычай, слагающійся подъ вліяніемъ убѣжденія юристовъ, выдѣлять изъ общенароднаго обычая и разсматривать какъ нѣчто *sui generis*? На этотъ вопросъ мы должны отвѣтить отрицательно. Во-первыхъ, по общему правилу нельзя ожидать, что между взглядами юристовъ и всего народа будетъ существенная разница; юристы не перестаютъ быть дѣтьми своего вѣка и своего народа, и воззрѣнія ихъ на юридическія отношенія обыкновенно не расходятся по содержанию съ тѣми воззрѣніями, которыя складываются въ средѣ всего общества. Во-вторыхъ, если бы даже у юристовъ и сложилось убѣжденіе, расходящееся съ воззрѣніями народной массы, и это убѣжденіе съ теченіемъ времени окрѣпло бы до степени обычая, то мы имѣемъ полное право сказать, что народъ убѣдился въ цѣлесообразности выработаннаго юристами правила и согласился съ нимъ; мы можемъ признать, что убѣжденіе юристовъ сдѣлалось убѣжденіемъ всего народа, ибо въ противномъ случаѣ народъ не подчинился бы этому убѣжденію и не далъ бы ему окрѣпнуть до степени обычая. Такимъ образомъ, обычай, сложившійся подъ вліяніемъ юристовъ, по существу ничѣмъ не отличается отъ всенароднаго обычая.

Для того, чтобы обычай возникъ, какъ обязательная юридическая норма, требуется наличность слѣдующихъ условій:

1) Необходимо, чтобы обычай путемъ *доловременною* примѣненія глубоко укоренился на практикѣ⁴; но при этомъ не требуется, чтобы обычай примѣнялся извѣстное, точно опредѣленное количество времени; только западное каноническое право⁵ требовало въ доказательство существованія обычая истечения опредѣленной давности (*legitima praescriptio*). 2) Необхо-

⁴ *Longa inveterata, diuturna consuetudo, longaevus usus.* L. 32 § 1. L. 33. 35 D. 1, 3 L. 2. 3 C. 8, 52 (53).

⁵ C. 11 X. 1, 4. c. 3 in VI^{to} 1, 4. O Corpus juris canonici и способъ его цитированія см. Баронъ. Система § 2. *Dernburg*, I, § 12. *Windscheid* I § 5.

димо, чтобы примѣненіе обычая на практикѣ было *однородно*, т.-е. чтобы практика въ одномъ направленіи не парализовалась и не уравнивалась практикой въ другомъ направленіи ⁶. 3) Обычай долженъ быть *раціоналенъ*, т.-е. его примѣненіе должно вызываться извѣстной разумной потребностью, существующей въ данной мѣстности или въ данной общественной группѣ ⁷. 4) Примѣненіе обычая должно сопровождаться убѣжденіемъ *въ необходимости* примѣняемой нормы (*opinio necessitatis*), въ ея обязательности ⁸; иначе возникаетъ не обычай, а только обыкновеніе (объ этомъ ниже).

5) Иногда извѣстный образъ дѣйствій постепенно укрѣпляется потому, что общество *по заблужденію* убѣждено, что такой образъ дѣйствій предписываетъ какая-нибудь ложно истолкованная норма права. Спрашивается, можетъ ли такой образъ дѣйствій, основанный на убѣжденіи народа въ его необходимости (народъ ошибочно полагаетъ, что этотъ образъ дѣйствій предписанъ), привести къ образованію обычая, несогласнаго съ истиннымъ смысломъ той нормы, ложное толкованіе которой вызвало его? Могутъ быть два случая: а) если образъ дѣйствій, возникшій вслѣдствіе ложнаго пониманія нормы, не пользуется сочувствіемъ въ обществѣ, если общество держалось его только потому, что считало его предписаннымъ, то никакого обычая не возникаетъ; б) если же общество сочувствуетъ ложному толкованію нормы и охотно практикуетъ вытекающій изъ этого толкованія образъ дѣйствія, то возникаетъ обычай, отмѣняющій норму, на которую опиралась практика, ибо смыслъ практики на самомъ дѣлѣ не соответствуетъ истинному смыслу этой нормы. Очень часто это происходило съ нормами римскаго права, реципированнаго въ Германіи: нерѣдко общество и юристы, сами того не замѣчая, толковали нормы римскаго права не въ томъ смыслѣ, какой онѣ дѣйствительно имѣли, а въ томъ, въ какомъ имъ хотѣлось бы видѣть ихъ въ современной жизни; этимъ путемъ создавались новыя нормы обычнаго права, по внѣшности основанныя на римскомъ правѣ, но на самомъ дѣлѣ измѣняющія постановленія римскаго права въ духѣ новаго времени ⁹.

Удостовериться въ существованіи обычая и познакомиться съ его содержаниемъ судья можетъ разными способами: 1) по судебнымъ рѣшеніямъ и приговорамъ ¹⁰; 2) изъ показаній свѣдующихъ людей, старожиловъ и пр. ¹¹; 3) изъ сборниковъ обычнаго права, составленныхъ частными лицами; 4) изъ народныхъ поговорокъ, въ которыхъ нерѣдко формулируется содержаніе обычаевъ. Если судья не знаетъ извѣстнаго обычая, на который ссылаются стороны, то стороны могутъ доказывать его существованіе ¹²; при этомъ для нихъ открыты всѣ способы судебного доказательства, и самъ судья *ex officio*

⁶ *Consuetudo tenaciter servata, jugiter observata*. L. 3 C. 8, 52 (53). L. 3 C. 12, 29 (30) cf. L. 34 D. 50, 17.

⁷ Эта разумная потребность именуется въ источникахъ *ratio (utilitatis, въ отличіе отъ ratio juris)*. L. 1. C. 8, 52 (53); ср. L. 2 C. eod. Nov. 134 c. 1. *Brie*, стр. 24 32. Ср. *Windscheid* § 16 пр. 5.

⁸ Этотъ реквизитъ въ источникахъ выраженъ неявно; см. *Brie*, стр. 23.

⁹ См. къ этому *Regelsberger* § 20, III — Относительно L. 39 D. 1. 3 см. *Brie* стр. 27 слл.: запрещается распространіе по аналогіи обычаевъ, противныхъ общимъ принципамъ права (*ratio juris*). Такъ и *Dernburg* I § 27 пр. 4. Нѣсколько иначе *Pernice, Ztschr. Sav. St.* т. XXII, стр. 81.

¹⁰ L. 34 D. 1, 3.—Ср. ко всему этому *Brie*, стр. 46 слл.

¹¹ Nov. 106 пр.

¹² L. 3 § 6 D. 22, 5. L. 1 C. 8, 52 (53) (*probari*).

обязанъ изслѣдовать, какіе въ данной мѣстности для даннаго случая существуютъ обычаи ¹³.

Довольно близко къ обычаю стоитъ такъ называемое *дѣловое обыкновение* (въ источникахъ также *mos, consuetudo*) ¹⁴; оно состоитъ въ томъ, что подъ вліяніемъ практики и постоянного опыта въ какомъ-либо классѣ лицъ въ извѣстной мѣстности можетъ сложиться воззрѣніе, какъ лучше и удобнѣе поступать при извѣстныхъ обстоятельствахъ. Напр., у купцовъ могутъ выработаться обыкновения, какъ пересылать товары или какъ вести торговыя книги. Это обыкновение можетъ имѣть юридическое содержаніе, напр. торговцы могутъ выработать обычный размѣръ скидки при уплатѣ наличными за купленный товаръ. Но такого рода обыкновение не есть обычай, ибо здѣсь нѣтъ въ наличности признака обязательности, а лишь одно убѣжденіе въ удобствѣ, въ полезности такого образа дѣйствій. Дѣловое обыкновение не можетъ быть признано поэтому обязательной юридической нормой, хотя бы диспозитивной. Значеніе дѣловаго обыкновения для права состоитъ въ томъ, что изъ знакомства съ нимъ можно уяснить себѣ содержаніе воли частныхъ лицъ, недостаточно ясно выраженной ими въ самой сдѣлкѣ. Но пополнить пробѣлы сдѣлки въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ воля сторонъ вообще не выражена, дѣловое обыкновение не можетъ: это—задача диспозитивныхъ нормъ права, т.-е. обычая или закона. Если, слѣдовательно, нѣкоторые вопросы въ сдѣлкѣ остались вполнѣ открытыми, то судья обращается за пополненіемъ воли сторонъ къ диспозитивнымъ нормамъ и рѣшаетъ на основаніи ихъ тяжбу. Но если контрагенты не оговорили содержанія нѣкоторыхъ пунктовъ своей сдѣлки именно потому, что они по молчаливому или открыто выраженному соглашенію рѣшили нормировать эти пункты сообразно дѣловому обыкновению, то судъ долженъ руководиться дѣловымъ обыкновениемъ, прежде чѣмъ прибѣгнуть къ диспозитивнымъ нормамъ.

Примѣненію дѣловаго обыкновения нисколько не мѣшаетъ то обстоятельство, что одинъ контрагентъ не зналъ точно, въ чемъ состоитъ содержаніе этого обыкновения, когда онъ выражалъ свое согласіе подчиниться ему. Напр., если бы я, посылая заказъ заграничному книгопродавцу, согласился довольствоваться обычной въ мѣстѣ жительства книгопродавца скидкой съ продажной цѣны при уплатѣ наличными, то судья въ случаѣ возникновенія спора между мной и книгопродавцемъ долженъ былъ бы принять во вниманіе дѣловое обыкновение, существующее въ мѣстѣ жительства книгопродавца, хотя бы точный размѣръ скидки, дѣлаемой согласно этому обыкновению, мнѣ не былъ извѣстенъ въ моментъ заказа. Точно также я могу заключить биржевую сдѣлку извѣстнаго рода согласно съ обыкновениями Московской биржи, хотя бы эти обыкновения мнѣ не были извѣстны.

¹³ L. 1 C. 8, 52 (53) in f. L. 3 § 6 D. 22, 5 (divi fratres). L. 37 D. 1, 3. *Brie*, стр. 50 сл. См. также *Widscheid* § 17 *Regelsberger* § 21. Ср. *Dernburg* I § 28, 1.

¹⁴ L. 50 § 3 D. 30. L. 34 D. 50, 17. L. 21 § 1 D. 28, 1. L. 31 § 20 D. 21, 1. L. 6. D. 21, 2. L. 1 pr. D. 22. 1. *Brie*, стр. 11 пр. 21. Ко всему послѣдующему см. *Regelsberger* § 22, II, Ср. *Lambert*, *La fonction du droit civil comparé*, стр. 813 сл.

§ 6. Законъ. Отношеніе его къ обычаю. Автономія.

2. *Законъ*. Вторымъ источникомъ права является законъ. По современной теоріи¹, подъ именемъ закона разумѣется такая норма, которая формулирована компетентнымъ органомъ государственной власти и получаетъ обязательный характеръ въ силу обнародованія ея этой государственной властью.

Законъ сравнительно съ обычаемъ является болѣе позднимъ источникомъ права, такъ какъ для созданія закона требуется болѣе высокое интеллектуальное развитіе общества, чѣмъ для выработки обычая: надо подмѣтить общій типъ отношеній, и кромѣ того нужно умѣть создать для этихъ отношеній подходящую общую норму, выразить ее въ ясныхъ и точныхъ словахъ. Все это не легко и требуетъ отъ законодателя значительнаго умственного развитія и сноровки, качества, которыя развиваются только со временемъ.

Въ чемъ состоитъ *взаимное отношеніе закона и обычая*? Законъ имѣетъ большія преимущества передъ обычаемъ. Юридическія нормы, составляющія содержаніе обычнаго права, не фиксированы авторитетнымъ органомъ государственной власти, такъ чтобы ихъ нельзя бы было измѣнить. Пусть даже обычай вполнѣ укоренился, всѣ члены общества одинаково убѣждены въ его обязательности и болѣе или менѣе одинаково представляютъ себѣ его содержаніе: тѣмъ не менѣе при примѣненіи обычая на практикѣ не могутъ не играть большой роли субъективныя наклонности и субъективное міровоззрѣніе отдѣльнаго судьи. Лица даже одного и того же класса общества до извѣстной степени могутъ расходиться въ своемъ міровоззрѣніи, и эти индивидуальныя особенности міровоззрѣнія несомнѣнно оказываютъ вліяніе на ихъ представленіе о содержаніи обычныхъ нормъ. Кромѣ того, нормы обычнаго права могутъ быть не всѣмъ лицамъ въ обществѣ извѣстны въ одинаковой степени. Изъ этого слѣдуетъ, что обычай не представляетъ достаточно надежнаго обезпеченія въ томъ, что судьи всегда одинаково будутъ рѣшать одинаковыя дѣла. Это крупный недостатокъ обычая въ сравненіи съ закономъ. Законъ даетъ твердую почву для судопроизводства: всѣ судьи связаны текстомъ нормъ, установленнымъ законодателемъ, и имѣютъ въ своихъ рукахъ тѣ же средства для сужденія о содержаніи нормы. Поэтому закону отводится постепенно главное мѣсто, какъ источнику права, и онъ болѣе или менѣе вытѣсняетъ обычай.

Однако, законъ не можетъ вытѣснить обычая вполнѣ. Обычай сохраняетъ извѣстное значеніе и послѣ появленія закона по слѣдующимъ причинамъ: 1) Какъ бы заботливо законодатель не слѣдилъ за жизнью и за развивающимися потребностями ея, онъ не можетъ немедленно предусматривать всѣ новыя отношенія, появляющіяся въ жизни, и вносить тотчасъ же въ нормы права всѣ тѣ измѣненія, которыя необходимы въ виду этихъ перемѣнъ. Законъ всегда болѣе или менѣе отстаетъ отъ жизни, и пока для новыхъ потребностей не появилось подходящей нормы закона, слагающіеся въ народѣ для удовлетворенія этихъ потребностей обычай дополняютъ нормы

¹ Римскіе юристы мало занимались общими вопросами объ источникахъ права (см. *Brie*, *op. cit.*, стр. 2 сл.) и поэтому намъ приходится постоянно пользоваться для полноты очерка выводами современной теоріи. См. *Хвостовъ*, *Общая теорія права* §§ 19—21.

закона². 2) Законъ имѣеть въ большинствѣ случаевъ общее, абстрактное содержаніе; законодатель, создавая нормы права, не можетъ предусмотрѣть всѣхъ индивидуальных отгѣнковъ въ юридическихъ отношеніяхъ, которые встрѣчаются въ жизни. Эти отгѣнки въ глазахъ законодателя являются второстепенными деталями, но при примѣненіи права къ жизни они могутъ получить важное значеніе. На помощь закону и въ этихъ случаяхъ является судебная практика и обычай. Они восполняютъ эти недостатки закона. Для законодателя невозможно предусмотрѣть всѣ эти отгѣнки, въ виду ихъ разнообразія и многочисленности³, но обычай, вырабатываемый народною жизнью, болѣе эластиченъ⁴.

Относительно *примѣненія* закона существуетъ правило, что всякій законъ, дѣйствующій въ извѣстной мѣстности, судья долженъ знать *ex officio* (*iura novit curia*). Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ для судьи не обязательно знаніе закона, напр., когда дѣло идетъ о примѣненіи иностранныхъ законовъ. Стороны, которыя ссылаются на иностранное право, должны ознакомить судью съ содержаніемъ этого права, но судья, конечно, можетъ и долженъ провѣрять правильность этихъ показаній сторонъ.

Спрашивается, можетъ ли обычная норма *отмѣнить* норму закона и наоборотъ⁵. Какъ законъ можетъ отмѣнить существующій въ странѣ обычай, такъ и обычай можетъ отмѣнить законъ; въ послѣднемъ случаѣ говорятъ, что законъ вышелъ изъ употребленія. Мало того, обычай можетъ отмѣнить даже законъ, воспреещающій возникновеніе новыхъ обычаевъ, содержаніе которыхъ противно извѣстнымъ нормамъ закона⁶. Эти положенія признавались и въ римскомъ правѣ. Отъ классическихъ юристовъ сохранились слѣдующія замѣчанія по этому поводу: *Dig. 1, 3 fr. 32 § 1. Julianus „Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur“*, т. е. „Старое обыкновение съ полнымъ основаніемъ соблюдается, какъ законъ, и въ этомъ смыслѣ говорятъ о правѣ, которое создается путемъ обычая. Вѣдь сами законы обязательны для насъ лишь потому, что приняты по рѣшенію народа; въ виду этого вполнѣ основательно считать общеобязательными и тѣ нормы, которыя помимо всякой записи одобрены народомъ; какая разница въ томъ, выразить ли народъ

² Представьте себѣ, сколько новыхъ отношеній, сколько новыхъ юридическихъ вопросовъ возникаетъ въ результатѣ хотя бы какого-либо грандіознаго технического усовершенствованія, какъ, напр., изобрѣтенія парохода, телеграфа, телефона и т. п. Пока законъ съ ними не успѣетъ справиться, ихъ вѣдаетъ сама жизнь, для нихъ создаются сперва конкретныя судебныя рѣшенія, а затѣмъ и абстрактные обычаи. *Bülow, Gesetz und Richteramt*, стр. 31. О вліяніи техники на развитіе договорнаго права ср. *Цвилманъ* въ *Ж. М. Ю.*, 1902 г., № 8, стр. 149 слл.

³ И ничего хорошаго не произошло бы, если бы законодатель поставилъ себѣ задачей предусматривать всѣ мельчайшія детали жизненныхъ отношеній. „Многотомные казуистическіе кодексы давно уже оказались самыми плохими и запутанными, самими недостаточными“. *Bülow*, стр. 33.

⁴ Къ изложенному ср. *Lambert, La fonction du droit civil.*, стр. 809 слл.

⁵ Объ обычаяхъ, какъ средствѣ толкованія закона см. *L. 37. 38. D. 1, 3. Brie*, стр. 37.

⁶ Послѣдняго не допускаетъ для римскаго права *Brie*, стр. 40 сл. стр. 46.

свою волю подачею голосовъ или же своими поступками? Поэтому-то вполне основательно принято правило, согласно которому законы могутъ быть отмѣнены не только вслѣдствіе выраженной воли законодателя, но и по молчаливому соглашенію всѣхъ, путемъ обычая“. Здѣсь прямо высказывается мысль, что обычай можетъ отмѣнить законъ. Таковъ взглядъ на дѣло классическихкихъ юристовъ.

Въ Кодексѣ, однако, находится императорская конституція, принадлежащая имп. Константину, изъ которой можно вывести обратное заключеніе, — что римское право запрещало возникновеніе такихъ обычаевъ, которые отмѣняютъ законы. Эта конституція, изданная въ 319 году, говоритъ слѣдующее: *Cod. 8, 52 (53), c. 2. „Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem“* т. е. „Значеніе обычая и долговременной практики не мало, но оно все-же не такъ велико, чтобы обычай и практика могли побѣдить или общіе принципы права или предписаніе закона“.

Нѣкоторые авторитетные романисты предлагаютъ слѣдующее толкованіе этой нормы. Нужно принять во вниманіе, что она установлена Константиномъ, однимъ изъ позднѣйшихъ римскихъ императоровъ, т. е. издана въ то время, когда римская имперія занимала громадную территорію, на которой жило разноплеменное населеніе. Это была эпоха наименѣе благоприятная для выработки какихъ-либо общегосударственныхъ обычаевъ: каждая народность создавала для себя свои собственные обычаи. Въ виду этого весьма вѣроятно, что Константинъ, издавая приведенную конституцію, имѣлъ въ виду не обычай общегосударственный, а только мѣстный, и смыслъ конституціи состоитъ въ томъ, что тѣ изъ *мѣстныхъ обычаевъ*, которые противорѣчатъ содержанію *законовъ общихъ для всей Римской имперіи*, не могутъ отмѣнять этихъ общеперскихъ законовъ; точно также мѣстные обычаи не могутъ нарушать такой *ratio juris*, которая является общей для всего римскаго государства ⁷.

Въ Германіи романисты, во время реценціи римскаго права, пользовались этой конституціей для того, чтобы доказать, что партикулярные обычаи, слагавшіеся въ германскихъ государствахъ, никоимъ образомъ не могутъ отмѣнять или измѣнять нормы римскаго права, какъ онѣ изложены въ *Corpus juris*. *Corpus juris*, по воззрѣніямъ тогдашнихъ германскихъ юристовъ, являлся общимъ закономъ для всей Германской имперіи, а потому его постановленія, какъ нормы закона, въ виду выше приведенной с. 2, не могутъ отмѣняться партикулярнымъ обычаемъ. Воззрѣніе это не имѣло подъ собою

⁷ См. *Savigny*, т. I, стр. 420 слл. *Windscheid*, I § 18 пр. 2 *Regelsberger*, § 23. Другія толкованія см. у *Fangerow*, I § 16. *Dernburg*, I § 28 пр. 6 *Pernice*, въ *Zeitsch. d. Sav. St.* т. XX, стр. 149—162 (ср. также т. XXII, стр. 74—78) доказываетъ, что Константинъ ничего новаго въ этой конституціи не сказалъ: Римляне вообще не знали чистаго обычая, какъ основанія для *отмѣны* нормъ, установленныхъ законами; такую силу обычай могъ получить лишь, будучи подкрѣпленъ эдиктомъ (этимъ объясняется § 7 J. 4, 4; см. стр. 155 пр. 2). Юліанъ въ L. 32 § 1 D. 1, 3, по его мнѣнію, выставляетъ лишь теоретическое положеніе, разсуждая отчасти подъ вліяніемъ греческой философіи: онъ имѣетъ въ виду возникновеніе *всеобщаго* обычая, отмѣняющаго законъ, т.-е. случай, практически невозможный (стр. 156 слл.). Въ публичномъ правѣ отъ такта магистрата зависѣло примѣнять или не примѣнять забытые законы; формально они не считались отмѣненными (стр. 150 сл.).—Противорѣчіе источниковъ принимаетъ *Bré*, стр. 45 сл.; см. также стр. 6 пр. 22, но думаетъ, что по общему смыслу Юстиніановой компіляціи предпочтеніе должно быть отдано принципу Юліана.

почвы; практическое значеніе *Corpus juris* въ Германіи было основано исключительно на обычаяхъ; поэтому, если партикулярные германскіе обычаи измѣняли и отмѣняли нормы, содержащіяся въ компиляціи Юстиніана, то это не противорѣчило конституціи Константина.

3. *Автономія*. Послѣднимъ источникомъ права является автономія. Подъ именемъ автономіи разумѣется право регулировать свои внутреннія отношенія, предоставленное государственной властью отдѣльнымъ общинамъ, корпораціямъ, или другимъ группамъ лицъ въ государствѣ. Автономныя постановленія издаются различными общественными союзами внутри государства, городами, сельскими обществами, всевозможными корпораціями и т. п., и несомнѣнно являются нормами права, потому что имъ свойственъ общій характеръ юридическихъ нормъ. Разъ союзъ или корпорація получили отъ государственной власти разрѣшеніе издавать автономныя нормы, то эти нормы регулируютъ отношенія членовъ этого союза принудительно, независимо отъ согласія каждаго изъ членовъ союза подчиниться имъ, а въ этомъ принудительномъ характерѣ и состоитъ отличительный признакъ нормъ права, какъ мы видѣли выше (см. выше § 1). Но нормы автономнаго права суть нормы низшаго порядка въ сравненіи съ нормами, исходящими отъ органовъ законодательной власти, потому что ихъ обязательная сила основывается не столько на силѣ самаго союза, который ихъ издаетъ, сколько на ихъ признаніи со стороны законодательныхъ органовъ государства; самое право союза издавать автономныя постановленія всегда ставится въ извѣстныя границы государственной властью⁸.

§ 7. Примѣненіе нормъ права.

Въ связи съ ученіемъ объ источникахъ права раземотримъ вопросъ о значеніи *дѣятельности юристовъ* для развитія объективнаго права. Дѣятельность юристовъ сводится къ тому, что они примѣняютъ къ жизни и разрабатываютъ теоретически нормы права; въ этой дѣятельности они ставятъ себѣ двѣ задачи:

1) Они стремятся къ возможно болѣе полному и точному раскрытію и примѣненію на практикѣ тѣхъ идей, которыя скрыты въ существующемъ запасѣ нормъ.

2) Они стремятся создать изъ всѣхъ существующихъ юридическихъ нормъ стройную систему права.

Толкованіе юридическихъ нормъ и аналогія. I. Если юристъ примѣняетъ нормы права къ жизни, онъ долженъ прежде всего подвергнуть ихъ критикѣ; эта критика бываетъ двухъ родовъ: низшая и высшая¹.

1. Низшая критика состоитъ въ томъ, что юристъ провѣряетъ, дѣйстви-

⁸ Ср. *Jellinek*, стр. 386 сл., стр. 590 сл.

¹ Значеніе терминовъ „низшая и высшая критика“ объяснено согласно *Windscheid*, *Pandectenrecht* т. I § 21 прим. 1. Эти термины не всѣми понимаются одинаково. Ко всему послѣдующему ср. *Regelsberger*, §§ 33—37. *Dernburg*, т. I, §§ 34—37. *Windscheid*, I, §§ 20—22. О толкованіи нормъ права съ точки зрѣнія современной юридической доктрины см. подробно *F. Geny*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 1899. Ко всему ученію см. также *Васъковскій*, Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ 1901 г.

тельно ли слова, въ которыхъ выражена обсуждаемая имъ норма, принадлежатъ самому автору нормы, дѣйствительно ли эти слова высказаны ея составителемъ. Юристъ долженъ прежде всего установить самый *текстъ* примѣняемой нормы. Въ результатѣ низшей критики устраняются, напр., опечатки и описки, которыя допущены въ документѣ, содержащемъ текстъ закона. Для источниковъ римскаго права низшая критика сводится къ тому, что ученые стремятся возстановить правильное чтеніе каждаго фрагмента *Corpus Juris*: они слѣдуютъ для этой цѣли рукописи, а иногда, послѣ изученія самаго содержанія фрагмента, приходятъ къ тому заключенію, что существующее чтеніе фрагмента не можетъ быть вѣрно, и что его надо измѣнить извѣстнымъ образомъ (т. н. конъектуральная критика).

2. Высшая критика состоитъ въ томъ, что юристъ провѣряетъ, дѣйствительно-ли данная норма есть норма права, т.-е. исходитъ ли она отъ источника, который можетъ создавать юридическія нормы, и соблюдены ли при изданіи этой нормы всѣ необходимыя условія.

II. Затѣмъ юристъ переходитъ къ *толкованію нормъ*. Тутъ задача юриста состоитъ въ томъ, чтобы на основаніи текста нормы, который установленъ критикой, раскрыть ея смыслъ. Слова, которыя употребляетъ законодатель, не болѣе какъ средство выраженія мысли законодателя; для юриста обязательны не слова закона, а та мысль, которую выражаетъ норма.

По этому поводу одинъ изъ юристовъ классическаго періода — Цельзь (Celsus) — оставилъ слѣдующее изреченіе: Dig 1, 3 fr. 17. „Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, т.-е. „Знать законы не значитъ держать въ памяти ихъ слова, но значитъ понимать ихъ смыслъ и значеніе“.

Принято различать два вида толкованія законовъ: 1) легальное и 2) научное. *Легальное или автентическое толкованіе* (interpretatio legalis) нормъ есть толкованіе, которое дается этимъ нормамъ законодательными органами. *Научное толкованіе* (interpretatio doctrinalis) есть то, которое исходитъ отъ юриста, не имѣющаго законодательной власти, и цѣнность котораго зависитъ исключительно отъ его внутренняго достоинства.

Что касается *легальной интерпретаціи*, то она только по названію есть толкованіе и въ сущности ничего общаго не имѣетъ съ истиннымъ толкованіемъ. Сила легальной интерпретаціи не зависитъ отъ внутреннихъ свойствъ толкованія, а отъ того, что оно предписывается надлежащимъ органомъ государственной власти; это въ сущности не толкованіе старой нормы, а установленіе новой нормы права, снабженной обратною силою (см. § 9 въ концѣ).

Для насъ представляетъ интересъ только *научная интерпретація*. Средства для научнаго толкованія весьма различны, и самый процессъ толкованія мы можемъ только описать; научить же искусству толковать нормы права въ теоретическомъ курсѣ невозможно. Это искусство приобрѣтается долговременной практикой и знакомствомъ съ хорошими образцами толкованія; въ этомъ смыслѣ большое значеніе имѣетъ изученіе въ подлинникѣ *Corpus Juris*.

Различаютъ два рода научнаго толкованія: а) толкованіе грамматическое и б) толкованіе логическое.

а) Подъ именемъ *грамматическаго* толкованія разумѣютъ процессъ, который сводится къ тому, что толкователь, руководясь *законами языка*, опредѣляетъ истинный смыслъ тѣхъ выраженій, въ которыя облечена данная

норма. Онъ истолковываетъ слова законодателя такъ, какъ ихъ можно понимать на основаніи грамматическихъ законовъ. При этомъ онъ долженъ принимать во вниманіе индивидуальное словоупотребленіе законодателя. Это значитъ, что юристъ можетъ руководиться не только общепринятымъ смысломъ словъ и выраженій, но и тѣмъ смысломъ, который привыкъ связывать съ этими словами и выраженіями именно данный законодатель. Требуется при этомъ только, чтобы индивидуальное словоупотребленіе законодателя не являлось совершенно недопустимымъ по общимъ законамъ языка. При грамматическомъ толкованіи большую роль играетъ также то значеніе, которое слова имѣютъ на специальномъ юридическомъ, техническомъ языкѣ.

Грамматическое толкованіе само по себѣ обыкновенно приводитъ къ результатамъ недостаточнымъ и не даетъ необходимыхъ основаній для сужденія объ истинномъ смыслѣ нормы. Смыслъ каждой отдѣльной нормы по общему правилу вполне выясняется лишь при сопоставленіи ея съ другими, касающимися того-же предмета. Сверхъ того и самая словесная редакція можетъ быть неясной, а грамматическое толкованіе для устранения неясности можетъ оказаться недостаточнымъ; такъ, извѣстное выраженіе можетъ имѣть нѣсколько значеній, и грамматическое толкованіе не указываетъ, какое именно значеніе нужно принять въ данномъ случаѣ; законодатель могъ ошибиться въ выборѣ выраженія, употребить выраженіе, которое по законамъ грамматики имѣетъ не тотъ смыслъ, какой имѣлся въ виду и т. п. Поэтому, чтобы опредѣлить смыслъ нормы, весьма часто приходится прибѣгать къ другимъ средствамъ толкованія.

б) Толкованіе закона, которое оперируетъ другими средствами, кромѣ законовъ языка, называется *логическимъ толкованіемъ*, или логической интерпретаціей².

Что касается *средствъ* логической интерпретаціи, то въ общихъ чертахъ они сводятся къ слѣдующему:

1) Очень часто смыслъ нормы обнаруживается послѣ изученія *связи этой нормы съ другими положеніями права и иногда даже со всей системой права*. Ни одна норма не стоитъ въ правѣ особнякомъ; напротивъ, между всѣми нормами существуетъ внутренняя, болѣе или менѣе тѣсная связь. По поводу этого мы имѣемъ слѣдующее замѣчаніе Цельза: Dig. 1, 3 fr. 24. „Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita iudicare vel respondere“: т.-е. „Неправильно отвѣчать (давать responsa) или рѣшать дѣло, не имѣя въ виду всего закона, а принимая во вниманіе только какую-нибудь его часть“.

2) Второе средство логической интерпретаціи состоитъ въ томъ, что иногда для толкованія нормы полезно изучить, какъ складывается отношеніе, регулируемое этой нормой, *въ самой жизни*. Мы можемъ этимъ путемъ составить себѣ понятіе о тѣхъ потребностяхъ, которыя вызвали извѣстную норму, опредѣлить согласно имъ цѣль, преслѣдуемую нормою, и выяснитъ, какія средства было возможно употребить для достиженія этой цѣли и какое именно изъ этихъ средствъ избралъ законодатель, создавая толкуемую норму. Другими словами, толкованіе закона должно считаться съ той *целью*, кото-

² Это названіе въ сущности неудачно, ибо и грамматическая интерпретація совершается сообразно законамъ логики, но этотъ терминъ настолько установился въ наукѣ, что намъ нѣтъ надобности отступать отъ него. Васильевскій, стр. 29 сл. различаетъ толкованіе словесное и реальное.

рую преслѣдовалъ законодатель. Въ этомъ именно смыслѣ классическій юристъ Модестинъ (Modestinus) говоритъ слѣдующее: Dig. 1, 3, fr. 25. „Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem“, т.-е. „Никакой принципъ права и никакая справедливость не позволяютъ, чтобы тѣ нормы, которыя вводятся законодателемъ ради покровительства интересамъ людей, мы истолковывали слишкомъ строго, обращая ихъ противъ этихъ самыхъ лицъ, и придавая имъ характеръ суровости“.

Мы имѣемъ въ источникахъ слѣдующій наглядный примѣръ такого примѣненія нормъ права согласно съ ихъ жизненною цѣлью; дѣло касается *restitutio in integrum propter minorem aetatem*. Если несовершеннолѣтний (моложе 25 лѣтъ) заключилъ сдѣлку, и затѣмъ обнаружилось, что интересы этого лица страдаютъ отъ этой сдѣлки, то онъ можетъ просить претора о восстановленіи его въ прежнее состояніе, т. е. объ уничтоженіи сдѣлки. По этому поводу юристъ Павелъ говоритъ Dig. 4, 4 fr. 24 § 1 слѣдующее: „Не всегда однако сдѣлки, заключенныя съ *minores*, должны отмѣняться посредствомъ *in integrum restitutio*, но нужно поступать согласно съ *bonum et aequum* (т. е., согласно съ практической цѣлью института *restitutio in integrum*, пояснимъ мы), чтобы не вызвать большихъ невыгодъ для лицъ этого возраста, такъ какъ въ противномъ случаѣ никто не захочетъ вступать съ ними въ сдѣлки, и у нихъ какъ бы будетъ отнята правоспособность (*commercium*)“.

3) Третьимъ средствомъ логическаго толкованія является слѣдующее: нерѣдко норма бываетъ частнымъ выводомъ изъ какого-нибудь *общаго принципа права* (*ratio juris*), и сличеніе нормы съ этимъ принципомъ бросаетъ свѣтъ на толкуемую норму³.

4) Четвертымъ средствомъ логической интерпретаціи является знакомство съ *исторіей права*. Настоящее коренится въ прошедшемъ и всякая норма права является продуктомъ предшествующей исторіи. Для того, чтобы правильно толковать нормы права, полезно поэтому обращаться къ исторіи ихъ возникновенія и узнать, какимъ образомъ норма возникла и постепенно приняла тотъ видъ, въ которомъ мы ее встрѣчаемъ. Между прочимъ, при толкованіи современныхъ законодательствъ, особенно западныхъ, большую роль играетъ исторія римскаго права, которое лежитъ въ основѣ этихъ законодательствъ.

5) Въ пятыхъ мы имѣемъ еще одно внѣшнее пособіе для толкованія законовъ; этимъ пособіемъ являются такъ называемыя *мотивы закона*. Въ настоящее время не издають закона, болѣе или менѣе важнаго, иначе, какъ послѣ тщательнаго его обсужденія въ законодательныхъ комиссіяхъ. Подобная комиссія въ результатъ своей дѣятельности оставляетъ обыкновенно рядъ соображеній, которыя привели ее къ выработкѣ извѣстнаго текста закона; этими мотивами мы можемъ пользоваться, какъ данными для толкованія законодательной нормы⁴. Съ этимъ матеріаломъ однако приходится

³ Такъ напр. вопросъ о томъ, что слѣдуетъ взыскивать съ отвѣтчика путемъ различныхъ *condictiones sine causa*, рѣшается на основаніи общаго принципа о возвратѣ неосновательнаго обогащенія.

⁴ См. въ качествѣ хорошаго образца вышедшіе въ пяти томахъ „*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*“. II къ русскому проекту Гражданскаго Уложения приложено 12 томовъ „Объясненій“.

обращаться осторожно. Нерѣдко нормы получаютъ въ окончательной редакціи не тотъ видъ, который хотѣла придать имъ составлявшая проектъ законодательная коммисія.

Переходимъ теперь къ *результатамъ* толкованія законовъ. Въ результатѣ толкованія могутъ получиться слѣдующіе выводы:

1) Толкованіе можетъ показать, что текстъ нормы *вполнѣ соответствуетъ* мысли законодателя. Въ такомъ случаѣ норму нужно примѣнять буквально.

2) Можетъ оказаться, что текстъ нормы *совершенно расходится* съ мыслью законодателя: законодатель выразилъ не ту мысль, которую имѣлъ въ виду, и не выразилъ той мысли, которая у него была на самомъ дѣлѣ. Въ такомъ случаѣ судъ не долженъ совсѣмъ примѣнять этой нормы: мысль законодателя не воплотилась въ нормѣ права, а то, что выражено въ нормѣ, не есть мысль законодателя.

3) Законодатель можетъ употребить въ нормѣ какое-нибудь *двусмысленное выраженіе*. Въ такомъ случаѣ логическая интерпретація должна показать, какой смыслъ соответствуетъ общему смыслу нормы, и въ этомъ послѣднемъ смыслѣ судъ долженъ примѣнить законъ.

4) Интерпретація можетъ намъ показать, что законодатель выразилъ свою мысль или въ слишкомъ широкой, или въ слишкомъ узкой виѣшней формѣ, и при примѣненіи нормы намъ надо измѣнить такъ или иначе эту буквальную редакцію нормы, т.-е. или сузить ее, или расширить. Поэтому различаютъ между двумя видами толкованія: 1) *расширительное* толкованіе мы имѣемъ, когда норму примѣняютъ на практикѣ шире, чѣмъ это слѣдуетъ изъ ея буквальной редакціи; 2) *ограничительное* толкованіе мы имѣемъ, когда норму примѣняютъ въ болѣе узкой сферѣ случаевъ сравнительно съ буквальнымъ смысломъ ея редакціи.

Примѣромъ расширительнаго толкованія можетъ служить слѣдующее рѣшеніе Палліана, которое передано намъ Ульпіаномъ (Dig. 38, 17 fr. 1 § 7). *Senatusconsultum Orphitianum* устанавливаетъ, что сыновья наследуютъ послѣ матери въ томъ случаѣ, если мать *intestata moritur*, т.-е. умираетъ, *не оставивъ завѣщанія*. Но юристъ встрѣчается съ слѣдующимъ казусомъ: мать умираетъ, оставивъ завѣщаніе, гдѣ наследникомъ подъ извѣстнымъ условіемъ назначенъ одинъ изъ сыновей. Условіе не наступаетъ, и поэтому назначеніе въ завѣщаніи наследника теряетъ силу. Спрашивается, допускаются ли въ этомъ случаѣ сыновья къ законному наследованію? *Senatusconsultum* говоритъ о томъ случаѣ, когда мать умерла *безъ завѣщанія*, а въ данномъ случаѣ завѣщаніе есть, но условіе, поставленное въ немъ при *heredis institutio*, не наступило. Юристъ рѣшаетъ тѣмъ не менѣе, что въ данномъ случаѣ должно наступить наследованіе по закону, и что законъ примѣняется на практикѣ шире, чѣмъ это выражено въ его словахъ: подъ словами „*intestata moritur*“ нужно разумѣть и такой случай, когда завѣщаніе было оставлено, но не получило силы.

Примѣромъ ограничительнаго толкованія служитъ рѣшеніе Ульпіана, излагаемое въ Dig. 38, 17 fr. 2 § 8. Согласно *senatusconsultum Tertullianum*, мать наследуетъ сыну только въ томъ случаѣ „*si ei filio neque suus heres sit...*“, т. е. въ томъ случаѣ, если своихъ наследниковъ совсѣмъ не имѣется. Случай, подлежащій обсужденію юриста, состоитъ въ слѣдующемъ: законные наследники имѣются, но они воздерживаются отъ принятія наследства. Можно ли дать наследство матери? *Senatusconsultum* говоритъ,

что мать не может наследовать сыну, если *есть* свои наследники, не упоминая о томъ, что они должны *принять* наследство. Юристъ рѣшаетъ, что несмотря на эту редакцію ограничительной оговорки, не нужно ее примѣнять и слѣдуетъ допустить мать къ наследству: законодатель, дѣлая оговорку „*si neque suus heres*“, имѣлъ въ виду этимъ оградить интересы своихъ наследниковъ, а въ данномъ случаѣ, когда свои наследники сами не хотятъ принять наследства, очевидно, они вообще не заинтересованы въ полученіи наследства. Слѣдовательно, подъ словомъ „*sit*“ не нужно понимать того случая, когда *suius heres* есть, но онъ не приметъ наследства⁵.

5) Возможнымъ результатомъ толкованія является такъ называемое *argumentum a contrario*. Въ данномъ случаѣ въ результатъ толкованія получается слѣдующій любопытный выводъ: въ нормѣ, которая подлежитъ толкованію, заключается еще другая норма, которая прямо не выражена, но которую законодатель имѣлъ въ виду. Толкованіе показываетъ, что данная норма является правиломъ, представляющимъ изъ себя исключеніе изъ другого противоположнаго правила; это исключительное правило создано только для извѣстнаго вида отношеній, вслѣдствіе особенныхъ свойствъ этого вида, а для всѣхъ остальныхъ подобныхъ отношеній необходимо признать правило противоположнаго содержания. Примѣръ *argumentum a contrario* мы находимъ въ слѣдующемъ фрагментѣ юриста Павла: *Dig. 22, 5 fr. 18*. „*Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi jus habere*“, т.-е.: „Изъ того, что *lex Julia de adulteriis* запрещаетъ свидѣтельствовать на судѣ *осужденной* (за прелюбодѣяніе) женщинѣ, слѣдуетъ, что женщины вообще въ правѣ свидѣтельствовать на судѣ“. Этимъ средствомъ приходится оперировать очень осторожно. Иногда правило выражено слишкомъ конкретно въ законѣ не потому, что законодатель хотѣлъ ограничить сферу его примѣненія только названнымъ случаемъ, а просто потому, что законодатель неудачно выразилъ свою мысль, придавъ ей слишкомъ узкую, конкретную форму. Это часто наблюдается въ императорскихъ рескриптахъ. Въ нихъ обыкновенно общія юридическія нормы излагаются въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ. Императоры, издавая свои рескрипты, нерѣдко только имѣютъ въ виду тотъ частный случай, который послужилъ причиной изданія рескрипта, но не хотятъ этимъ сказать, что къ другимъ случаямъ рескриптъ не относится. Къ *argumentum a contrario* мы можемъ прибѣгать только тогда, когда есть достаточныя основанія полагать, что извѣстная норма издана только для одного вида отношеній и должна составлять исключительное правило для этого вида отношеній изъ болѣе широкаго круга ихъ.

III. Переходимъ къ вопросу о *юридической аналогіи*⁶. Она имѣетъ внѣшнее сходство съ такъ называемымъ расширительнымъ толкованіемъ, но по существу отличается отъ него. Расширительное толкованіе состоитъ въ томъ, что редакція нормы признается слишкомъ узкой и не соотвѣтствуетъ болѣе широкой мысли, которую законодатель не сумѣлъ выразить лучше. Аналогія же состоитъ въ слѣдующемъ. Весьма часто законодатель, когда ему приходится проводить въ право какой-нибудь широкій юридическій принципъ, улавливаетъ его только въ примѣненіи къ извѣстному узкому разряду отношеній; большей частью онъ подмѣчаетъ этотъ юридическій принципъ въ

⁵ См. къ этому *Хвостовъ*, *Aequitas* и *aequum jus*, 103 и 105.

⁶ См. къ слѣдующему *Regelsberger* § 38. *Dernburg* I § 38. *Windscheid* I § 23.

примѣненіи къ тѣмъ отношеніямъ, гдѣ потребность въ немъ чувствуется особенно сильно. Мы уже говорили въ отдѣлѣ о *jus singulare* (выше § 4, II) о такихъ случаяхъ, когда въ правѣ пробивается общій принципъ, на первыхъ порахъ прокладывая себѣ дорогу только въ одномъ какомъ-либо классѣ отношеній. Представимъ себѣ этотъ случай: законодатель создаетъ норму, въ которой формулируетъ извѣстный общій принципъ не какъ общее правило, а какъ правило только для сравнительно небольшого круга отношеній. Въ жизни, кромѣ этого круга отношеній, предусмотрѣннаго законодателемъ, есть другія отношенія, которыя не бросились въ глаза законодателю, а между тѣмъ они по существу аналогичны съ тѣми, которыя предусмотрѣны имъ. Спрашивается, справедливо ли нормировать эти отношенія иначе, чѣмъ нормированъ тотъ узкій рядъ подобныхъ по существу отношеній? Конечно, несправедливо: одинаковыя отношенія должны подлежать одинаковымъ нормамъ: этого требуетъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ (*aequitas*: Cic. *Topica* 4. *Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat*). Руководясь этимъ требованіемъ *aequitas*, юристъ распространяетъ созданную законодателемъ норму на всѣ аналогичные случаи и создаетъ рядъ аналогичныхъ нормъ; въ результатѣ всѣ эти нормы выразятъ тотъ общій принципъ, который былъ подмѣченъ законодателемъ въ примѣненіи къ слишкомъ узкому кругу отношеній. Иное мы имѣемъ при расширительномъ толкованіи: при расширительномъ толкованіи юристъ говоритъ: „я примѣняю данную норму не по буквѣ, а по идеѣ, которая была у законодателя при ея созданіи.“ А при аналогіи онъ развиваетъ дальше самую мысль законодателя. Здѣсь юристъ говоритъ: „я создаю другую норму, аналогичную съ той, которую создалъ законодатель“. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ исправленіемъ неправильной редакціи нормы, которая не отвѣчаетъ мысли законодателя, а съ исправленіемъ недостатка въ самой идеѣ законодателя: идея законодателя была слишкомъ узка и поэтому она должна быть расширена въ примѣненіи.

Примѣромъ пользованія аналогіей можетъ служить разсужденіе Ульпіана *Dig.* 37, 12 fr. 1 pr. Онъ говоритъ о происхожденіи *bonorum possessio contra tabulas emancipati*. Въ преторскомъ эдиктѣ была норма, согласно которой за господиномъ, отпустившимъ раба на волю, признается право необходимаго наслѣдованія послѣ этого вольноотпущенника. Ульпіанъ спрашиваетъ, каково основаніе этой *bonorum possessio contra tabulas liberti*? Ея основаніемъ является то соображеніе, что рабъ обязанъ патрону своей свободой и возможностью пріобрѣтать имущество для себя, а потому умирая, онъ изъ благодарности долженъ удѣлить патрону часть своего имущества. Что же мы видимъ, когда сынъ эманципируется отцомъ? То же самое. Онъ обязанъ своему отцу возможностью пріобрѣтать для себя имущество. Для этихъ одинаковыхъ случаевъ должны быть созданы одинаковыя нормы; поэтому преторъ по аналогіи создаетъ для *paterfamilias* такое же право необходимаго наслѣдованія послѣ эманципированнаго сына: *bonorum possessio contra tabulas emancipati*.

Но для того, чтобы этотъ приемъ приводилъ къ правильнымъ результатамъ, надо имѣть въ виду нѣкоторыя ограниченія. Устанавливать вполне одинаковыя нормы можно только для случаевъ совершенно одинаковыхъ по существу. Если юристъ замѣчаетъ, что два случая по существу сходны между собою, но между ними есть тѣмъ не менѣе извѣстная разница, онъ долженъ отказаться отъ мысли распространить одну норму на оба случая; онъ долженъ внести въ создаваемую по аналогіи норму такія измѣненія, которыхъ требуютъ

особенности подмѣченнаго имъ аналогичнаго случая. Прпмѣромъ могутъ служить вышеупомянутыя нормы о необходимомъ наслѣдованіи отца послѣ сына и патрона послѣ вольноотпущенника. Когда Гай говоритъ о необходимомъ наслѣдованіи послѣ эманципированнаго сына, онъ замѣчаетъ: Dig. 37, 12 fr. 2. „Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem“. Смыслъ этого разсужденія Гая можетъ быть переданъ слѣдующимъ образомъ: „однако необходимое наслѣдованіе отца эманципированному сыну не можетъ быть вполне тождественнымъ съ наслѣдованіемъ патрона. Не надо забывать, что рабъ вслѣдствіе отпущенія на волю дѣлается субъектомъ права, римскимъ гражданиномъ, а сынъ всегда былъ римскимъ гражданиномъ и есть persona ingenua; поэтому нормы о необходимомъ наслѣдованіи отца должны менѣе стѣснять свободу сына, чѣмъ нормы о необходимомъ наслѣдованіи стѣсняютъ свободу либерта“⁷.

Аналогія раздѣляется на аналогію закона и аналогію права; это различіе зависитъ отъ того, что именно распространяется по аналогіи—отдѣльная ли норма, или болѣе общій юридическій принципъ, который лежитъ въ основѣ цѣлаго института.

§ 8. Система права. Право юристовъ.

А. *Построеніе системы права.* Второй задачей юристовъ является *построеніе системы права*. Толкованіемъ и аналогіей ограничивается юриспруденція, пока она стоитъ на низкой ступени развитія. Развитая юриспруденція задается цѣлью *качественно и количественно упроститъ* тотъ матеріалъ, который выработанъ обычаемъ и дѣятельностью законодателя, и этимъ путемъ облегчить усвоеніе, примѣненіе и дальнѣйшее развитіе права. Познакомимся съ тѣми операціями, которыя юристы предпринимаютъ для этой цѣли¹.

І. Первая изъ нихъ заключается въ *анализъ* нормъ права. Дѣло въ томъ, что среди нормъ права есть такія, которыя имѣютъ лишь частное значеніе, и такія, которыя имѣютъ *общее* или абстрактное значеніе; анализъ и состоитъ въ томъ, что первыя нормы выдѣляются изъ вторыхъ. Пояснимъ это подробнѣе. Юристамъ и законодателю въ своей дѣятельности часто приходится разрѣшать такіе вопросы, которые встрѣчаются только при извѣстнаго рода отношеніяхъ, но нерѣдко они имѣютъ дѣло и съ такими вопросами, которые могутъ возникать по поводу самыхъ разнообразныхъ юридическихъ отношеній и постоянно разрѣшаются одинаково. Соотвѣтственно съ этимъ въ правѣ являются нормы частнаго характера, которыя примѣняются лишь къ опредѣленнымъ юридическимъ отношеніямъ, и нормы общаго характера, которыя находятъ себѣ примѣненіе по поводу различныхъ юридическихъ отношеній. Если юриспруденція разграничитъ эти два рода нормъ и отдѣлитъ частные элементы права отъ общихъ, то этимъ она можетъ значительно упроститъ составъ нормъ права: она можетъ рѣшить цѣлый рядъ во-

⁷) См. къ этому *Xvostovъ*, op. cit. стр. 115—121.

¹) См. объ этомъ *Ihering*, Geist des röm. Rechts т. II. ч. 2, §§ 37—41. *Regelsberger* § 21, *Dernburg* § 39, *Windscheid* § 24, *Gareis*, op. cit. § 3.

просовъ общаго содержанія, которыхъ уже не придется рѣшать всякій разъ примѣнительно къ каждому отдѣльному юридическому отношенію. Затѣмъ достаточно будетъ зарегистрировать для каждаго изъ остальныхъ юридическихъ отношеній тѣ нормы, которыя существуютъ исключительно для этого отношенія и имѣютъ такимъ образомъ частный характеръ. Для поясненія возьмемъ слѣдующій примѣръ: если мы займемся опредѣленіемъ вліянія платежа по обязательству или просрочки въ платежѣ на само обязательство, и при этомъ будемъ рѣшать эти вопросы для каждаго обязательства отдѣльно, то рѣшеніе, найденное нами напр. для договора найма, намъ придется повторить и для займа и для другихъ видовъ обязательственныхъ сдѣлокъ. Чтобы избѣжать этихъ повтореній, удобнѣе выдѣлить вопросъ о вліяніи платежа или просрочки на обязательство въ особую категорію. Полученныя въ результатѣ общія нормы о платежѣ или о просрочкѣ будутъ приложимы ко всякому обязательству, каково бы оно ни было по своему содержанію. Такимъ образомъ, юридическій анализъ нормъ приводитъ къ тому, что составъ нормъ количественно уменьшается. Нормируя каждое отдѣльное юридическое отношеніе, юристы, при существованіи этого анализа, должны обсуждать лишь то, что въ этомъ отношеніи есть специфическаго.

II. Вторая операція состоитъ въ томъ, что юристы стремятся вывести *общіе руководящіе принципы*, которые скрываются за нормами казуистическаго конкретнаго содержанія, постепенно выработанными законамъ и обычаемъ. Очень часто юристы, работая надъ нормами, содержащими въ себѣ разрѣшеніе отдѣльныхъ частныхъ вопросовъ, выводятъ изъ нихъ общій принципъ, по отношенію къ которому отдѣльныя нормы являются частными логическими выводами для извѣстныхъ конкретныхъ случаевъ. Напримѣръ, юристъ находитъ въ законодательномъ кодексѣ постановленіе, согласно которому сумма, предоставленная однимъ лицомъ другому для погашенія какаго-либо долга, должна быть возвращена обратно, если долгъ окажется мнимымъ (*condictio indebiti*); затѣмъ онъ находитъ другое постановленіе, согласно которому сумма, данная кѣмъ-либо другому лицу съ тѣмъ, чтобы это послѣднее выполнило извѣстное дѣйствіе, должна быть возвращена, если это дѣйствіе не будетъ выполнено (*condictio causa data non secuta*); далѣе, онъ встрѣчаетъ правило, по которому сумма, данная въ приданое, должна быть возвращена обратно, разъ бракъ не состоится, и т. п. Изъ всѣхъ этихъ казуистическихъ нормъ юристъ можетъ вывести одинъ общій принципъ, согласно которому предоставленіе должно быть возвращено обратно, разъ не достигается главная и непосредственная цѣль этого предоставленія, его *causa*, разъ предоставленіе оказывается въ рукахъ получателя „*sine causa*“ (см. ниже § 43). Установленіе такого общаго принципа ведетъ, конечно, къ значительному упрощенію матеріала юридическихъ нормъ. Но въ то же время подобная работа расширяетъ содержаніе права, ведетъ къ открытію новыхъ нормъ права, ибо, послѣ установленія общаго принципа, нерѣдко оказывается возможнымъ вывести изъ этого принципа дальнѣйшія консеквенціи для новыхъ частныхъ случаевъ; оказывается, что извѣстнаго рода нормировкѣ подлежатъ не только случаи, уже предусмотрѣнные правомъ въ тѣхъ нормахъ, изъ которыхъ выведенъ общій принципъ, но и рядъ подобныхъ случаевъ (аналогія). Иерингъ называетъ эту операцію „логическою концентраціей матеріала“.

III. Наконецъ, послѣдней операціей юриста является *юридическая конструція*. Эта операція состоитъ, согласно правильной характеристикѣ

Коркунова², въ научномъ обобщеніи юридическаго матеріала. „Основной приемъ юридической конструкции заключается въ томъ, что отношенія юридическія, существующія между людьми, объективируются, разсматриваются, какъ самостоятельныя существа, возникающія, измѣняющіяся въ теченіе своего существованія и, наконецъ, прекращающіяся. Затѣмъ въ организаци, въ структурѣ этихъ отношеній различаютъ ихъ субъектовъ, т. е. тѣхъ лицъ, между которыми происходятъ отношенія, и ихъ объекты, т. е. тѣ силы, пользование которыми служитъ поводомъ установленія отношеній. Наконецъ, въ содержаніи отношеній различаютъ всегда два элемента: право и соотвѣтствующую праву обязанность“. При помощи этой операціи юристы формулируютъ извѣстныя *общія понятія* въ правѣ, группируютъ нормы права въ институты и создаютъ изъ нихъ, по выраженію Геринга³, юридическіе организмы. Работа надъ правомъ благодаря этому упрощается и облегчается: у юриста при одномъ названіи института, правильно конструированнаго, возникаетъ представленіе о всѣхъ тѣхъ нормахъ, которыя включаетъ въ себя этотъ институтъ, и его отношенія къ другимъ институтамъ.

Отдѣльныя нормы права соединяются въ группы, притомъ такъ, чтобы каждая группа объединялась однимъ общимъ понятіемъ и составляла одно стройное органическое цѣлое. Примѣрами могутъ служить слѣдующіе вопросы юридической конструкции: есть ли залоговое право особый видъ вещныхъ *jura in re aliena* или же обязательство, должникомъ по которому является всякій держатель заложенной вещи? (см. объ этомъ Вещное право, § 40, II). Есть ли владѣніе право или простой фактъ? (Вещное право, § 16). Есть ли лежащее наслѣдство (*hereditas jacens*) имущество, не имѣющее субъекта, или же его нужно считать за имущество, принадлежащее кому-либо, напр. будущему наслѣднику? (Наслѣдственное право, § 4). Что такое субъективное право? (см. ниже § 11). Есть ли юридическое лицо фикція или реально-существующій субъектъ права? (см. ниже § 28).

Основнымъ закономъ для правильной выработки юридической конструкции должно считаться слѣдующее положеніе: юристъ долженъ заботиться о томъ, чтобы выработанное имъ общее понятіе покрывало весь тотъ легальный матеріалъ нормъ, существующихъ въ правѣ, который онъ имѣлъ передъ собою и надъ которымъ онъ оперировалъ, и чтобы въ правѣ не было нормъ, противорѣчащихъ выведенному юристомъ понятію. Если же понятіе не покрываетъ собою всего легальнаго матеріала, или если есть нормы, несогласныя съ конструкціей, построенной юристомъ, то это значитъ, что вся конструкция неправильна, и надо искать другой, болѣе вѣрной⁴.

IV. Найденныя юриспруденціей юридическія понятія должны быть затѣмъ размѣщены *въ научной системѣ*. Система должна отчетливо выяснять логическую связь отдѣльныхъ понятій между собою.

² Коркуновъ, Общая теорія права, стр. 351 сл.

³ *Ihering*, Geist, II § 41.

⁴ Такъ, напр., неправильна конструкція, по которой *hereditas jacens* является имуществомъ будущаго наслѣдника: такъ какъ личность послѣдняго неизвѣстна, то эта конструкція не даетъ возможности опредѣлить, въ какомъ объемѣ могутъ дѣлать пріобрѣтенія раба лежащаго наслѣдства; этотъ объемъ зависитъ всегда отъ размѣровъ правоспособности собственника раба. Если конструировать юридическое лицо, какъ фикцію, т.-е. признать за нимъ отсутствіе самостоятельной воли, то невозможно объяснить гражданскую отвѣтственность этого лица за деликты, признаваемую новѣйшими законодательствами (*Bürger-Gesetzbuch* § 31) и требуемую гражданскимъ оборотомъ.

V. Если мы продѣлаемъ надъ правомъ всю эту работу, т.-е. всѣ разрозненныя нормы и предписанія, заключающіяся въ законѣ или составляющія продуктъ народнаго обычнаго творчества, расчленимъ на отдѣльныя группы, каждая изъ которыхъ будетъ объединена въ стройное юридическое тѣло путемъ установленія общихъ юридическихъ понятій (конструкціи), а затѣмъ всѣ эти юридическія тѣла приведемъ въ строго-логическую систему, то мы получимъ научно переработанное право. Спрашивается, каково практическое значеніе такой научной переработки права? *какіе практическіе результаты даетъ это приведеніе права въ научную систему?*

a) Во-первыхъ, вслѣдствіе этой переработки право *упрощается*. Оно принимаетъ такой видъ, что изученіе и усвоеніе его становится дѣломъ сравнительно легкимъ. Изучать приходится не агрегатъ разрозненныхъ нормъ, но извѣстную логическую цѣпь юридическихъ понятій, изъ которыхъ каждое объединяетъ цѣлый рядъ юридическихъ нормъ. Если усвоено такое понятіе, то усвоены и всѣ укладываемыя въ него отдѣльныя нормы. Приведеніе права въ систему облегчаетъ, далѣе, и *примѣненіе права на практикѣ*. Въ самомъ дѣлѣ, если юристъ твердо усвоитъ себѣ систему права, то при одномъ названіи любого юридическаго понятія, въ его головѣ возникаетъ тотчасъ же ясное представленіе о всѣхъ отдѣльныхъ нормахъ, объединяемыхъ этимъ понятіемъ. Юристу гораздо легче оперировать съ правомъ, подвергшимся тщательной научной переработкѣ и приведеннымъ въ систему, нежели съ правомъ въ его сыромъ, необработанномъ видѣ. Въ этомъ смыслѣ Савиньи говоритъ о юридическихъ понятіяхъ слѣдующее: „эти юридическія понятія были для римскихъ юристовъ настоящими существами; съ природой и генеалогіей этихъ существъ юристы были хорошо знакомы, благодаря долговременному интимному общенію съ ними“. (Die Begriffe... erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Dasein und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist.)⁵

b) Второе значеніе построенія научной системы права сводится къ тому, что система права есть, по выраженію Геринга, *неисчерпаемый источникъ новаго матеріала* въ правѣ. Разъ право приведено въ строгую логическую систему, то всѣ *пробѣлы*, существующіе въ законодательствѣ, раскрываются гораздо нагляднѣе; обращеніе на практикѣ съ юридическими тѣлами, вѣзмѣнъ отдѣльныхъ нормъ, ведетъ къ тому, что возникаетъ цѣлый рядъ вопросовъ, которые въ противномъ случаѣ остались бы незамѣченными.

c) Наконецъ, въ третьихъ, система права даетъ иногда толчокъ для разныхъ реформъ къ области матеріальнаго права. Благодаря ей явственнѣе обнаруживаются всѣ *недостатки* и *противорѣчія*, накопившіеся съ теченіемъ времени въ нормахъ, которыя постепенно создавались закономъ и обычаемъ.

V. *Практическая сила положеній, выработанныхъ юриспруденціей*. Мы видѣли, что юристы производятъ цѣлый рядъ манипуляцій надъ нормами права; они толкуютъ нормы права; исправляютъ ихъ буквальную редакцію; раскрываютъ содержаніе идей, заключающихся въ правѣ, распространяя эти нормы по аналогіи; производятъ анализъ нормъ, отдѣляя абстрактные элементы отъ частныхъ; открываютъ общіе принципы права и создаютъ стройную систему юридическихъ понятій. Этимъ путемъ они не только упрощаютъ право и облегчаютъ его усвоеніе и примѣненіе, но и открываютъ новыя нормы.

⁵ Savigny, Vom Beruf, изд. 2, стр. 29.

которыя заключались въ существовавшемъ легальномъ матеріалѣ, но лишь въ скрытомъ состояніи.

Кромѣ этой, чисто формальной разработки права, юристы занимаются еще иной дѣятельностью. Они подвергаютъ нормы права критикѣ съ точки зрѣнія соответствія этихъ нормъ запросамъ реальной жизни. Они могутъ указать законодателю, какія нормы изданы неудачно, и какъ эти нормы должны быть измѣнены; какія нормы устарѣли, такъ какъ измѣнились условія жизни, и поэтому должны быть отмѣнены; какія нормы должны быть изданы вновь для регулированія новыхъ потребностей жизни и т. д. (политика права).

Эти выводы юриспруденціи сами по себѣ общеобязательнаго значенія не имѣютъ. Юристы могутъ указывать извѣстный путь, по которому, по ихъ мнѣнію, слѣдуетъ идти законодателю при выработкѣ юридическихъ нормъ, но сами этихъ нормъ они создавать не могутъ. Положенія, выработанныя юристами, только тогда становятся нормами права, когда они или санкціонируются законодательными органами, т. е. обращаются въ законы, или когда они путемъ долговременнаго примѣненія на практикѣ превращаются въ обычай. То и другое случается нерѣдко.

Какую же практическую силу имѣютъ положенія, выработанныя юристами, пока ихъ не освятилъ обычай или законъ?

Сила этихъ положеній основана только на ихъ внутреннемъ достоинствѣ. Официально судья не связанъ ими: онъ можетъ слѣдовать указаніямъ юридической науки или нѣтъ. Толкованія юристовъ для него обязательны лишь, поскольку онъ убѣжденъ въ ихъ практической пригодности и законности. Такимъ образомъ, на первый взглядъ можетъ показаться, что примѣненіе на практикѣ выводовъ юриспруденціи не имѣетъ подъ собою почвы. Однако, нѣкоторыя обстоятельства сообщаютъ примѣненію положеній юристовъ на практикѣ извѣстную устойчивость. Они состоятъ въ слѣдующемъ:

1) Если большинство юристовъ въ странѣ держится общаго мнѣнія по извѣстному вопросу, то это мнѣніе оказываетъ энергичное давленіе на практику. Въ самомъ дѣлѣ, судья не рѣшится пренебречь общимъ мнѣніемъ юристовъ безъ особой нужды; добросовѣстный судья только въ томъ случаѣ не послѣдуетъ такой *communis opinio doctorum*, если убѣдительно будетъ доказана неправильность ея.

2) Если суды въ теченіе долгаго времени примѣняютъ на практикѣ извѣстныя положенія, установленныя юристами, въ результатѣ получается рядъ *прецедентовъ*. Если бы суды легко и по произволу отступали отъ этихъ прецедентовъ, то необходимымъ слѣдствіемъ этого было-бы непрочное и шаткое состояніе правосудія, и практика судовъ отличалась бы неустойчивымъ характеромъ. Каждый судья инстинктивно этого избѣгаетъ, и суды склонны держаться прецедентовъ, пока не будетъ ясно доказано, что юридическое положеніе, лежащее въ основѣ этихъ прецедентовъ, неправильно ⁶.

Въ заключеніе надо сказать, что встрѣчаются исключительныя условія при которыхъ положенія, вырабатываемыя юристами, получаютъ внѣшнюю принудительную силу. Вспомнимъ о *jus respondendi*, которое предоставлялось римскими императорами нѣкоторымъ выдающимся юристамъ ⁷, и о роли романштовъ (глоссаторовъ, комментаторовъ и т. д.) въ средніе вѣка.

⁶ См. о прецедентѣ *Демченко*, Судебный прецедентъ 1903 г.

⁷ См. о немъ *Krüger*, *Gesch. d. Quellen des röm. R.*, § 15. *Cuiq.*, *Inst. jur. t. II*, стр. 36 сл.

III. Глава. Предѣлы примѣненія нормъ права.

§ 9. Предѣлы по времени примѣненія.

I. Относительно того, какъ долго должна дѣйствовать въ *будущемъ* каждая норма права, можно установить два общихъ правила:

1) Каждая норма дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока не истечетъ *тотъ срокъ*, который въ ней самой назначенъ для ея примѣненія, или пока не исчезнутъ тѣ *условія*, при наличности которыхъ она должна примѣняться. Иногда норма вводится, напримѣръ, какъ временный законъ, регулирующий какое-либо переходное состояніе жизни¹. Эта норма теряетъ свое значеніе и должна перестать примѣняться, лишь только переходное состояніе, вызвавшее ея появленіе, уничтожится.

2) Если такихъ условій нѣтъ налицо, то норма права дѣйствуетъ, *пока она не будетъ отмѣнена* другою нормою права².

II. Каково дѣйствіе вновь издаваемого закона на *прошедшее* время, т.-е. имѣетъ ли законъ *обратное дѣйствіе*? Существуетъ общее правило, что нормы права должны проявлять свою силу и дѣйствовать лишь на тѣ отношенія, которыя возникнутъ въ будущемъ, послѣ ихъ изданія, но ни въ какомъ случаѣ не должны распространяться на отношенія, сложившіяся въ прошедшемъ, т. е. до ихъ изданія. Это положеніе передается извѣстнымъ афоризмомъ „*законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ*“ („*lex ad praeteritum non valet*“, или „*leges ad praeteritum non sunt trahendae*“) ³.

Согласно этому правилу, старый законъ по его отмѣнѣ новымъ продолжаетъ примѣняться только къ *вполнѣ сложившимся* до его уничтоженія отношеніямъ. Если фактической составъ ихъ уже завершился до изданія новаго закона, то они продолжаютъ обсуждаться согласно той нормѣ, при господствѣ которой они возникли. Сообразно этой нормѣ рѣшается вопросъ, имѣетъ ли извѣстный фактической составъ юридическія послѣдствія и, если имѣетъ, то какія именно; и это рѣшеніе остается неизмѣннымъ по изданіи новой нормы права. Что же касается простыхъ *ожиданій* или *возможностей*, которыя возникали на основаніи стараго закона, то съ ними право не считается, и если онѣ оказываются неосуществимыми по новому закону, онѣ теряютъ всякое юридическое значеніе.

Поясимъ это примѣрами: 1) Кто-либо (А) зналъ, что по старому закону онъ является ближайшимъ наслѣдникомъ *ab intestato* послѣ какого-нибудь другого лица В; но, пока еще не умеръ предполагаемый наслѣдодатель В, издается другой законъ, по которому первое лицо—А—уже не является бли-

¹ Напр., положеніе о временно-обязанныхъ крестьянахъ въ Россіи.

² Специальный вопросъ: если отмѣняется общее правило, то отмѣняются ли существовавшія изъ него исключенія? Если общее правило просто отмѣняется, то исключенія сами дѣлаются общимъ правиломъ. Если же общее правило замѣняется другимъ общимъ правиломъ, т.-е. измѣняется по содержанію, то дѣломъ толкованія является выясненіе вопроса, остались ли въ силѣ исключенія. Въ случаѣ сомнѣнія, исключенія остаются въ силѣ. См. *Windscheid. Pand. I § 31.*

³ L. 7 C. 1, 14. *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum est. Cic. in Verrem II, 1, 42. De jure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur.*

жайшимъ законнымъ наслѣдникомъ по отношенію къ В; новый законъ уничтожаетъ тѣ ожиданія, которыя возникали для А на основаніи стараго закона.

2) Лицо извѣстной національности знаетъ, что согласно дѣйствующему праву оно можетъ пріобрѣтать земельную собственность въ извѣстной мѣстности государства; затѣмъ появляется новый законъ, лишающій лицъ этой національности такого права, и уничтожаетъ эту возможность, существовавшую по старому праву.

Таково общее правило о дѣйствіи закона по отношенію къ фактамъ прошедшаго времени. Но оно допускаетъ *исключенія* и при томъ очень существенныя.

1) Законодатель можетъ *прямо указать* въ текстѣ закона, что новая норма, издаваемая имъ, распространяется и на извѣстныя отношенія, уже сложившіяся въ прежнее время и даже вызвавшія извѣстныя юридическія послѣдствія.

2) Это предписаніе можетъ и не быть выражено открыто въ самыхъ словахъ закона, но можетъ *вытекать* изъ толкованія закона, какъ необходимое послѣдствіе всего содержанія этого закона. Дѣло въ томъ, что есть реформы моральнаго и экономическаго характера, которыхъ нельзя провести, не распространивъ дѣйствія проводящихъ эти реформы законовъ на прошедшее время. Такъ напр., отмѣна рабства или крѣпостнаго права не можетъ быть совершена, если не будетъ предписано, что всѣ уже сложившіяся въ прежнее время отношенія, основанныя на рабской и крѣпостной зависимости, должны потерять свою силу. Если бы въ этихъ случаяхъ было издано предписаніе, распространяющее свою силу только на будущее время, т. е. запрещающее только возникновеніе новыхъ отношеній такого рода, то такая мѣра не достигла бы своей цѣли. Возьмемъ другой примѣръ: въ странѣ существуютъ извѣстныя земельныя повинности, устанавливаемыя на вѣчныя времена или на очень продолжительное время. Издается законъ, уничтожающій такого рода повинности, напр. въ виду вредныхъ экономическихъ послѣдствій, къ которымъ приводитъ ихъ существованіе. Если мы будемъ толковать это предписаніе въ томъ смыслѣ, что такія повинности не должны устанавливаться только впредь, то мы можемъ лишитъ законодательную мѣру значенія: законъ, отмѣняющій земельныя повинности, можетъ быть изданъ въ такое время, когда вновь такія повинности уже не возникаютъ, такъ какъ исчезли жизненныя условія, приводившія къ ихъ установленію, но сохраняются прежде возникшія повинности и съ ними именно борется законодатель. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ лишеніе закона обратной силы привело бы къ слишкомъ большой путаницѣ отношеній въ оборотѣ. Такъ напр., если законъ вводитъ ограниченіе виндикаціи движимыхъ вещей, то онъ долженъ быть примѣняемъ ко всякой собственности на движимыя вещи; иначе пришлось бы въ каждомъ конкретномъ случаѣ производить на судѣ изслѣдованіе, возникло ли право собственности на движимую вещь до изданія новаго закона, или же послѣ него.

Такимъ образомъ очень часто изъ самаго содержанія закона слѣдуетъ, что онъ долженъ имѣть обратную силу.

Возможны и *обратныя явленія*. Иногда сфера примѣненія новаго закона должна быть гораздо уже, чѣмъ этого предполагаетъ общее правило: онъ не только не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія по отношенію къ тѣмъ юридическимъ отношеніямъ, которыя вполне завершились до его изданія,

но даже не разрушаетъ тѣхъ ожиданій и возможностей, которыя опираются на старый законъ.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что для рѣшенія вопроса о томъ, имѣетъ ли законъ обратное дѣйствіе или нѣтъ, и если имѣетъ, то въ какомъ объемѣ, требуется истолкованіе каждаго отдѣльнаго закона въ частности.

Если даже законъ присваиваетъ себѣ *обратную силу*, то она можетъ быть *двухъ видовъ*. Большею частью, даже если законъ имѣетъ обратную силу, то онъ не примѣняется къ тѣмъ отношеніямъ, которыя уже окончательно разрѣшены судомъ или покончены компромиссомъ сторонъ по старому закону, а также къ тѣмъ отношеніямъ, которыя находятся во второй или третьей судебной инстанціи (задача второй или третьей инстанціи сводится только къ провѣркѣ того, правильно ли рѣшено дѣло въ первой инстанціи). Но иногда законъ съ обратной силой распространяется и на тѣ дѣла, которыя проходятъ во время его изданія вторую или третью инстанцію. Это бываетъ въ случаѣ автентическаго толкованія стараго закона. Если законодатель даетъ автентическое толкованіе (см. о немъ выше § 7), то онъ имѣетъ въ виду, что это толкованіе будетъ примѣняться ко всеѣмъ дѣламъ, которыя еще не получили окончательнаго разрѣшенія, ибо по намѣренію законодателя новая норма не вноситъ ничего новаго по существу, но должна лишь установить правильный смыслъ той нормы права, при которой возникло разсматриваемое правоотношеніе.

§ 10. Предѣлы по мѣсту примѣненія.

I. Дѣйствіе нормъ права ограничено не только временемъ, но и мѣстомъ. По этому поводу въ *современной* теоріи существуютъ слѣдующія общія правила. Въ каждомъ государствѣ примѣняются тѣ нормы, которыя изданы въ этомъ государствѣ, и эти нормы примѣняются, обыкновенно, только въ предѣлахъ этого государства. Однако, благодаря твердо установившемуся международному обычаю, нормы, изданныя однимъ государствомъ, иногда находятъ себѣ примѣненіе также на территоріи и въ судахъ другихъ государствъ.

Что касается *римскаго* права, то Римлянамъ эти положенія были чужды¹. Въ Римѣ съ начала его исторіи и до конца господствовалъ *принципъ исключительности*, т. е. въ римскихъ судахъ могли быть примѣняемы только нормы римскаго права. Права, установленныя другими народами, не имѣли въ Римѣ примѣненія. Съ другой стороны, сначала нормы римскаго права устанавливались исключительно для римскихъ гражданъ. Это привело къ тому, что иностранцы на римской территоріи въ принципѣ были безправны: ихъ туземныя права не признавались римскимъ судомъ, римское же право не могло быть примѣнено къ иностранцу. Но когда сношенія съ иностранцами усилились, это положеніе стало тягостнымъ для оборота. Сперва прибѣгали къ помощи международныхъ договоровъ, которые заключались съ разными государствами и содержали въ себѣ положенія, нормирующія юридическое состояніе тѣхъ подданныхъ договаривающихся сторонъ, которые будутъ находиться на чужой территоріи; эти нормы носили общее названіе *rescriptio*. Позже, когда въ Римѣ уже жило значительное число иностранцевъ, *praetor*

¹ См. къ слѣдующему *Mommsen, Röm. Staatsrecht, t. III, стр. 590 сл.*

peregrinus выработалъ особое право, которое одинаково примѣнялось, какъ къ отношеніямъ Римлянъ съ перегринами на римской территоріи, такъ и къ отношеніямъ перегриновъ между собою. Это право—*jus gentium*—существовало наряду съ *jus civile Romanorum*, которое продолжало до конца считаться примѣнимымъ только къ римскимъ гражданамъ и къ иностранцамъ, получившимъ *jus commercii*. Но это *jus gentium* совершенно не похоже на современное международное частное право, ибо оно было чисто римскимъ положительнымъ правомъ, установленнымъ для римскаго государства римскими источниками права.

Кромѣ свободныхъ перегриновъ, на римской территоріи съ теченіемъ времени явились поданные перегрины, т. е. народности, покоренныя Римлянами, но не получившія права гражданства. Эти перегрины жили не по *jus gentium*: Римляне оставляли за ними право примѣнять къ своимъ внутреннимъ сношеніямъ свои собственные обычаи и законы, причемъ, конечно, не исключалось пополняющее и иногда реформирующее вліяніе римскаго права на эти партикулярныя права.

Всѣ эти обстоятельства привели къ тому, что даже послѣ реформы Каракаллы, который даровалъ права римскаго гражданства всѣмъ обитателямъ имперіи и распространилъ на нихъ всѣхъ дѣйствіе римскаго права, само римское право не во всѣхъ мѣстностяхъ носило одинаковый характеръ; въ немъ появилось много партикуляризовъ, мѣстныхъ особенностей въ нормахъ². Но эти партикулярныя нормы права примѣнялись, вѣроятно, лишь въ случаѣ споровъ между жителями одной и той же области³; при спорахъ же между лицами, принадлежащими къ разнымъ областямъ имперіи, примѣнялись, должно быть, нормы чистаго римскаго права; до закона Каракаллы, споры перегриновъ, принадлежащихъ къ разнымъ областямъ, рѣшались, вѣроятно, по *jus gentium*; по крайней мѣрѣ, римскіе юристы нигдѣ не затрогиваютъ вопроса о столкновеніи нормъ партикулярныхъ правъ между собою⁴.

Въ началѣ среднихъ вѣковъ принципъ исключительнаго права замѣняется такъ называемымъ *личнымъ принципомъ* подчиненія праву. Сущность этого принципа состоитъ въ томъ, что каждый подданный живетъ по праву того племени, къ которому онъ принадлежитъ по своему происхожденію. Такимъ образомъ, въ одномъ и томъ же государствѣ, римлянинъ могъ жить по римскому праву, бургундецъ по бургундскому и т. д. При столкновеніи лицъ, живущихъ по разному праву, большею частью примѣнялось право отвѣтчика⁵.

II. Въ послѣдующее время мѣсто этого личнаго принципа занимаетъ господствующій и теперь *территориальный принципъ*. Сущность его состоитъ въ слѣдующемъ. По общему правилу, законамъ даннаго государства подчиняются всѣ, пребывающіе на его территоріи. Но это правило не является безусловнымъ. Ни одно культурное государство не признаетъ своихъ нормъ исключительно примѣнимыми въ своихъ судахъ. Государство смотритъ на себя, какъ на члена общаго цѣлаго, международного союза: „всѣ госу-

² Этому вопросу посвящена книга *Mitteis'a Reichsrecht und Volksrecht in d. östl. Prov. d. röm. Kaiserreichs*. 1891. Ср. *Cuq. Inst. jurid.* т. II (1902 г.), стр. 63—67.

³ Точно также по праву родины опредѣляется *status libertatis* лица, его право и дѣеспособность, порядокъ наслѣдованія послѣ него, отношенія его къ женѣ и дѣтямъ. *Mitteis*, *op. cit.*, стр. 102 сл.

⁴ *Mitteis*, *op. cit.* стр. 122 сл. Ср. *Voigt, Jus naturale*, т. IV, стр. 285 сл.

⁵ *Savigny, Gesch. d. röm. R. im M. A.* т. I, стр. 138 сл. Выше, введение, стр. 1.

дарства взаимно признають другъ друга сотрудниками въ общей работѣ человѣческаго рода и членами одного высшаго союза. Такимъ образомъ и юридическій строй каждаго государства, принадлежащаго къ этому союзу, представляется каждому другому государству, принадлежащему къ тому же союзу, органомъ общаго юридическаго строя; отсюда юридическій строй одного государства и не получаетъ въ глазахъ другого государства какого-либо иного характера, нежели его собственный юридическій строй“⁶. Чужестранныя нормы, хотя бы онѣ и расходились въ содержаніи съ туземными, не считаются въ наше время принципиально недопустимыми въ судѣ. Съ другой стороны, признано крайне неудобнымъ и вреднымъ для оборота, чтобы каждая сдѣлка, гдѣ бы она ни была заключена, какое бы содержаніе не имѣла и на какихъ бы лицъ ни распространяла свое дѣйствіе, обсуждалась непременно по законамъ того мѣста, гдѣ о ней заходитъ споръ. Въ силу этихъ соображеній, въ наше время уже твердо установленъ международный принципъ, содержаніе котораго наилучшимъ образомъ передается слѣдующимъ афоризмомъ: *каждое гражданское правоотношеніе должно обсуждаться по законамъ того мѣста, куда оно относится по своей природѣ* (гдѣ находится его *мѣстожителство*—Sitz, по выраженію Savigny).

Въ виду этого принципа суды часто должны примѣнять къ случаямъ, подлежащимъ ихъ обсужденію, нормы иностраннаго права. Эти послѣднія только тогда безусловно не подлежатъ примѣненію, когда 1) туземное законодательство *прямо запрещаетъ* ихъ примѣненіе къ извѣстнымъ вопросамъ, и 2) когда, благодаря ихъ примѣненію, должны осуществляться такія *правоотношенія*, осуществленіе которыхъ *запрещено юридическими нормами* данной страны, или же не допускается *нравственными воззрѣніями* даннаго народа (допущеніе рабства, полигамія, взысканіе долга изъ запрещенной игры и т. п.).

Но, если общій принципъ твердо установленъ въ наше время и получилъ удовлетворительную формулировку, то это не значитъ еще, что всѣ трудности въ этой области окончательно устранены. На практикѣ до сихъ поръ часто весьма затруднительно рѣшить вопросъ, праву какой мѣстности должно подлежать *каждое данное отношеніе* по своей природѣ. И теорія, т.-е. такъ называемая наука *международнаго частнаго права*, до сихъ поръ еще не выработала точныхъ и безспорныхъ отвѣтовъ по многимъ детальнымъ вопросамъ. Изложеніе современной теоріи по поводу этихъ спорныхъ вопросовъ, т. е. изложеніе международнаго частнаго права, какъ оно представляется съ точки зрѣнія современной теоріи, не входитъ въ задачи курса римскаго права⁷.

⁶ Windscheid, Pandect. т. I § 34 въ концѣ.

⁷ См. Мартенсъ, Современ. междунар. право цивилизованныхъ народовъ, т. II (4 изд. 1900 г.), стр. 287—381.

IV глава. Право въ субъективномъ смыслѣ.

§ 11. Юридическое отношеніе. Юридическій институтъ. Субъективное право.

I. Человѣкъ постоянно вступаетъ въ различныя отношенія къ другимъ людямъ и къ вещамъ, какъ по доброй волѣ, такъ и независимо отъ своей воли. Объективное право регулируетъ эти человѣческія отношенія, устанавливаетъ условія, при которыхъ они должны приводить къ юридическимъ послѣдствіямъ и сущность самыхъ этихъ юридическихъ послѣдствій. Жизненное отношеніе, принятое во вниманіе объективнымъ правомъ и снабженное юридическими послѣдствіями, называется *юридическимъ отношеніемъ*¹. Жизненные отношенія лишь въ тѣхъ случаяхъ превращаются правомъ въ юридическія, когда они являются 1) *достойными вниманія* права, т. е. служатъ къ удовлетворенію разумныхъ и нравственныхъ интересовъ, и 2) *нуждающимися* въ этомъ вниманіи, т. е. недостаточно защищены уже иного разряда нормами (нравами) и вообще способны подвергаться нарушенію со стороны людей.

Юридическое отношеніе возможно какъ между двумя лицами, такъ и между лицомъ и вещью².

О юридическомъ отношеніи можно говорить въ двоякомъ смыслѣ: *конкретное* юридическое отношеніе есть то именно отношеніе со всѣми его индивидуальными признаками, которое возникло въ жизни въ данномъ случаѣ и получило признаніе права (А заключилъ съ В договоръ товарищества); *абстрактное* юридическое отношеніе есть только мысленное, реально не существующее отношеніе, которое опредѣляется *типическими чертами*, общими извѣстной группѣ конкретныхъ юридическихъ отношеній (договоръ товарищества вообще).

Съ конкретными отношеніями имѣетъ дѣло судья, съ абстрактными — законодатель и теоретикъ.

Совокупность юридическихъ нормъ, которая относится къ извѣстному абстрактному юридическому отношенію или къ нѣсколькимъ отношеніямъ, тѣсно связаннымъ между собою, и притомъ совокупность этихъ нормъ, мыслимая, какъ одно цѣлое, называется *юридическимъ институтомъ* (напр., институтъ собственности, институтъ купли продажи, товарищества)³.

Юридическія отношенія устанавливаются, главнымъ образомъ, для того, чтобы дать возможность пользоваться какими-нибудь жизненными благами, удовлетворить какую-либо потребность. Всякая такая потребность, равно какъ и благо, къ которому лицо стремится для ея удовлетворенія, называется *интересомъ* въ юридическомъ смыслѣ.

II. Для удовлетворенія своихъ интересовъ лица нуждаются въ извѣстной сферѣ свободы, которая должна быть неприкосновенна отъ воздѣйствія

¹ О юридическомъ отношеніи подробно распространяется Д. Гриммъ, Основы ученія о юридической сдѣлкѣ (1900 г.), стр. 12 — 32, связывая съ этимъ попытку построить на новыхъ началахъ все ученіе о субъективномъ правѣ. Ср. его-же: Курсъ римскаго права. Вып. I 1904.

² См. объ этомъ спорномъ вопросѣ Regelsberger стр. 72, Dernburg I § 40.

³ См. Regelsberger, § 13, II.

другихъ лицъ, въ извѣстной сферѣ власти надъ внѣшнимъ міромъ. Если законодатель не видитъ съ своей стороны никакихъ препятствій къ удовлетворенію стремленія лица получить въ извѣстныхъ предѣлахъ эту обезпеченную отъ посягновеній третьихъ лицъ сферу свободы или власти, то онъ и признаетъ ея наличность у извѣстнаго лица въ извѣстныхъ предѣлахъ и при извѣстныхъ условіяхъ.

Такая сфера свободы или власти, обезпеченная за субъектомъ нормами объективнаго права для того, чтобы субъектъ могъ удовлетворить какому-либо признанному правомъ интересу (все равно — своему или чужому), называется правомъ въ субъективномъ смыслѣ ⁴.

Оба признака—1) власть и 2) интересъ—должны входить въ опредѣленіе субъективнаго права ⁵. Если мы опредѣлимъ субъективное право только какъ власть, предоставленную субъекту объективнымъ правомъ, то такое опредѣленіе будетъ слишкомъ формально и безжизненно. Если же мы опредѣлимъ его только какъ „юридически обезпеченный интересъ“ (Лерингъ) ⁶, то это будетъ прямо неправильно. Наши интересы иногда защищаются правомъ такъ, что мы не получаемъ никакихъ субъективныхъ правъ: защита интереса одного лица совершается тѣмъ путемъ, что на другихъ лицъ возлагаются обязанности, которымъ не соответствуетъ субъективное право носителя защищаемаго интереса: отъ послѣдняго не требуется никакой самодѣтельности и ему поэтому и не предоставлено никакой сферы власти (нормы объ *exhereditatio* и *praeteritio*, *lex Julia de fundo dotali*, т. е. законъ, запрещающій мужу отчуждать земельный участокъ, который составляетъ приданое жены, etc.); между тѣмъ для наличности субъективнаго права необходима именно извѣстная сфера свободы и власти, предоставленная субъекту для осуществленія его самодѣтельности въ видахъ удовлетворенія какому-либо интересу (ср. къ этому ниже § 12. I).

Отъ субъективныхъ правъ слѣдуетъ отличать *юридическія свойства субъектовъ*, т. е. такія ихъ свойства, которыя являются предположеніями для обладанія извѣстными правами и для совершенія извѣстныхъ дѣйствій съ юридическою силою; таковы правоспособность и дѣеспособность. Хотя эти свойства и обозначаются у римскихъ юристовъ словомъ *jus* (напр. *jus commercii*, *honorum et suffragii*), но они не права. Точно также не являются субъективными правами и извѣстныя *юридическія свойства вещей* (напр. *res divini juris*, неприкосновенная, но и никому непринадлежащая).

III. Каждое субъективное право принципиально предполагаетъ какого-либо субъекта, которому оно принадлежитъ, т. е. какое-либо лицо, которое является обладателемъ сферы свободы и власти, составляющей содержание даннаго права. При этомъ, однако, слѣдуетъ замѣтить:

1. Субъектомъ права можетъ быть одно лицо, а осуществленіе этого права на дѣлѣ можетъ находиться въ рукахъ другого лица на основаніи даннаго послѣднему полномочія. Полномочіе это можетъ быть дано не только самимъ субъектомъ права, но и закономъ или публичною властью; въ силу этого возможно обладаніе субъективными правами (т. е. признанною правомъ

⁴ *Regelsberger*, § 14. Ср. также *Grüber* въ *Birkmeyer's. Enc.*, стр. 19.

⁵ „Интересъ“ въ опредѣленіи субъективнаго права долженъ быть понимаемъ абстрактно; см. объ этомъ *Ihering* у *Conrad-Lexis*, *Handwörterbuch d. Staatswissensch.*, т. 2 стр. 415 сл. (1891 г.). *Gareis*, *op. cit.* § 5

⁶ См. *Ihering*, *Geist*, т. II (4 изд.), стр. 339.

сферою власти) со стороны недѣеспособныхъ лицъ. Осуществленіе принадлежащихъ имъ правъ предоставляется другимъ лицамъ и тѣмъ самымъ для нихъ обезпечивается возможность извлекать выгоду изъ субъективнаго права.

2) По общему правилу каждый субъектъ правъ обладаетъ правами въ личныхъ интересахъ, т. е. для удовлетворенія своихъ личныхъ потребностей. Но это не безусловно необходимо. Возможны и такія явленія, когда лицо обладаетъ правомъ въ интересахъ другого лица (римская *fiducia cum amico*). Такіе субъекты права называются фидуціарно-управомоченными (*Treuhänder*).

Если, такимъ образомъ, каждое субъективное право, какъ сфера власти, принципиально предполагаетъ какое-либо лицо въ качествѣ носителя этой сферы власти, то этимъ не исключается возможность существованія *безсубъектныхъ правъ*. Правда, такое явленіе возможно только, какъ непродолжительное, временное и переходное, въ ожиданіи будущаго субъекта. Постоянно существующее безсубъектное право въ томъ смыслѣ, какой мы связали съ этимъ словомъ (т. е. какъ сфера власти), немыслимо. Примѣромъ безсубъектнаго состоянія права является *hereditas jacens*, т. е. наслѣдственная масса въ тотъ періодъ времени, когда наслѣдодатель уже умеръ, а наслѣдникъ еще не приобрѣлъ тѣхъ правъ, которыя входятъ въ составъ наслѣдственнаго имущества (Насл. пр. § 4, II). Этотъ примѣръ показываетъ намъ, между прочимъ, что права не только могутъ сохраняться въ неприкосновенности въ безсубъектномъ состояніи, но даже вновь возникать (сдѣлки, заключаемыя рабами лежащаго наслѣдства). Слѣдуетъ замѣтить, что въ безсубъектномъ состояніи даже временно могутъ находиться лишь такія права, которыя содержатъ въ себѣ отношеніе къ какой-либо вещи или къ лицу *вне субъекта*; права, которыхъ содержаніе касается лишь самого субъекта, (напр. право на свободу, честь, личную неприкосновенность), безъ субъекта существовать совсѣмъ не могутъ. Впрочемъ, изложенное возрѣніе, какъ на сущность субъективнаго права, такъ и на возможность существованія безсубъектныхъ правъ, раздѣляется далеко не всеми ⁷. Въ частности многіе современные теоретики стремятся *расширить* область безсубъектныхъ правъ (Беккеръ, Бринцъ). Это зависитъ, главнымъ образомъ, отъ ихъ своеобразнаго взгляда на юридическое лицо, а также и отъ возрѣнія на сущность субъективнаго права ⁸.

§ 12. Юридическая обязанность. Права и обязанности, непрямимъ образомъ связанныя съ субъектомъ. Права и обязанности со многими субъектами.

I. Всякому субъективному праву соотвѣтствуетъ какая-либо юридическая *обязанность*, лежащая на извѣстномъ *опредѣленномъ* лицѣ или на *неопредѣленной массѣ* лицъ. Безъ этого немыслимо самое понятіе субъективнаго права, ибо послѣднее есть сфера власти одного лица, которую *обязаны* уважать все остальные лица. Но, если всякому субъективному праву необходимо соотвѣтствуетъ обязанность другихъ лицъ, то это не значитъ, что всл-

⁷ См. въ его пользу *Regelsberger*, § 15, III.

⁸ *Bekker*, System I, стр. 48 утверждаетъ, что субъективное право, какъ „связанность объекта“ мыслимо и безъ субъекта; юридическое лицо, по его мнѣнію (I § 59 и 60), есть цѣлевое имущество, имѣющее только *фиктивную* субъекта. О возрѣніи *Бринца* см. ниже § 28, II.

кой обязанности непременно должно соответствовать чье-либо субъективное право. Мы уже видели выше (въ § 11, II), что объективное право нередко охраняетъ интересы, не доставляя носителямъ этихъ интересовъ сферы власти и не требуя отъ нихъ самодѣтельности, но возлагая на другихъ лицъ извѣстныя обязанности завѣщателя *instituere* или *exheredare suos heredes*; обязанности патрона, которая содержится въ положеніи XII таблицъ: „*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*“; обязанности наследника поставить памятникъ завѣщателю, о которой говорится въ L. 50 § 1 D. 5, 3 ¹.

Юридическая обязанность, такъ же какъ и субъективное право, принципиально предполагаетъ существованіе какого-либо *субъекта*, т. е. лица, которое является носителемъ этой обязанности. Однако и здѣсь повторяется явленіе, подобное отмѣченному въ концѣ предыдущаго параграфа. Юридическая обязанность можетъ временно существовать и даже вновь возникать *безъ* наличнаго субъекта, въ ожиданіи появленія такового. Долгъ, лежащій на какомъ либо лицѣ, не погибаетъ съ его смертію, но продолжаетъ существовать до вступленія наследника въ наследство, т. е. до появленія новаго субъекта обязанности.

Съ другой стороны, *представительство* возможно не только при осуществленіи правъ, но и при осуществленіи обязанностей.

Есть *права*, которыя въ то же время *являются обязанностями* для ихъ субъекта. Эти права представляютъ изъ себя такую сферу власти, которою субъектъ можетъ пользоваться въ извѣстныхъ цѣляхъ, но при этомъ *онъ обязанъ пользоваться ими* въ этихъ цѣляхъ. Такой характеръ имѣютъ права, которыя предоставлены субъекту исключительно или преимущественно въ *чужихъ* интересахъ (напр. право отца воспитывать дѣтей). Непользованіе такими правами можетъ вести даже къ наказанію виновнаго.

II. Обыкновенно права и обязанности связаны съ какими-нибудь опредѣленными лицами прямо и непосредственно; но возможна также и *непрямая связь* субъективнаго права или обязанности съ лицомъ: иногда субъектомъ права или обязанности является то лицо, которое вступаетъ въ извѣстное юридическое или фактическое отношеніе, напр., дѣлается владѣльцемъ или собственникомъ какой-либо *вещи*, съ которою уже связано извѣстное право или обязанность. Въ этомъ случаѣ вещь является посредствующимъ звеномъ, при помощи котораго право или обязанность связываются съ субъектомъ ². Главное практическое значеніе этого явленія состоитъ въ томъ, что тотъ, кто осуществляетъ такого рода право путемъ процесса, долженъ доказать: 1) что онъ вступилъ въ требуемое отношеніе, съ которымъ можетъ быть связано данное право, и 2) что данное право дѣйствительно связано съ этимъ отношеніемъ. Примѣромъ такихъ правъ и обязанностей могутъ служить: 1) предѣльный сервитутъ: субъектомъ предѣльнаго сервитута является то лицо, которое приобрѣло въ собственность *praedium dominans*; 2) *actio quod metus causa*: этотъ искъ вѣняется противъ того лица, въ чьи руки перейдетъ обогащеніе, добытое помощью принужденія; 3) *actio poxalis*: этотъ искъ предъявляется противъ всякаго лица, въ собственность котораго перешелъ рабъ, совершившій деликтъ (*nox caput sequitur*); 4) современные бумаги на предъявителя ³.

¹ *Regelsberger*, § 16, I.

² Ср. къ этому *Becker*, System, I, § 19 Beil. III.

³ Сюда же относится, по моему мнѣнію, *залоговое право* (см. Вещное право § 40, II);

Для каждаго права принципиально необходимо какой-нибудь субъектъ. Но это не значить, что этотъ субъектъ долженъ постоянно оставаться *однимъ и тѣмъ же лицомъ*. Для многихъ правъ это необходимо по самому ихъ существу (права изъ брака), но другія могутъ *измѣнять* своего субъекта, т. е. переходить изъ однѣхъ рукъ въ другія. Объ этой передачѣ права (*successio*) рѣчь будетъ ниже (§ 35, II).

III. Наконецъ, иногда права могутъ принадлежать *одновременно нѣсколькимъ субъектамъ*; точно такъ же, обязанность можетъ лежать на нѣсколькихъ субъектахъ. Это возможно не при всѣхъ правахъ (напр. невозможно относительно семейныхъ правъ); при тѣхъ же, которыя допускаютъ множественность субъектовъ, оно встрѣчается въ разныхъ видахъ, а именно:

1) Право можетъ принадлежать нѣсколькимъ субъектамъ такъ, что каждый изъ нихъ можетъ неограниченно пользоваться и распоряжаться всѣмъ этимъ правомъ, какъ будто другихъ субъектовъ рядомъ съ нимъ не существовало; то же самое относится и къ обязанностямъ. (Примѣръ: корреальное обязательство). 2) Каждый субъектъ можетъ вполне пользоваться всѣмъ правомъ, но распоряжаться имъ могутъ только всѣ субъекты по общему согласію (Примѣръ: предіальный сервитутъ въ томъ случаѣ, если *praedium domipans* принадлежит нѣсколькимъ собственникамъ). 3) Каждый субъектъ можетъ пользоваться правомъ, принадлежащимъ ему сообща съ другими, только въ точно опредѣленной части, а распоряжаться имъ можетъ только такъ, чтобы этимъ не затрагивалась принадлежность права остальнымъ его субъектамъ и не уменьшалась доля ихъ пользованія правомъ (примѣръ: сособственность, общій узупруктъ). 4) Возможны, наконецъ, случаи, въ которыхъ извѣстное право или извѣстная обязанность такъ раздѣлены между нѣсколькими субъектами, что на каждомъ изъ нихъ лежитъ въ результатѣ лишь частичная обязанность, вполне независимая отъ обязанностей остальныхъ лицъ, или же каждому лицу принадлежит такое же частное право. Въ этомъ случаѣ мы не имѣемъ права или обязанности съ нѣсколькими субъектами, но имѣемъ нѣсколько правъ или обязанностей, на которыя раздѣлилось прежнее единое право или обязанность (примѣръ: обязательство наследователя переходитъ къ нѣсколькимъ наследникамъ и дѣлится между ними поровну). Впрочемъ, о *дѣленіи права* говорятъ во всѣхъ этихъ четырехъ случаяхъ; нужно помнить только, что виды дѣленія различны, и что понятіе дѣленія права въ полной мѣрѣ можетъ быть приложено лишь къ послѣднему случаю.

§ 13. Элементы субъективнаго права. Права абсолютныя и релятивныя. Классификація гражданскихъ правъ по ихъ объекту.

I. Согласно сказанному въ § 3, частное или гражданское право есть по преимуществу сфера свободной самодѣятельности, тогда какъ публичное право есть, прежде всего, сфера обязанностей.

дальше, *наемъ имущества* по тѣмъ законодательствамъ, которыя держатся принципа „*Kauf bricht nicht Miethe*“: здѣсь на всякаго пріобрѣтателя вещнаго права на участокъ (но не на всякаго держателя участка) переходятъ въ силу закона права и обязанности изъ найма. См. Герм. Улож. § 571 сл. *Crome, die juristische Natur der Miethe nach d. BGB. 1896. Hesse, die rechtl. Natur d. Miethe (1902 г.), стр. 25 сл.* Но наемъ отличается тѣмъ отъ залога, что онъ не есть *obl. realis*; за неисполненіе его отвѣчаетъ все имущество хозяина, а не одна только нанятая вещь. См. подробно въ *моей* статьѣ „Аренда земли“ въ „Очеркахъ по крестьянскому вопросу“ подъ ред. А. А. Мануилова, вып II (1905 г.), стр. 230 сл.

Поэтому анализ субъективных правъ имѣетъ большое значеніе для построенія самой системы гражданско-правовыхъ нормъ и институтовъ. Въ дальнѣйшемъ мы изложимъ 1) ученіе объ элементахъ гражданского субъективнаго права, и 2) основную классификацію этихъ правъ, основанную а) на различіи обязаннаго субъекта, б) на различіи объекта права.

II. Субъективное гражданское право можетъ быть разложено на слѣдующіе элементы:

1. *Субъектъ права*, т.-е. то лицо, которому принадлежит отмежеванная объективнымъ правомъ сфера власти или господства.

2. *Содержаніе права*, т.-е. самая власть, заключающаяся въ субъективномъ правѣ.

3. *Объектъ права*, т.-е. тотъ предметъ, существующій или какъ тѣлесная вещь, или какъ абстракція, на который простирается эта власть.

4) *Субъектъ обязанности*, соотвѣтствующей данному субъективному праву на сторонѣ другихъ лицъ—пассивныхъ участниковъ отношенія. (Иначе: *обязанный субъектъ*).

Впрочемъ значеніе этихъ терминовъ въ наукѣ еще твердо не установилось.

III. По *обязанному субъекту* права дѣлятся на *абсолютныя и релятивныя (относительныя)*. Абсолютными называются тѣ права, при которыхъ обязанность, соотвѣтствующая праву субъекта, лежитъ на всѣхъ остальныхъ лицахъ, подлежащихъ вѣдѣнію объективнаго права. Эта обязанность имѣетъ обыкновенно *отрицательное* содержаніе ¹⁾ и состоитъ въ воздержаніи отъ такихъ дѣйствій, которыя могутъ помѣшать субъекту права осуществить свое господство надъ объектомъ. Примѣромъ можетъ служить право собственности какъ наиболее полное господство лица надъ вещью; это господство могутъ нарушить всѣ лица въ государствѣ, если лишать субъекта права возможности свободнаго господства надъ вещью; поэтому на всѣхъ лицахъ лежитъ отрицательная обязанность не нарушать права собственности.

Правамъ относительнымъ соотвѣтствуетъ обязанность только одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ лицъ совершить какое-либо дѣйствіе положительнаго или отрицательнаго содержанія. Остальные лица не могутъ нарушить этихъ правъ, и на нихъ не лежитъ никакой, хотя-бы отрицательной обязанности, которая соотвѣтствовала-бы этимъ относительнымъ правамъ. Примѣромъ можетъ служить обязательственное право. Это право можетъ быть нарушено только должникомъ, напр., если должникъ откажется совершить платежъ по обязательству. Обязательственному праву соотвѣтствуетъ обязанность, лежащая только на опредѣленномъ должникѣ ²⁾.

IV. Большое значеніе имѣетъ дѣленіе гражданскихъ правъ *по ихъ объекту*. Это дѣленіе кладется обыкновенно въ Германіи, Россіи и Италіи въ основу системы гражданского права. Тѣмъ не менѣе многія частности и тутъ въ высшей степени спорны. Различаются обыкновенно слѣдующіе виды гражданскихъ правъ:

1. *Права на собственную личность субъекта*. Объектомъ сферы господства является собственная личность субъекта. Въ силу господства надъ

¹ О загадочномъ институтѣ *rei vind. utilis* см. Вещн. пр. § 13, I, 1.

² См. къ этому *Regelsberger*, § 51, I; ср. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, I § 29 пр 6 также *Thon*, *Rechtsnorm und subj. Recht* (1878 г.), стр. 207 слл.

самимъ собою, признаннаго за субъектомъ въ извѣстныхъ границахъ, субъектъ обезпеченъ въ пользованіи своими личными силами и извѣстными личными свойствами. Другіе не должны вторгаться въ эту сферу личной свободы; обязаннымъ субъектомъ является поэтому каждый членъ общества, а права эти относятся къ разряду абсолютныхъ. Въ силу права на собственную личность субъектъ является неприкосновеннымъ какъ относительно своего физическаго существованія, свободы, чести, кредита, обозначенія своей индивидуальности, развитія своихъ интеллектуальныхъ силъ, такъ вообще относительно пользованія всѣми принадлежащими ему благами.

Такъ какъ лицо является носителемъ всѣхъ принадлежащихъ ему субъективныхъ правъ, то нарушеніе каждаго изъ нихъ можетъ оказаться иногда вмѣстѣ съ тѣмъ нарушеніемъ права на самую личность субъекта³.

2. *Права на вещи (вещныя права)*. Объектомъ сферы господства является вещь, т.-е. какая-либо часть внѣшней природы, не имѣющая въ глазахъ права способности быть субъектомъ права (т.-е. даже человѣкъ, поскольку за нимъ не признается эта способность,—рабъ). Характеръ господства сводится къ возможности для субъекта, большею частью непосредственно и равномѣрно-длительно, воздѣйствовать на вещь. Господство это можетъ имѣть различные предѣлы. Господство, наиболѣе полно охватывающее вещь, называется правомъ *собственности*. Другіе виды господства надъ вещами, болѣе ограниченные по содержанію, называются (для современнаго права не вполнѣ точно, ибо они мыслимы и по отношенію къ собственнымъ вещамъ)— *правами на чужія вещи*. Обязаннымъ субъектомъ по отношенію къ этимъ вещнымъ правамъ является каждое третье лицо; поэтому это—права абсолютныя. Впрочемъ, это лишь общее правило; есть вещныя права съ относительнымъ дѣйствіемъ (право публиціановскаго владѣльца не дѣйствуетъ противъ собственника и равноправнаго владѣльца; см. Вещное право § 26).

3. *Права на дѣйствія другихъ лицъ (обязательственныя права)*. Объектомъ права является дѣйствіе какого-либо лица, имѣющее положительный или отрицательный характеръ. Обязаннымъ субъектомъ является одно или нѣсколько болѣе или менѣе точно опредѣленныхъ лицъ. Слѣдовательно, эти права по своему существу относительны. Характеръ господства здѣсь не тотъ, какой мы отмѣтили для вещныхъ правъ. Господство кредитора не состоитъ въ возможности равномѣрнаго и длительного воздѣйствія на объектъ права, а выражается лишь въ томъ, что должникъ находится какъ-бы въ состояніи связанности и рискуетъ подвергнуться опредѣленнымъ имущественнымъ послѣдствіямъ, если не совершитъ надлежащимъ образомъ дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства.

4. *Права на другихъ лицъ (семейныя права)*. Объектомъ права является другое лицо, за которымъ объективное право признаетъ способность

³ L. 34 pr. D. 44, 7 Servi verberatio порождаетъ actio legis Aquiliae и actio injuriarum. L. 1 § 38 D. 6, 13 Ulp. Si quis tabulas estamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse, ego arbitor et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut judicia secreta eius qui testatus est divulgarentur, т.-е. если кто-либо прочитаетъ въ присутствіи нѣсколькихъ лицъ завѣщаніе, положенное у него на храненіе, то, по словамъ Лабейона, противъ него можетъ быть предъявленъ искъ изъ договора поклажи. Я думаю, что можно также вчинить и искъ о личной обидѣ, если завѣщаніе прочитано было въ присутствіи нѣсколькихъ лицъ съ тою цѣлью, чтобы разгласить тайныя рѣшенія завѣщателя“.

быть субъектомъ права (въ этомъ—отличіе отъ вещныхъ правъ). Съ другой стороны, господство субъекта имѣетъ своимъ предметомъ не одно какое-либо дѣйствіе другого лица и даже не извѣстную болѣе или менѣе опредѣленную группу этихъ дѣйствій, но другое лицо, какъ таковое. Тутъ мы имѣемъ такое же непосредственное господство лица надъ лицомъ, какъ въ вещныхъ правахъ—лица надъ вещью. Предѣлы господства надъ лицомъ могутъ быть опредѣлены объективнымъ правомъ весьма различно. Въ римскомъ правѣ они, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, шире, чѣмъ въ современномъ. Праву субъекта соответствуетъ отрицательная обязанность всѣхъ гражданъ не препятствовать ему осуществлять свое господство надъ другимъ лицомъ; поэтому искъ о выдачѣ лица, являющагося объектомъ права, дается противъ каждаго третьяго. Права эти, слѣдовательно, по своему существу—абсолютны.

5. *Наслѣдственные права.* Судьба имущества субъекта правъ, по его уничтоженіи, регулируется объективнымъ правомъ. Вся сфера субъективныхъ правъ погибшаго субъекта, поскольку эти права переживаютъ его, переносятся въ силу нормъ права *единымъ актомъ* (т.-е. не каждое право отдѣльно) на какого-либо другого субъекта правъ. Совокупность нормъ, регулирующихъ переходъ правъ погибшаго субъекта, составляетъ наследственное право въ *объективномъ смыслѣ*. Этому объективному праву не соответствуетъ, однако, единое *субъективное право*. Римское право знаетъ тутъ двѣ стадіи. Лицо, въ пользу котораго открывается наследство, обыкновенно (но не всегда—*necessarii heredes*) приобретаетъ сперва только *право вступить въ наследство*. Это—право особаго рода, которое не можетъ быть приравнено къ предыдущимъ видамъ субъективныхъ правъ; это не господство лица надъ какимъ-либо объектомъ, но признанная объективнымъ правомъ способность приобрести извѣстное право; это скорѣе—извѣстная конкретная правоспособность (подобно свойству лица), нежели субъективное право (какъ господство лица) ⁴.—Лицо, вступившее затѣмъ, въ силу этой возможности, въ наследство, получаетъ *право надъ наследствомъ*. Природа этого права спорна. Одни видятъ въ немъ право, объектомъ котораго является наследство, какъ цѣлое (Savigny) ⁵; другіе считаютъ объектомъ права правовую личность наследодателя, поскольку она переживаетъ послѣдняго, и поэтому относятъ наследственное право къ разряду правъ на чужую личность (Gierke) ⁶; третьи полагаютъ, что особаго субъективнаго наследственнаго права въ сущности нѣтъ: наследникъ получаетъ лишь рядъ отдѣльныхъ вещныхъ, обязательственныхъ и иныхъ правъ, принадлежавшихъ наследодателю, но получаетъ ихъ путемъ единаго, общаго способа приобретения и сообразно съ этимъ можетъ вчинить объ этихъ правахъ общій искъ (*hereditates petetio*), основанный на этомъ способѣ ихъ приобретения (Brinz) ⁷. (Подробности относятся къ наследственному праву: см. § 1, VI).

6. Особый видъ правъ на чужую личность составляетъ такъ называемыя *корпоративныя права*, т.-е. права юридическаго лица (корпорации) по отношенію къ ея членамъ и членовъ по отношенію къ корпорации. „Объектомъ права являются для юридическаго лица его отдѣльные члены, личность ко-

⁴. См. Brinz, Pand. т. III, стр. 1.

⁵. См. Savigny System 1, стр. 383 сл.; также Köppen. Lehrbuch d. heut. röm. Erbrecht (1886 г.), стр. 12 пр. 1.

⁶. Op. cit. стр. 260—262.

⁷. Pand. § 357.

торыхъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ подчинена господству союзной личности, а для ея членовъ—все цѣлое, стоящее надъ ними, въ личной сферѣ котораго они въ извѣстномъ объемѣ принимаютъ участіе. Эти права, слѣдовательно, наравнѣ съ семейными правами... суть въ корнѣ своемъ права на чужую личность; изъ ихъ развитія вытекаютъ права на дѣйствія и на вещи. Отъ всѣхъ остальныхъ частныхъ правъ они отличаются тѣмъ, что здѣсь лица мыслятся не рядомъ другъ съ другомъ, но *одно въ другомъ*. Ихъ структура поэтому опирается на представленія, которыя находятъ свое полное развитіе только въ публичномъ правѣ“⁸.

7. Этими категоріями исчерпывается, собственно, кругъ правъ, извѣстныхъ римлянамъ. Для полноты однако упомянемъ еще объ одной категоріи правъ, созданныхъ уже новѣйшими народами⁹. Эти права нѣкоторыми учеными выдѣляются въ особую группу правъ съ особымъ объектомъ. Сюда относятся права, обезпечивающія за субъектомъ исключительную эксплуатацію продуктовъ его духовнаго творчества, каковы авторское право, право на техническія изобрѣтенія, произведенія искусства, товарные знаки и т. д. По теоріи, главнымъ защитникомъ которой въ Германіи является *Kohler*, объектомъ этихъ правъ является подлежащее эксплуатаціи субъекта *нематеріальное благо*, и самыя права получаютъ структуру абсолютныхъ правъ. Но это воззрѣніе раздѣляется не всѣми. Гирке, напр., относитъ эти права къ категоріи правъ личности; другіе (*Roguin*) видятъ въ нихъ гражданско-правовыя монополіи и т. д. Подробности относятся къ современному гражданскому праву.

Въ современныхъ курсахъ системы римскаго права обыкновенно *права личности* не излагаются особо, ибо въ общемъ и существованіе ихъ, и границы безспорны и поэтому мало интересны для юриста; гдѣ изъ ихъ нарушенія возникаютъ юридическія послѣдствія гражданскаго характера, тамъ мы имѣемъ особыя права (напр., обязательственныя—*actio injuriarum*). Иное значеніе имѣютъ эти права въ курсахъ современнаго гражданскаго права у тѣхъ ученыхъ, которые включаютъ въ этотъ отдѣлъ только что описанныя права на нематеріальныя блага. Система *корпоративныхъ* правъ излагается обыкновенно въ связи съ общимъ ученіемъ о юридическихъ лицахъ. Въ виду этого система римскаго права распадается на 4 отдѣла: 1) вещныя права, 2) обязательственныя права, 3) семейныя права, 4) наследственное право. Имъ предпосылается въ видѣ общаго введенія отдѣлъ 5—общая часть гражданскаго права, содержащая въ себѣ: а) ученіе о правѣ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ, б) о субъектѣ права, в) объ объектѣ права, д) о возникновеніи, измѣненіи и уничтоженіи права, е) о защитѣ права. Этими пяти вопросамъ соответствуютъ пять отдѣловъ нашего курса общей части римскаго гражданскаго права.

⁸ *Gierke*. op. cit. т. I, § 29, II, 3, с.

⁹ Авторское право не было извѣстно Римлянамъ: см. объ этомъ ст. *Dziatzko* въ *Pauly-Wissowa*, Real-Encyclopädie der klass. Altertumswiss., т. II, 2 (1896 г.), стр. 2608—2611.

§ 14. Судебная защита субъективнаго права. Actio. Притязаніе (Anspruch). Отношеніе иска къ притязанію.

I. Право—*jus civile*—возникаетъ по римскому воззрѣнію въ результатѣ дѣятельности различныхъ силъ, имѣющихъ власть устанавливать обязательныя для гражданъ нормы поведенія. Такими правоустановительными фактами были, главнымъ образомъ, *leges* и *mores*, впослѣдствіи *senatusconsulta* и т. д. Изъ этихъ нормъ объективнаго права для гражданъ возникаютъ субъективныя права¹. Но въ практическомъ отношеніи въ Римѣ недостаточно было знать, имѣетъ ли кто-либо субъективное право, вытекающее изъ нормъ *jus civile*. Магистраты, которымъ было поручено примѣненіе права на практикѣ, были поставлены въ Римѣ весьма самостоятельно. Хотя они и не обладали законодательною властью, и не могли прямо отмѣнять нормъ цивильнаго права или устанавливать новыя нормы, неизвѣстныя цивильному праву², но примѣняя право на практикѣ, они могли руководиться не только существующими нормами цивильнаго права, но и справедливостью (*aequitas*). Поэтому они могли иногда отказывать нормамъ цивильнаго права въ судебномъ осуществленіи, если находили примѣненіе ихъ несправедливымъ, и оказывать судебную защиту въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ цивильнымъ правомъ, если этого требовала справедливость. Въ виду этого, было не только важно знать, имѣетъ ли лицо субъективное право, основанное на *jus civile*, но еще важнѣе былъ вопросъ, есть ли у него возможность судебнымъ путемъ добиться осуществленія своего субъективнаго права. На языкѣ римскихъ юристовъ это выражалось такъ: есть ли у даннаго лица искъ — *actio* (*actionem habere*)? Подъ именемъ *actio* въ данномъ случаѣ юристы разумѣютъ *общанное частному лицу со стороны магистрата, примѣняющаго право, средство добиться путемъ судебного процесса рѣшенія, удовлетворяющаго его интересу*³.

Римскій терминъ „*actio*“ въ этомъ значеніи, до извѣстной степени, соответствуетъ современному понятію *иска въ матеріальномъ смыслѣ* (*Klage-recht*), которое, напр. у Дернбурга, опредѣляется, какъ право истца на благопріятное ему судебное рѣшеніе относительно отвѣтчика⁴. Подъ искомъ въ *процессуальномъ смыслѣ* разумѣется напротивъ то дѣйствіе, которымъ управомоченное лицо призываетъ органъ государственной власти (судъ) къ защитѣ его права⁵.

Установивъ понятіе объ искѣ въ матеріальномъ смыслѣ, перейдемъ къ

¹ Понятія субъективнаго и объективнаго права были извѣстны римскимъ юристамъ. Это доказываетъ въ своей полемикѣ съ Виндшейдомъ *Muther*, *Zur Lehre v. d. röm. Actio* 1857 г., стр. 18 сл.; но этого не отрицаетъ и *Windscheid*, *Die Actio d. röm. Civilrechts* 1856 г. и особ. *Die Actio (Abwehr)* 1857 г., стр. 7 20; Виндшейдъ доказываетъ только, что для Римлянъ *actio* имѣла большее значеніе, нежели *jus*.

² На этомъ особенно настаиваетъ *Windscheid*, *die Actio (Abwehr)*, стр. 11 сл.

³ См. къ изложенному *B. M. Хвостовъ*, *Натуральныя обязательства по римскому праву* (1898 г.), стр. 507 сл.

⁴ *Derenburg*, *Pand. I*, § 127.

⁵ *Regelsberger*, § 191.

понятію о такъ называемомъ „притязаніи“ и попытаемся выяснитъ отноше-
ніе между искомъ и притязаніемъ. Возможность требовать отъ государства
судебной защиты субъективнаго права возникаетъ для субъекта права, глав-
нымъ образомъ (но не всегда), при слѣдующихъ условіяхъ. Большею частью
субъекту права приходится обращаться къ помощи суда для осуществленія
своего субъективнаго права въ томъ случаѣ, когда изъ его субъективнаго
права для него возникла *возможность требовать отъ какого-либо опре-
дѣленнаго другаго лица совершенія извѣстнаго дѣйствія или несоверше-
нія извѣстнаго дѣйствія*. Мы будемъ называть эту возможность *притяза-
ніемъ* (Anspruch); о терминологіи римскихъ источниковъ сказано будетъ ниже.

Такая возможность требовать (въ смыслѣ юридически признанной воз-
можности, правомочія), такое *притязаніе* можетъ возникнуть на основаніи
всякаго субъективнаго права, какъ абсолютнаго, такъ и обязательственнаго.
Изъ *абсолютнаго права* притязаніе противъ какого-либо лица возникаетъ,
когда это лицо неправомѣрно препятствуетъ субъекту права осуществлять
свое господство надъ объектомъ права (напр. нѣкто отнимаетъ у собствен-
ника принадлежащую послѣднему вещь и тѣмъ препятствуетъ собственнику
пользоваться своимъ правомъ собственности на эту вещь). Изъ *отрицатель-
наго обязательства* притязаніе возникаетъ, когда обязанный субъектъ со-
вершитъ дѣйствіе, которое противорѣчитъ содержанию его обязанности (напр.
бывшій служащій торговой фирмы обязался не открывать конкурирующаго
предпріятія; притязаніе изъ обязательства возникаетъ только съ момента
открытія имъ такого предпріятія вопреки своей обязанности). Изъ *положи-
тельнаго обязательства* эта возможность требовать опредѣленнаго дѣйствія
возникаетъ или съ самаго момента установленія обязательства (напр., я обя-
зуюсь передать другому лицу извѣстную вещь безъ оговорки о срокѣ пере-
дачи: притязаніе возникаетъ тотчасъ же), или съ пного, болѣе поздняго
момента (это бываетъ при *срочныхъ* обязательствахъ; напр., я взялъ сумму
денегъ взаймы съ обязательствомъ вернуть такую же сумму черезъ три мѣ-
сяца; обязательственное право противъ меня возникаетъ изъ договора займа
тотчасъ же, а притязаніе возникаетъ лишь по истеченіи трехмѣсячнаго срока).

Эта возможность требовать отъ опредѣленнаго лица на основаніи субъ-
ективнаго права совершенія или несовершенія какого-либо дѣйствія, именуе-
мая притязаніемъ, характеризуется слѣдующими чертами:

1) Требованіе должно быть *налично* въ данный моментъ (т. е. его можно
предъявить тотчасъ же). Изъ приведеннаго выше примѣра срочнаго обяза-
тельства, а также изъ того, что сказано о возникновеніи притязаній изъ
абсолютныхъ правъ и отрицательныхъ обязательствъ, видно, что моментъ
возникновенія права и моментъ возникновенія притязанія изъ права далеко
не всегда совпадаютъ.

2) Требованіе должно быть направлено противъ *опредѣленнаго лица* ⁶.

3) Требованіе предполагаетъ на сторонѣ требующаго лица извѣстное
состояніе *неудовлетворенности* ⁷.

4) Это состояніе неудовлетворенности *можетъ и должно быть устра-*

⁶ Поэтому изъ абсолютнаго права притязаніе возникаетъ лишь при нарушеніи этого
права опредѣленнымъ третьимъ лицомъ.

⁷ Поэтому изъ отрицательнаго обязательства не возникаетъ притязанія до нарушенія
этого обязательства отвѣтчикомъ.

нено противникомъ путемъ какого-либо акта, хотя бы посредствомъ простого изъявленія воли.

Какъ увидимъ ниже, благодаря отсутствію этого четвертаго признака, нельзя усмотрѣть притязанія въ основѣ исковъ преюдиціальнаго и исковъ о раздѣлѣ общаго имущества.

Эта возможность требованія, вытекающая изъ субъективнаго права, имѣетъ практическую цѣнность и значеніе, главнымъ образомъ, потому, что за нею стоитъ и ее подкрѣпляетъ возможность призвать къ содѣйствію государственную власть, чтобы въ случаѣ нужды привести требованіе въ исполненіе принудительнымъ путемъ. Эту возможность потребовать отъ другого лица совершенія или несовершенія извѣстнаго дѣйствія, вытекающую изъ субъективнаго права, источники обозначаютъ тѣмъ же терминомъ, какъ и средство добиться судебного рѣшенія, удовлетворяющаго интересу субъекта права, т. е. терминомъ *actio*⁸. Однако примѣненіе того-же термина къ притязанію и къ иску не вполнѣ удачно. Притязаніе, какъ возможность требовать извѣстное дѣйствіе отъ опредѣленнаго лица, можетъ быть осуществлено принудительно не только путемъ иска, но и путемъ *защиты* противъ иска (напр., посредствомъ зачета—*compensatio*). Сверхъ того, притязанія возникаютъ и изъ такихъ правъ, которыя не даютъ права на искъ (*obligatio naturalis*). Наконецъ (какъ мы увидимъ ниже), есть и такіе иски, которые даются не для осуществленія этой возможности требовать что-либо отъ другого лица на основаніи субъективнаго права истца, т. е. въ основѣ которыхъ не лежитъ никакого притязанія. Поэтому, во избѣжаніе недоразумѣній, предпочтительно замѣнить римскій терминъ какимъ-либо инымъ, хотя бы современнаго происхожденія. Въ нѣмецкой литературѣ въ новѣйшее время вошелъ въ употребленіе терминъ *Anspruch*. Впрочемъ смыслъ этого слова споренъ; но именно въ указанномъ здѣсь смыслѣ его употребляетъ, напр., видный романистъ Regelsberger⁹. Мы переводимъ этотъ терминъ выраженіемъ „гражданско-правовое притязаніе“ или просто „притязаніе“.

Понятіе притязанія, какъ мы его только что установили, имѣетъ большое значеніе въ гражданскомъ правѣ. Притязаніе можетъ возникнуть изъ всякаго субъективнаго права, какъ абсолютнаго, такъ и относительнаго. Притязаніе является правомочіемъ, *производнымъ отъ субъективнаго права*, оно опирается на субъективное право. Притязанія могутъ возникать только, пока существуетъ порождающее ихъ субъективное право. Но по содержанію *они не тождественны съ породившимъ ихъ субъективнымъ правомъ*.

Разница особенно ясна при *абсолютныхъ* правахъ. Абсолютное право даетъ господство надъ какимъ-либо объектомъ, которому соотвѣтствуетъ обязанность *всѣхъ* другихъ лицъ признавать это господство. Притязаніе же есть, возникающее изъ *нарушенія* этого господства *какимъ-либо лицомъ*, правомочіе требовать отъ этого *опредѣленнаго* третьяго лица прекращенія нару-

⁸ У Цельза мы находимъ такое опредѣленіе *actio*, которое обнимаетъ собою какъ правомочіе къ требованію извѣстнаго дѣйствія или прекращенія дѣйствія отъ извѣстнаго лица, такъ и правомочіе къ полученію судебной защиты; вѣрнѣе, онъ описываетъ *actio*, какъ право получить судебную защиту для осуществленія правомочія требовать опредѣленнаго дѣйствія отъ извѣстнаго лица. L. 51 D. 44, 7. Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi.

⁹ Pand § 52. Ср. также Kuntze, die Oblig. und jus extraord. (1886 г.), §§ 13—20. Thon, op. cit. стр. 143 сл. 216 сл. Abschn. V. Merkel. Jur. Enc. § 163. E. Grüber, въ Birkmeyer's Enc. стр. 20 сл.

шенія права (напр. выдачи вещи). Притязаніе изъ абсолютнаго права можетъ *погибнуть*, напр., въ силу удовлетворенія его, тогда какъ самое право *продолжаетъ существовать*.

При *обязательствахъ* разница не такъ замѣтна. Тутъ уже самое право направлено противъ опредѣленнаго лица такъ же, какъ и притязаніе изъ этого права¹⁰. Тѣмъ не менѣе, и здѣсь притязаніе не совпадаетъ съ правомъ. Если вещь дана въ пользованіе на три мѣсяца, то обязательственное право изъ договора ссуды возникаетъ тотчасъ же по заключеніи договора, а притязаніе о возвратѣ вещи (какъ *наличная* возможность требованія) возникнетъ лишь черезъ три мѣсяца.

Притязанія какъ изъ абсолютныхъ, такъ и изъ релятивныхъ правъ, такимъ образомъ, гораздо болѣе сходны между собою, чѣмъ права, изъ коихъ они возникаютъ. *Притязанія изъ всѣхъ правъ сближаются съ обязательственными правами*. На этомъ основаніи въ Inst. 4, 13, 5 притязанія изъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ одинаково названы обязательствами: „*si iudicio tecum actum fuerit sive in rem, sive in personam, nihilo minus obligatio durat*“. Въ самомъ дѣлѣ, притязанія изъ всякаго права, подобно обязательствамъ, направлены *всегда* противъ *опредѣленнаго лица*; они могутъ быть переданы другимъ лицамъ посредствомъ *cessio*¹¹; они могутъ быть погашены черезъ *удовлетвореніе*. Тѣмъ не менѣе ихъ *не слѣдуетъ причислять къ обязательствамъ*. Притязанія всегда остаются *зависимыми отъ тѣхъ правъ, изъ которыхъ они возникли*, и обесуждаются различно, смотря по тому, изъ какого права каждое изъ нихъ возникло. Поэтому притязанія должны разсматриваться въ системѣ гражданскаго права въ связи съ тѣми правами, изъ которыхъ они возникаютъ.

II. Мы уже упомянули выше, что не всѣ иски служатъ средствомъ для судебной защиты притязаній, возникшихъ изъ субъективныхъ гражданскихъ правъ противъ какихъ-либо опредѣленныхъ лицъ. Всѣ *иски* гражданскаго права въ матеріальномъ смыслѣ термина можно раздѣлить *на три категоріи* съ точки зрѣнія ихъ отношенія къ „притязанію“.

1) Первую категорію составляютъ тѣ иски, которые служатъ для судебной защиты притязаній, возникшихъ противъ опредѣленныхъ лицъ. Эти иски, въ основѣ которыхъ лежатъ притязанія, мы можемъ кратко обозначить, какъ иски *о притязаніяхъ* (по нѣмецкой терминологіи *Leistungsklagen*)¹².

2. Вторую категорію исковъ въ матеріальномъ смыслѣ составляютъ такъ называемыя *praejudicia* или *actiones praejudiciales*. Подъ этимъ именемъ разумѣется юридическая возможность обратиться къ помощи суда, чтобы *констатировать существованіе или содержаніе* какого-либо субъективнаго права и *обезпечить* его этимъ путемъ отъ нарушенія. „Такимъ образомъ можетъ быть поставленъ на разсмотрѣніе суда, напр., вопросъ о томъ, есть ли извѣстное лицо сынъ даннаго отца или *libertus* даннаго патрона, рабъ ли оно даннаго господина или свободное лицо; какіе размѣры имѣетъ *dos* жены и т. д.“¹³. Хотя подобные иски направлены всегда противъ опредѣленнаго лица, которое своимъ поведеніемъ вызвало сомнѣнія относительно существо-

¹⁰ Поэтому *actio* иногда употребляется въ источникахъ вмѣсто *obligatio*. L. 8 § 11 D. 16, 1. L. 10 D. 19, 1.

¹¹ L. 9 C. 4, 39. L. 21. L. 63 D. 6, 1. L. 25 § 8 D. 19, 2

¹² *Hölder*, Pand. I стр. 324.

¹³ *Keller*, Civilprozess, § 38.

ванія или содержанія права истца, но они не являются исками о притязаніи ¹⁴. Истецъ не домогается судебной защиты для того, чтобы принудить отвѣтчика къ какому-либо дѣйствию (или прекращенію дѣйствія), которое должно и можетъ устранить состояніе неудовлетворенности, испытываемое истцомъ. Напротивъ, состояніе неудовлетворенности истца вызывается неизвѣстностью относительно существованія или содержанія его субъективнаго права. Эта неизвѣстность *должна быть устранена не какимъ-либо дѣйствіемъ отвѣтчика, а именно рѣшеніемъ суда*. Въ основѣ такого иска не лежитъ, слѣдовательно, притязаніе къ отвѣтчику; судебная помощь требуется лишь для признанія извѣстнаго субъективнаго права *со стороны суда*. Такое признаніе, конечно, обязательно и для отвѣтчика. *Формально различіе actio praejudicialis отъ иска о притязаніи выражалось въ томъ, что формула actio praejudicialis не содержала condemnatio.*

Римское право допускало преюдиціальныя иски лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ. Въ нѣкоторыхъ современныхъ правахъ область примѣненія этихъ исковъ значительно расширена (напр., въ германскомъ имперскомъ правѣ) ¹⁵.

3. Третью категорію исковъ въ матеріальномъ смыслѣ составляютъ *иски о раздѣлѣ, actiones divisoriae*. Съ этими исками обращаются къ помощи суда съ тѣмъ, чтобы судъ *установилъ новыя субъективныя права* вмѣсто прежнихъ, въ частности, вмѣсто принадлежности одного и того же права нѣсколькимъ лицамъ установилъ для каждаго участника отдѣльное право. Въ основѣ иска не лежитъ притязаніе одного лица къ другому. Притязанія, иногда связанныя съ раздѣломъ (напр., о возмѣщеніи издержекъ, сдѣланныхъ однимъ изъ собственниковъ на общую вещь), могутъ лишь *приводить* къ иску о раздѣлѣ, соединиться съ вопросомъ о раздѣлѣ въ одномъ судебномъ производствѣ. Искъ о раздѣлѣ предъявляется съ тѣмъ, чтобы заставить *судъ* замѣнить одно состояніе субъективныхъ правъ другимъ. Неудовлетворенность истца часто не можетъ быть устранена другими участниками, такъ какъ никто изъ нихъ въ отдѣльности не можетъ распорядиться раздѣломъ; это могутъ сдѣлать только всѣ сообщники вмѣстѣ, или при отсутствіи согласія между ними (а въ этомъ только случаѣ и нуженъ искъ)—*судъ*. Поэтому эти иски могутъ возбуждаться всѣми участниками въ общемъ правѣ даже совмѣстно. Но хотя-бы искъ былъ возбужденъ только однимъ участникомъ, судъ не можетъ удовлетворить его требованія иначе, какъ измѣнивъ состояніе субъективныхъ правъ *всѣхъ остальныхъ участниковъ*. Въ виду этой особенности судебное рѣшеніе по такимъ искамъ *однородно по содержанію для всѣхъ участниковъ процесса*, и не является для одной стороны признаніемъ или непризнаніемъ ея права, а для другой присужденіемъ или освобожденіемъ, какъ при другихъ искахъ. Такимъ образомъ, при этихъ искахъ положеніе всѣхъ сторонъ одинаково; здѣсь нѣтъ истца и отвѣтчика въ томъ смыслѣ, какъ при другихъ искахъ. Если эти роли тѣмъ не менѣе разпредѣляются между сторонами, то лишь для регулированія хода процесса; роль истца занимаетъ или то лицо, которое раньше другихъ предъявило искъ, или же то, которое будетъ указано жребіемъ (при одновременномъ

¹⁴ Windscheid, I § 45 пр. 7а. Hölder, I. c. Regelsberger, § 52, II.

¹⁵ См. Regelsberger, § 191, II. Dernburg, Pand. I § 134. Fitting, Der Reichs-Civilprozess § 48 (9-е изд. 1898 г.).

вчинаніи иска) ¹⁶. Въ этомъ смыслѣ судъ по такимъ искамъ называется *judicium duplex* ¹⁷.

Формально различіе этихъ исковъ отъ исковъ о притязаніи выражается въ томъ, что въ ихъ формулѣ мы имѣемъ не только *condemnatio*, уполномочивающую судью удовлетворить тѣ притязанія сторонъ другъ къ другу, которыя уже возникли изъ *communio* (напр. объ издержкахъ на общую вещь), и присудить къ предоставленію въ пользу другихъ ту сторону, которая вслѣдствіе раздѣла воспользуется какими-либо преимуществами передъ другими, но также *adjudicatio*, которая даетъ судѣ полномочіе замѣнить одно состояніе правъ другимъ; эта *adjudicatio* характеризуетъ положеніе *actiones divisoriae* въ нашей классификаціи исковъ и въ формулѣ иска предшествуетъ кондемнаціи ¹⁸.

§ 15. Классификація римскихъ исковъ.

I. *Actiones in rem u in personam*. ¹⁹. *Actio in personam* согласно Inst. 4, 6, 1 есть искъ изъ *обязательства*; этотъ искъ направленъ противъ того лица, на которомъ лежитъ обязанность къ дѣйствию, составляющему содержаніе обязательственного права. Лицо это обыкновенно *точно определено съ самаго момента возникновенія* обязательственного права. Однако, бываютъ случаи, когда отвѣтчикъ по обязательственному иску заранѣе не опредѣленъ, и его личность выясняется лишь въ силу его *вступленія въ какое либо отношеніе* (напр. чрезъ вступленіе въ обладаніе извѣстной вещью; см. выше § 12, II). Иски изъ такихъ обязательствъ—также *actiones in personam* (§ 31 Inst. 4, 6), но въ виду того, что они возникаютъ противъ лица заранѣе не извѣстнаго, они называются *actiones in rem scriptae*. Это названіе дается въ источникахъ только *actio quod metus causa* (L. 9 § 8 D. 4, 2); но подобный характеръ носятъ еще, напр., *actiones poenales* и *actio aquae pluviae arcendae*. *Actiones in rem* суть *все прочіе иски*, слѣдовательно не только иски изъ вещныхъ правъ, но и изъ другихъ правъ.

Actiones divisoriae, т. е. иски о раздѣлѣ (см. § 14 въ концѣ), квалифицируются въ Inst. 4, 6, 20 какъ *actiones*, которыя *mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam*. Смыслъ этого выраженія вѣроятно тотъ, что вмѣстѣ съ вопросомъ о замѣнѣ путемъ раздѣла однихъ вещныхъ правъ другими, суду приходится также разрѣшать вопросъ объ *обязательственныхъ* притязаніяхъ, возникшихъ между участниками въ правѣ по поводу *communio* (напр. объ издержкахъ).

II. *Actiones quibus rem persequimur* и *actiones poenales* ²⁰. Смотря по своему объекту и дѣли, имущественные иски дѣлятся на *actiones quibus rem persequimur* (реиперсекуторные иски), *actiones poenales* (штрафные иски) и *actiones mixtae* (смѣшанные иски). *Сущность различія* сводится къ слѣдующему.

¹⁶ См. къ этому Hölder Pand. § 62 Anm. Его же, Inst. § 37, II, 4.

¹⁷ L. 10 D. 10, 1 ср. L. 2 § 3 L, 44 § 4 D. 10, 2. Ср. Вещное пр. § 25, I, 1, а.

¹⁸ См. Lenel, Edictum perpetuum, 2 изд., стр. 200 сл.

¹⁹ См. Хвостовъ. Исторія римскаго права, 4 § 22 и 57.

²⁰ Savigny System т. V. § 210—212. Baron, § 81. Dernburg, I § 130 Ср. Regelsberger, стр. 221 сл.—§§ 16—27 I. 4. 6. Gai 4 §§ 6—9.

1) *Actiones reipersecutoriae* суть иски, которые имѣютъ цѣлью возстановить нарушенное состояніе имущественныхъ правъ; съ ихъ помощью истецъ стремится получить то, что у него отнято отвѣтчикомъ, а отвѣтчикъ долженъ выдать ту выгоду, которую онъ незаконно получилъ изъ имущества истца. Примѣрами служатъ *rei vindicatio* или искъ о возвратѣ денегъ, данныхъ взаймы.

2) *Actiones poenales*—штрафные иски—преслѣдуютъ цѣль наказать отвѣтчика, нарушившаго право истца. 1. Предметомъ ихъ служитъ прежде всего взысканіе частнаго штрафа—*poena privata*. Такимъ искомъ является *actio furti*. Эти чисто штрафные иски не даются противъ наслѣдниковъ: они пассивно не наслѣдственны. 2. Иногда штрафной искъ направленъ на возмѣщеніе убытковъ, но, въ отличіе отъ реперсекutoryнаго иска, при его посредствѣ можно не только истребовать то, что перешло къ отвѣтчику изъ имущества истца, но и возмѣщенія ущерба, которому не соответствовало никакое обогащеніе на сторонѣ отвѣтчика. Примѣромъ служитъ *actio doli*, которая дается для взысканія убытковъ какъ противъ лица, которое совершило обманъ съ корыстною цѣлью и при этомъ обогатилось за чужой счетъ, такъ и противъ лица, которое своимъ обманомъ причинило убытки другому, но само не получило имущественной выгоды²¹.

3) *Actiones mixtae*—смѣшанные иски—направлены и на возстановленіе нарушеннаго имущественнаго права истца, и на наказаніе отвѣтчика частнымъ штрафомъ. Такой характеръ имѣетъ *a. legis Aquiliae*: съ ея помощью взыскивается съ лица, нанесшаго поврежденіе имуществу истца, стоимость поврежденной вещи, но не та, которую вещь имѣла въ моментъ ея поврежденія, а высшая цѣна, которую вещь имѣла въ теченіе послѣдняго года или мѣсяца; въ силу такой оцѣнки потерпѣвшій часто взыскиваетъ больше, чѣмъ онъ понесъ ущерба отъ правонарушенія; искъ одновременно возмѣщаетъ убытки и сверхъ того ведетъ къ наложенію штрафа на виновнаго. Иски двухъ послѣднихъ категорій даются и противъ наслѣдниковъ виновника, но только въ размѣрѣ его обогащенія²².

III. *Actiones vindictam spirantes*. Пѣкоторые иски имѣютъ цѣлью не возмѣщеніе имущественнаго ущерба, а взысканіе денежной суммы, какъ средство дать *удовлетвореніе чувству личной обиды* истца (L. 2 § 4 D. 37, 6). Особенность этихъ исковъ состоитъ въ томъ, что *только самъ потерпѣвшій* можетъ *судить*, возникъ ли для него искъ или нѣтъ, ибо только онъ можетъ сказать, *обиженъ* онъ или нѣтъ. Потому иски эти не даются наслѣдникамъ истца, если только послѣдній не довелъ уже своего иска до *litis contestatio* (въ такомъ случаѣ искъ становится наслѣдственнымъ въ силу *novatio necessaria* L. 139 pr. D. 50, 17. § 1 I. 4, 12).

Иски эти не считаются увеличивающими имущество истца до момента *litis contestatio* (L. 28 D. 47, 10); поэтому отказъ отъ нихъ не даетъ основанія кредиторамъ или патрону предъявить искъ объ умышленномъ сокрытіи имущества. Объ этихъ искахъ говорится въ источникахъ: *vindictam continent*,

²¹ L. 39 D. 4, 3. Si te Titio optuleris de ea re, quam non possidebas in hoc, ut alius usucapiat, et iudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo tamen teneberis: et ita Sabino placet. L. 40 D. eod. Is qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.

²² L. 22 D. 39, 1. J. 4, 12, 1. L. 5 § 5. 13 D. 9, 3. L. 1 pr. D. 47, 1. Подробности ученія о штрафныхъ искахъ см. у *Дернбурга* Пандекты, т. III, § 129 сл.

ad ultionem pertinent. Название *actiones vindictam spirantes* сложилось въ новой литературѣ. Сюда относятся, напр., *a. injuriarum*, *a. de effusis et dejectis* при пораненіи свободнаго человѣка, *a. de moribus* по поводу развода, искъ о возвратѣ дара по неблагодарности, *querela inofficiosi testamenti* и *inof. donationis*, и т. д. ²³.

IV. *Actiones bonae fidei u stricti juris. Actiones in aequum et bonum conceptae.* *Actiones in personam in jus conceptae*, возникающія изъ контрактовъ и квази-контрактовъ, дѣлятся на *actiones bonae fidei* и *stricti juris* (или *judicii*). Формально разница состоитъ въ томъ, что при искѣ *bonae fidei* къ интенціи „*dare facere oportere*“ прибавляются слова „*ex fide bona*“. *Actiones bonae fidei* возникаютъ (§ 28. 29 Inst. 4, 6; ср. Gai IV, 61) изъ четырехъ консенсуальныхъ контрактовъ, изъ *depositum*, *commodatum*, *pignus*, изъ *neg. gestio*, *tutela*, *contractus innominati* (*a. praescriptis verbis*) и изъ отношеній по поводу возврата *dos* (*a. rei uxoriae* и въ Юст. правѣ *a. ex stipulatu*). Къ числу *a. stricti juris* относятся иски, возникающіе изъ *stipulatio*, *litterarum obligatio*, *legatum*, *mutuum* и неосновательнаго обогащенія. Различіе по существу состоитъ въ *большей или меньшей связанности судьи при рѣшеніи соответствующихъ исковъ*. Положеніе судьи при *a. bonae fidei* свободнѣе, нежели при *a. stricti juris*; онъ въ болѣе степеніи можетъ руководиться требованіями *aequitas* и *bonae fides*. Въ частности отмѣтимъ слѣдующія отличія:

1. При *a. stricti juris* судья связанъ тѣми *словами*, которыя стороны употребили при заключеніи оспуемой сдѣлки; при *a. bonae fidei* судья свободно толкуетъ редакцію договора и можетъ, напр., пополнить содержаніе договора на основаніи мѣстныхъ дѣловыхъ обыкновеній (L. 31 § 20 D. 21, 1 Ср. выше § 5 въ концѣ).

2. *Bonae fidei iudiciis exceptio doli inest* ²⁴. Это значить, что судья можетъ принимать во вниманіе при *a. bonae fidei* всѣ возраженія отвѣтчика, которыя дѣлали оспуемое его несправедливымъ, но не составляли *negatio* ²⁵ иска, хотя бы они не были включены въ инструкцію претора и о нихъ не было упомянуто при производствѣ дѣла *in jure*; при *a. stricti juris* эти возраженія допускались лишь, поскольку они прямо оговорены въ формулѣ и были указаны при производствѣ дѣла *in jure* ²⁶.

Отъ *a. bonae fidei* слѣдуетъ отличать *actiones in bonum et aequum conceptae*. Отличительная черта ихъ состояла въ томъ, что въ формулѣ судья предписывалось присудить отвѣтчика къ уплатѣ такой суммы, какая ему покажется справедливой: „*quantum bonum et aequum iudici videbitur*“; право не указываетъ объективныхъ границъ и даетъ свободу субъективному чувству справедливости судьи, не связывая его при оцѣнкѣ иска на деньги. Сюда относятся, напр., слѣдующіе иски: *a. rei uxoriae*, *a. injuriarum aestimatoria*, *a. de effusis* и т. д. ²⁷.

V. *Condictiones*. Терминомъ *condictio* обозначались особые обязатель-

²³. Vangerow, I § 145 Anm. I, Baron, § 82.

²⁴. L. 21 D. 24, 3. L. 84 § 5 D. 30, L. 3 D. 18, 5.

²⁵. Что такое „*negatio*“, будетъ объяснено въ слѣдующемъ §.

²⁶. Изъ курса исторіи римскаго права извѣстно, что римскій процессъ классической эпохи дѣлился на двѣ части: производство *in jure* и *in iudicio*. Историческое развитіе и значеніе исковъ *bonae fidei* см. у Хвостова. Исторія римск. пр. 4 изд. § 57.

²⁷. Vangerow, § 139 Anm. II, 6. Ср. Accarias, т. II стр. 1002 пр. 2. Girard, Manuel стр. 1015 пр. 1.

ственные иски съ *intentio in jus concepta* (т.-е. со словами: dare или dare facere oportere), въ которой не приводилось основание, изъ котораго вытекалъ искъ (*causa agendi*). Эти иски имѣли, такимъ образомъ, абстрактный характеръ ²⁸.

Такъ, напр., требованіе, чтобы отвѣтчикъ далъ истцу 1000 ассовъ (*mille dare oportere*), могло вытекать изъ состоявшагося между сторонами договора займа (*mutuum*), изъ стипуляціи, по которой отвѣтчикъ обязался уплатить 1000, изъ *contr. litteralis*, по которому на отвѣтчика была возложена обязанность уплатить истцу 1000. Въ формулѣ кондикціи говорилось только: „*si paret N^m N^m A^o A^o. mille dare oportere*“ и не указывалось основание долга (*ex mutuo, ex stipulatu, ex expensilatione*). Поэтому кондикціи классифицировались не по ихъ *causa*, а по ихъ объекту: различались *condictio certi*, т.-е. искъ о предоставленіи *certa pecunia* и *certa res* (*condictio triticaria*), и *condictio incerti*.

Въ классическую эпоху *condictio certae pecuniae* и *certae rei* примѣнялась къ стипуляціямъ, литтеральному контракту, договору *mutuum* и къ обязательствамъ о возвратѣ неосновательнаго обогащенія. Сверхъ того, кондикція давалась собственнику украденной вещи для того, чтобы вытребовать у вора обратно самую вещь или ея стоимость (*cond. furtiva*) ²⁹.

Что касается *condictio incerti*, то она появилась, самое раннѣе, въ классическую эпоху и имѣла сначала ограниченную область примѣненія (въ качествѣ *cond. sine causa*); формула ея такъ же, какъ и формула *cond. certi*, была абстрактна ³⁰.

Классификація кондикцій по ихъ *causa* была окончательно выработана только при Юстиніанѣ: установилось различіе между *condictiones causa data causa non secuta, condictiones ob turpem causam, condictio mutui* и т. п. Съ уничтоженіемъ формулярнаго процесса абстрактный характеръ кондикцій потерялъ значеніе ³¹.

VI. a) *Actiones civiles, honorariae, praetoriae, aediliciae.*

b) *Actio u extraordinaria persecutio. Actio directa, utilis, ficticia, in jus, in factum concepta, arbitraria. Actio u interdictum.* Обо всѣхъ этихъ искахъ см. Хвостовъ Исторія римскаго права, 4 изд., § 57, 73 сл., 108 и 110.

²⁸. См. *Baron*, Abhandl aus dem Röm. Civilprozess. I Bd. Die Conditionen (1881 г.) *Ejo-же Pand.* § 84, 6. *Lenel*, Ed. perp. 2 изд. стр. 226 сл. Обзоръ ученія о кондикціяхъ въ современной литературѣ даетъ *Сабининъ*. О договорѣ займа по римскому праву (1905 г.), стр. 119—161. *Хвостовъ* Исторія римскаго права, 4 изд. § 57, IV.

²⁹. Попытку исторически объяснить происхожденіе *cond. furtiva* см. у *Mayr*, die *Condictio d. röm. Privatrechts* (1900 г.), стр. 157—163. Ср. *Дернбургъ* Пандекты, т. III, § 130.

³⁰. *Mayr* стр. 181 сл., 215 сл. доказываетъ, что не только названія *condictio certi, incerti, triticaria* созданы компиляторами *Дигестъ* (это—весьма вѣроятно), но что *cond. incerti* и по существу неизвѣстна классич. праву. См. противъ этого *Kipp*. s. v. *Condictio u Pauly-Wissowa* IV, 1, стр. 856 сл.

³¹. Юстиніану же принадлежатъ слѣдующія правила: 1) кондикція должна употребляться во всѣхъ случаяхъ, когда какой-либо законъ вводитъ новое обязательство, не указывая для него особаго иска (т. наз. *condictio ex lege*); 2) *condictio certae pecuniae* можетъ замѣнить всякій другой личный искъ, даже *actio bonae fidei*, если истецъ точно оцѣнить предметъ своего требованія на деньги и предпочтетъ эту опредѣленную денежную сумму взыскивать путемъ *condictio certae pecuniae*, подтверждая себя при этомъ рпску совершить *plus petitio* (т. наз. *condictio generalis* по нов. термин.). Оба эти правила созданы компиляторами *Дигестъ*; первое изложено въ L. 1 D. 13, 2, а второе—въ L. 9 pr. D. 12, 1. См. объ этомъ *Girard*, стр. 610. *Mayr*, стр. 244—282. Иначе *Kipp* l. c. стр. 850 сл.

VII. *Actiones populares*. Такъ называются преторскіе и эдильскіе иски, которые могутъ быть предъявлены каждымъ гражданиномъ (*quicumque agere volet*) противъ лица, нарушившаго *публичный* интересъ. Въ отличіе отъ нихъ прочіе иски, защищающіе частные интересы, называются *actiones privatae*. Въ пользу того, кто успѣшно проведетъ такую *actio popularis*, присуждается штрафъ съ нарушителя публичнаго интереса. Такъ какъ *actio popularis* въ каждомъ данномъ случаѣ могла быть предъявлена любымъ гражданиномъ, то она могла разсматриваться какъ составная часть имущества истца лишь послѣ того, какъ была доведена до *litis contestatio*. Въ качествѣ примѣра можно привести *actio de positis et suspensis*.—Отъ этихъ исковъ нужно отличать другіе, которые также могли быть предъявлены любымъ гражданиномъ, но не *suo nomine*, а отъ имени государства или городской общины (въ качествѣ ихъ представителя, *procuratorio nomine*). Въ этихъ случаяхъ штрафъ присуждался въ пользу казны, а истецъ за труды получалъ лишь особое *praemium* ³².

VIII. *Actiones famosae*. Такъ называются иски, осужденіе по которымъ влечетъ за собой *infamia*. Сюда относятся *a. furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *doli* и иски изъ контрактовъ *bonae fidei* при наличности *dolus* отвѣтчика ³³.

§ 16. Защита противъ иска. *Exceptio* и ея виды.

I. Противъ предъявленнаго иска отвѣтчикъ могъ защищаться, ссылаясь на такіе факты, которые обезспливаютъ искъ и должны привести къ судебному рѣшенію, освобождающему отвѣтчика. Эта защита отвѣтчика имѣла двоякій характеръ. Нѣкоторые факты дѣйствуютъ на искъ *ipso jure*, т.-е. уничтожаютъ искъ безусловно, т. к. содержатъ отрицаніе — *negatio* — этого иска; другіе факты дѣйствуютъ на искъ лишь *ore exceptionis*. Прежде всего нужно выяснитъ, въ чемъ состоитъ разница между дѣйствіемъ *ipso jure* и *ore exceptionis* ¹.

Въ § 14 мы установили, что искъ — *actio* — въ матеріальномъ смыслѣ есть средство добиться путемъ судебного процесса рѣшенія, удовлетворяющаго интересу истца. Это средство могло быть дѣйствительнымъ только въ рукахъ того лица, которое удовлетворяло всеѣмъ условіямъ, необходимымъ для постановки благопріятнаго ему рѣшенія. Эти условія указывались преторомъ въ интенціи исковой формулы. Смотри по характеру этихъ условій, *intentio* была или *in jus concepta*, или *in factum concepta*. При *intentio in jus concepta* преторъ предшсывалъ судью присудить отвѣтчика при наличности на сторонѣ истца такихъ условій, которыя по *jus civile* достаточно обосновывали его претензію. Судья долженъ былъ, руководясь законами и обычаемъ, рѣшить, имѣется-ли въ данномъ случаѣ „*dare oportere*“ (т. е. обязательственное право) въ пользу истца, или право „*ex jure Quiritium*“

³². См. къ этому *Pauly-Wissowa*, *Realencycl.*, т. I, 1, стр. 318—320 (статья *Wlasak'a*). *Girard*, стр. 1001, пр. 2.

³³. См. къ этому *Accarias*, т. II, § 976.

¹. Послѣдующее изложеніе взято изъ *моей* книги „Натуральныя обязательства“, стр. 508—516.

(т.-е вещное право) на его сторонѣ, о которыхъ упоминалось въ формулѣ.— При *intentio in factum concepta* преторъ предписывалъ судѣ постановить благопріятное истцу рѣшеніе въ случаѣ наличности на его сторонѣ фактическихъ условій, прямо указанныхъ въ *intentio*. Эти условія не имѣли силы по *jus civile*; они приобрѣтали юридическое значеніе лишь въ силу предписанія претора, перечислившаго ихъ въ *intentio* иска².

Такимъ образомъ судья, разбирая споръ на основаніи данной ему формулы, руководился указаніями, сдѣланными въ *intentio*. Но эти указанія сами по себѣ не всегда достаточны. Преторская ссылка на „*dare oportere*“ и „*ex jure Quiritium*“ въ *intentio in jus concepta* только указывала судѣ на тотъ кругъ нормъ, который опредѣляетъ условія, приводящія къ *condemnatio* или исключаютъ ее. Самыя же условія судья долженъ былъ установить на основаніи этихъ нормъ самостоятельно. Обязанность судьи—*officium judicis*—сводилась къ тому,—опредѣлить, какіе факты, изъ числа приведенныхъ сторонами въ процессѣ, согласно съ нормами *jus civile*, порождаютъ обязательственное „*dare oportere*“ или вещное право „*ex jure Quiritium*“, и какіе его исключаютъ. Свѣдѣнія объ этомъ судья черпалъ, конечно, главнымъ образомъ, у юристовъ. Въ различныя эпохи юриспруденція признавала за опредѣленнымъ составомъ фактовъ способность оправдать извѣстную *intentio* согласно цивильному праву или, напротивъ, лишить ее значенія. Послѣдняго рода факты по терминологіи юристовъ *ipso jure* уничтожали притязаніе истца, обезсиливали его *intentio*.

При искахъ, интенція которыхъ была редактирована *in factum*, преторъ такъ же не могъ исчерпывающимъ образомъ перечислить всѣхъ фактовъ, которые обосновываютъ или исключаютъ *intentio*. И здѣсь юриспруденція въ различныя эпохи выдвигала рядъ фактовъ, которые судья долженъ былъ принять во вниманіе при обсужденіи иска. Есть факты, обычно не упоминаемые въ формулѣ, но, тѣмъ не менѣе, по ученію юристовъ, исключавшіе интенцію иска. Такъ, напр., на обязательственную *a. in factum* платежъ — *solutio*—имѣетъ такое же вліяніе, какъ и на *a. in jus concepta*: онъ также *ipso jure* обезсиливаетъ *intentio in factum*, какъ и *intentio in jus*, хотя въ самой формулѣ иска онъ не упоминался преторомъ³.

Изъ сказаннаго ясно, что для каждой *actio* юриспруденція выдвигала въ различныя эпохи рядъ условій, которыя обосновывали *intentio* этой *actio* или, напротивъ, исключали ее. Часть этихъ условій могла быть указана въ самой формулѣ, но многія въ ней не упоминались. Эти послѣднія условія судья также принималъ во вниманіе на основаніи собственной власти—*officium judicis*. Онъ не нуждался въ особомъ полномочіи на то со стороны магистрата, завѣдующаго примѣненіемъ права: эти условія дѣйствуютъ *ipso jure*, т. е. они сами собою обосновываютъ или исключаютъ *intentio* иска.

II. Но жизнь иногда выдвигаетъ другіе факты, которые по мнѣнію юриспруденціи не исключаютъ *intentio* даннаго иска и потому не могутъ быть приняты судьей во вниманіе *ex officio* при обсужденіи этого иска. Между тѣмъ преторъ можетъ найти, что съ этими фактами слѣдуетъ считаться *ex aequitate*, и что при наличности ихъ *несправедливо* удовлетворить притязаніе.

² См. *Eisele*, die mat. Grundl. d. Exceptionen, стр. 17 сл. *Bekker*, Actionen, т. II, стр. 145 сл. Относительно исковъ *in factum* ср. *Покровский*, Право и фактъ въ римскомъ правѣ ч. I (1898 г.) и ч. II (1901 г.).

³ См. *Bekker*, Aktionen, т. II, стр. 135—144; стр. 168 сл.

истца. Но если подобный фактъ не принадлежит къ числу тѣхъ, которые по установившемуся уже у юристовъ воззрѣнію исключаютъ intentio данного цивильнаго или преторскаго иска, то преторъ не можетъ разсчитывать, что iudex приметъ его во вниманіе. Тогда преторъ прибѣгаетъ къ особому средству, чтобы расширить полномочія судьи. Онъ упоминаетъ въ формулѣ иска о такомъ фактѣ, приводя его на ряду съ интенціей, обосновывающей кондемнацію, въ качествѣ дополнительнаго условія, исключающаго кондемнацію по данному иску. Тѣмъ самымъ преторъ придаетъ данному факту юридическое значеніе и обязываетъ присяжнаго судью принять его во вниманіе. Такая оговорка называлась *эксцепціей* ⁴.

Впрочемъ, не отъ одного претора исходитъ инициатива къ созданію эксцепцій. Иногда нормы цивильнаго права—leges и senatusconsulta,—придавая юридическое значеніе какому-нибудь факту, тѣмъ не менѣе не постановляютъ, что при наличности этого факта самое „dare oportere“ или „ex jure Quiritium“ цивильнаго иска должно считаться ничтожнымъ. Они избираютъ другой путь: поручаютъ претору придавать этимъ фактамъ значеніе условій, исключающихъ кондемнацію. Хотя значеніе этихъ фактовъ, такимъ образомъ, признается нормами цивильнаго права, но „dare oportere“ цивильной интенціи ими не уничтожается, и iudex не можетъ принять ихъ во вниманіе, если преторъ не упомянетъ о нихъ въ формулѣ иска. Такъ появляются эксцепціи, включаемыя въ формулу преторомъ *не по своей инициативѣ*, а по требованію нормъ цивильнаго права. Таковы: exceptio Scti Macedoniani, Scti Velleiani, Scti Trebelliani ⁵. Эти эксцепціи можно назвать *цивильными эксцепціями* ⁶.

Изъ сказаннаго вытекаетъ слѣдующее опредѣленіе эксцепцій. *Эксцепція есть предписаніе судьи со стороны претора освободитъ отвѣтчика, если онъ удостовѣрится въ наличности опредѣленнаго обстоятельства, которое по установившемуся ученію юристовъ не можетъ быть принято во вниманіе присяжнымъ судьей въ силу одного лишь officium iudicis.*

Когда съ теченіемъ времени мысль претора о необходимости считаться съ даннымъ обстоятельствомъ прочно прививалась на практикѣ и укоренялась въ сознаніи юристовъ, въ юриспруденціи иногда складывалось убѣжденіе, что это обстоятельство во всякомъ случаѣ должно приниматься судьей во вниманіе при разсмотрѣніи данного иска, и что для этого нѣтъ нужды во включеніи преторомъ соотвѣтствующей эксцепціи въ формулу иска. Обстоятельство это относилось тогда юристами къ числу такихъ, которые уничтожаютъ интенцію иска, разрушаютъ (въ силу обычая) dare oportere цивильной actio и обезсиливаютъ intentio in factum преторской actio. Тогда оно уже принимается во вниманіе судьей на основаніи его officium: оно дѣйствуетъ

⁴ Bekker, Aktionen, т. II, стр. 169.

⁵ Но не exceptio legis Cinciae или legis Plaetoriae. Эти эксцепціи, повидимому, созданы преторомъ по собственной инициативѣ, по аналогіи съ исками, которые были установлены названными законами. Lenel, Ueber Ursprung und Wirk. d. Ex. стр. 46 сл.

⁶ Koschembahr-Lyskowski, die Theorie d. Exc. стр. 12, пр. 17; стр. 75; стр. 113.— Иначе Lenel, стр. 46—52.—Къ числу цивильныхъ эксцепцій нельзя относить такихъ, какъ exceptio iusti dominii, compensatio и т. п., ибо въ этихъ случаяхъ извѣстные юридическія отношенія, признанныя вообще по jus civile, только отъ претора и по его инициативѣ получаютъ способность исключать кондемнацію по извѣстнымъ искамъ, т.-е. служить основаніемъ для эксцепцій. См. Lenel, l. c., стр. 55.

на искъ *ipso jure*, а не *ope exceptionis*. Однимъ словомъ, обстоятельство, дѣйствовавшее прежде *ope exceptionis*, съ теченіемъ времени подъ вліяніемъ обычая можетъ превратиться въ обстоятельство, дѣйствующее *ipso jure*⁷.

Все зависитъ, слѣдовательно, отъ возрѣній юристовъ извѣстной эпохи на содержаніе *officium iudicis* по каждому данному иску. Пока фактъ, съ которымъ находить нужнымъ по справедливости считается преторъ или цивильное право, не получилъ въ глазахъ юристовъ значенія обстоятельства, которое само по себѣ уничтожаетъ интенцію даннаго иска, судья могъ принять его во вниманіе только при наличности особаго предписанія претора, т. е. эксцепции. Иногда могло казаться сомнительнымъ, какое значеніе имѣетъ извѣстный фактъ по ученію юристовъ: относится ли онъ къ области *officium iudicis* или нѣтъ. Въ такихъ случаяхъ и преторъ можетъ колебаться, слѣдуетъ ли ему включить въ формулу эксцепцію или же можно обойтись безъ нея. Указанія на такія сомнѣнія мы, дѣйствительно, находимъ въ источникахъ⁸.

III. При *bonae fidei actiones* также имѣется извѣстный опредѣленный рядъ фактовъ, которые по ученію юриспруденціи обосновываютъ или исключаютъ *dare facere oportere*, составляющее предметъ интенціи иска. Съ теченіемъ времени и въ этой области могутъ появляться такіе факты, которые по справедливости должны исключать присужденіе отвѣтчика, но не принадлежатъ къ числу фактовъ, за которыми признано значеніе обстоятельствъ, уничтожающихъ *dare facere oportere* интенціи. Такіе факты и при *bonae fidei iudicia* оставляютъ въ силѣ *dare facere oportere* интенціи и могутъ быть особо упомянуты преторомъ въ формулѣ въ качествѣ эксцепцій⁹. По особенностью *bonae fidei iudicia* являются широкія полномочія судьи: *iudex* могъ принять во вниманіе и факты, не уничтожающіе *dare facere oportere*, но дѣлающіе кондемнацію несправедливой, даже безъ особаго указанія на нихъ преторомъ въ формулѣ иска. слѣдовательно, включеніе въ формулу *b. f. actionis* эксцепцій не было дѣломъ необходимости; если преторъ полагался на судью, онъ могъ обойтись безъ этого, и судья своею властью принималъ эти факты во вниманіе. *Exceptiones*, соотвѣтствующія справедливости, подразумѣвались въ формулѣ *actio bonae fidei*. Такое именно значеніе имѣетъ афоризмъ: „*exceptio doli bonae fidei iudicis inest*“¹⁰.

⁷ Примѣръ перехода дѣйствія *ope exceptionis* къ *ipso jure* см. у *Kröger*, Beiträge zur Lehre v. d. *exceptio doli*, 1 Heft, 1892 г., стр. 21—25. Ср. также *Bekker*, Aktionen, т. II, стр. 279 сл. Точно также и *a. in factum* съ теченіемъ времени можетъ быть замѣнена посредствомъ *a. in jus concepta*. См. напр., *Lenel*, Ed. perp. стр. 214. *Mayr*, Cond., стр. 190 сл., 247.

⁸ L. 17 D. 13, 5. L. 34 § 1 D. 44, 7. L. 1 § 7 D. 44, 5. L. 29 § 1 D. 21, 2. L. 4 D. 7, 9. *Gai* 3, 168. *Bucerus*, Erört. d. Begr. exc. (1899 г.), стр. 43 слл. *Bekker*, l. c. стр. 283.

⁹ Объ эксцепціяхъ въ формулѣ *actiones bonae fidei* упоминаютъ напр., L. 61 pr. D. 19, 2 L. 7 D. 16, 1 L. 7 § 2 D. 27, 10 и т. д. *Birkmeyer*, die Exceptionen in *b. f. iudicium*, 1874 г., стр. 255 сл. *Lenel*, l. c. стр. 64, пр. 2—4. См. также L. 7 § 4 D. 2, 14 въ связи съ L. 27 § 2. D. eod. и къ этому *Accarias*. Précis т. II, стр. 397 пр. 1.

¹⁰ См. выше § 15. IV. *Exceptio doli generalis* при позднѣйшихъ классикахъ (въ эпоху Ульпіана) не предполагаетъ уже субъективной виновности истца и дается по поводу всякаго нарушенія объективной *bona fides*, т.-е. можетъ конкурировать съ каждой *exceptio in factum*. См. объ этомъ ниже въ этомъ § II. IV. *Birkmeyer*, l. c. стр. 131 слл. *Pernice*, *Labeo* т. II I (2-е изд. 1895 г.), стр. 249 сл. Ср. *Girard*, Manuel, 1025 пр. 6.— Къ изложенному ср. еще *Lenel*, l. c. стр. 64; 69 сл. *Koschembahr-Lyskowski*, l. c. стр. 114 и 159, пр. 296.

Кромѣ того, искъ *bonae fidei* имѣли еще другую особенность. Сторона, имѣющая право на экцепцію противъ а. *bonae fidei* противной стороны, могла, не ожидая предъявленія этой *actio* противникомъ, вчинить въ свою очередь искъ изъ даннаго *negotium bonae fidei* объ уничтоженіи всей сдѣлки. Такимъ образомъ, экцепціонный фактъ могъ при сдѣлкахъ *bonae fidei* лечь въ основу иска лица, которое, въ случаѣ иска со стороны противника, было бы уполномочено воспользоваться имъ, какъ экцепціей¹¹.

Ясно изъ сказаннаго, что *bonae fidei judicia*, по существу, не противорѣчатъ данному выше опредѣленію экцепцій: и здѣсь факты, дѣйствующіе *ore exceptionis*, оставляютъ въ силѣ *intentio* иска, но исключаютъ *condemnatio*; разница состоитъ лишь въ томъ, что здѣсь эти факты могутъ быть приняты во вниманіе судьей и помимо особаго предписанія претора, ибо при такихъ искахъ соответствующее предписаніе по обычаю подразумѣвается.

Такимъ образомъ, рѣшеніе вопроса о томъ, долженъ ли дѣйствовать на данный искъ извѣстный фактъ *ipso jure* или *ore exceptionis*, зависитъ отъ того, относили ли его юристы къ числу фактовъ, разрушающихъ *intentio* иска, или нѣтъ¹². Юристы могли не относить къ послѣднимъ фактовъ, дѣлающихъ *condemnatio* несправедливой, по разнымъ причинамъ: или потому, что этому мѣшала самая текстъ нормы, признавшей юридическое значеніе за даннымъ фактомъ (*Setum Velleianum*, *Macedonianum*, текстъ *edictum perpetuum*, содержавшаго формулу экцепціи), или же потому, что значеніе этого факта еще не вполне проникло въ правосознаніе общества; въ послѣднемъ случаѣ экцепція, не попавшая въ *edictum perpetuum* и не закрѣпленная текстомъ закона, могла обратиться съ теченіемъ времени въ возраженіе, дѣйствующее *ipso jure*.

IV. Это приводитъ насъ къ послѣднему вопросу: *каково материально-правовое различіе между дѣйствіемъ ipso jure и дѣйствіемъ ore exceptionis?*

Различіе сводится, главнымъ образомъ¹³, къ слѣдующему. Возраженія, дѣйствующія *ipso jure*, по общему правилу¹⁴, принимаются во вниманіе судьей и помимо просьбы объ этомъ сторонъ *in jure*; если даже стороны *in jure* не сослались на него, но судья въ порядкѣ состязательнаго процесса обнаружить обстоятельство, уничтожающее *intentio* иска, то онъ долженъ

¹¹ См. L. 5 § 1 D. 19, 1 (здѣсь *exceptio* противъ а. *bonae fidei*, вѣроятно, интерполирована или же прибавлена толкователями—см. *Gradewitz*, *Interpolationen*, стр. 32. *Lenel*, *Paling*. 1636, — но *condictio incerti ut liberetur* вѣроятно подлинна за исключеніемъ термина „*incerti*“). L. 11 § 5 D. 19, 1. L. 15 § 9. L. 16 D. 19, 2. L. 9 § 6 L. 10 D. 19, 2. L. 84 § 5 D. 30. *Birkmeyer*, *op. cit.* стр. 205 слл. *Lenel*, l. c. стр. 65, стр. 112 сл.

¹² Это, въ сущности воззрѣніе на экцепцію, защищаемое *Беккеромъ* въ его *Actiopen*, т. II, стр. 275 сл. Ближе стоитъ *Koschembahr-Lyskowski* въ цитированномъ сочиненіи; онъ самъ на стр. 52 сл. и 114 указываетъ на свою близость къ *Беккеру*. Ср. еще *Buceriis*, *op. cit.*—Нельзя сводить экцепціи къ борьбѣ преторскаго права съ цивильнымъ, какъ это дѣлаютъ *Fiscle* и *Lenel* въ указанныхъ сочиненіяхъ; съ этой точки зрѣнія трудно конструировать упомянутыя выше цивильныя экцепціи и объяснить появленіе экцепцій при *actiones in factum*, т.-е. при преторскихъ искахъ. См. *К. Lyskowski*, l. c. стр. 113.

¹³ Мы не касаемся спорнаго вопроса о т. наз. *возстановляемости* правъ, обезсиленныхъ экцепціей, т. к. онъ имѣетъ сравнительно мало практическаго значенія. См. объ этомъ *Lenel*, l. c. стр. 119 сл. *К. Lyskowski*, l. c. стр. 99 сл. — *Obligatio naturalis* не имѣетъ ничего общаго съ различіемъ между дѣйствіемъ *ipso jure* или *ore exceptionis*. См. мою книгу о нат. обяз. стр. 235 пр. 231.

¹⁴ Хотя и не всегда. См. *Bekker*, *Actionen*, т. II, стр. 298.

освободить отвѣтчика. Напротивъ, эксцепціи, какъ процессуальное средство защиты ¹⁵, включаются въ формулу только *по просьбѣ отвѣтчика*, и отъ нихъ можно заранѣе *отказаться*, не требуя ихъ включенія въ формулу и не пользуясь *restitutio in integrum* противъ этого упущенія до постановленія судебного рѣшенія ¹⁶. Основываясь на этихъ свойствахъ эксцепціи, можно сказать, что *съ точки зрѣнія матеріальнаго права при помощи эксцепціи осуществляется субъективное право отвѣтчика, которое предполагаетъ дѣйствительность права истца, и сводится лишь къ правомочію отказать въ удовлетвореніи притязанія истца (Leistungsverweigerungsrecht)*. Отъ этого права отвѣтчика возможенъ съ его стороны самостоятельный отказъ: напр., отвѣтчикъ можетъ отказаться отъ права изъ *actum de non petendo intra tempus* (отсрочки); тогда право истца изъ основного обязательства (положимъ, займа) будетъ дѣйствовать въ полномъ объемѣ и съ момента наступленія срока ¹⁷.

Въ основѣ нѣкоторыхъ эксцепцій лежитъ обыкновенное гражданское право отвѣтчика, т. е. вещное, обязательственное и т. п.

Сюда относятся, напр., *exceptio compensationis*, т. е. возраженіе о зачетѣ, гдѣ отвѣтчикъ обязательственному праву истца противопоставляетъ свое собственное обязательственное требованіе къ истцу, требуя взаимнаго зачета этихъ двухъ обязательствъ; такой же характеръ имѣетъ *exceptio rei sibi pignori datae*, которую держатель вещи можетъ выставить противъ *rei vindicatio*.

Въ основѣ другихъ эксцепцій лежитъ право отвѣтчика иного характера. Если съ ихъ помощью отвѣтчикъ и осуществляетъ какое-либо субъективное гражданское право, то это право можетъ быть охарактеризовано только какъ *отрицательное*: оно только препятствуетъ дѣйствию другого права, т. е. вполне уничтожаетъ или стѣсняетъ его. На такія отрицательныя права ссылается отвѣтчикъ, напр., при *exceptio doli* или *metus* (когда утверждаетъ, что право истца возникло, но должно быть обезсилено, такъ какъ истецъ, приобретая это право, прибѣгъ къ обману или угрозѣ), *exceptio Scti Velleiani* (*Sctum* дозволяетъ женщинѣ уничтожить принятую ею на себя отвѣтственность за чужой долгъ), *exceptio Scti Macedoniani* (этотъ сенатусконсультъ даетъ право подвластному сыну и его домовладыкѣ лишить силы заемъ денегъ, заключенный подвластнымъ). Понятіе отрицательнаго права, какъ мы его только что описали, впервые конструировано *Беккеромъ* (*System* т. 1 § 28). Въ отличіе отъ этихъ отрицательныхъ правъ, всѣ остальные гражданскія права — вещныя, обязательственныя, семейныя — будутъ *положительными*.

Эти свойства эксцепцій и побуждали иногда римскихъ юристовъ сохра-

¹⁵ На это обращаетъ вниманіе *К. Lyskowski*, 1. с. стр. 110 сл.

¹⁶ *К. Lyskowski*, 1. с. стр. 112 сл., стр. 109 сл. Этотъ авторъ доказываетъ только, что не ко всѣмъ эксцепціямъ примѣнялись эти правила: были эксцепціи, отъ которыхъ нельзя было отказываться и которыя включались въ формулу помимо желанія отвѣтчика; такой характеръ имѣла, по его мнѣнію, *exceptio Scti Velleiani*. Это мнѣніе раздѣляется многими романистами. См. *Lenel*, 1. с., стр. 133 *Thon*, *Rechtsnorm*, стр. 276 пр. 118 и ссылки у *Regelsberger*, *Pand.* § 174, пр. 20; также § 196, пр. 14. Но есть голоса и противъ этого мнѣнія; см. напр. *Dernburg* *Pand.* т. I, § 120 пр. 11; § 137 пр. 11. Во всякомъ случаѣ общимъ правиломъ остается сказанное въ текстѣ, противное же можетъ быть только рѣдкимъ исключеніемъ.

¹⁷ Ср. *Thon*, *Rechtsnorm*, стр. 275 сл.

нять за известными фактами значение обстоятельств, действующих *ore exceptionis*: представлялось справедливым заставить ответчика своевременно просить о включении в формулу известных фактов; в противном же случае считалось, что он отказался воспользоваться ими.

V. *Exceptio doli generalis* или *praesentis*¹⁸. В отличие от *exceptio doli praeteriti* или *specialis* (§ 40 ниже), эта *exceptio* не содержит в себе ссылки на *dolus* (обман), который имел место при возникновении сделки, на которой истец основывает свое притязание. Здесь указывается только, что истец *теперь, вчиняя свой иск, действует вопреки нормам aequi juris или вопреки bona fides*. Если эта экцепция была включена в формулу, судья мог принять во внимание при разборке дела все специальные экцепции, которые были выставлены в эдикте и соответствовали *aequitas* и *bona fides*. Мало того: судья на основании *exceptio doli generalis* мог принять во внимание даже такие обстоятельства, для которых еще в эдикте не было указано особых экцепций, если только *aequitas* и *bona fides* требовали, чтобы они были приняты во внимание. Так как *judiciis bonae fidei exceptio doli inest*, то при этих исках ответчику, желавшему добиться решения, соответствующего *aequitas* и *bona fides*, нечего было заботиться при производстве дела *in jure* о включении в формулу иска экцепции, которая соответствует справедливости, („*ab naturali aequitate non abhorret*“ L. 66 D. 50, 17).

Эти положения о значении *exceptio doli generalis* мы находим у Ульпиана в L. 2 § 5 D. 44, 4: „*Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat*“, т. е. „Вообще нужно заметить, что на основании всех *exceptiones in factum* (т. е. экцепций специального содержания) возникает *exceptio doli*, ибо каждый поступает со злым умыслом, если он предъявляет такой иск, которому может быть противопоставлена какая-либо экцепция; если даже с начала он не совершил ничего по злomu умыслу, то теперь он поступает злоумышленно, предъявляя свой иск; разве только его невежество так велико, что его нельзя упрекнуть в злом умысле“.

Последнее ограничение (относительно *ignorantia*) имеет в виду лишь *мотивы*; оно указывает, что не всегда название *exceptio doli*, строго говоря, приложимо к этой широкой *exceptio*. Но эта ограничительная оговорка не имеет того значения, что *exceptio doli generalis* со всеми ее последствиями не может быть включена в формулу, если нет на лицо субъективной виновности, злого умысла истца.

Значение экцепции *doli generalis* выясняется также из следующего замечания Папиниана (L. 12 D. eod. Papinianus): „*Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*“, т. е. „Кто может защититься, обезсиливая иск на основании *aequitas*, тот получает в свою защиту *exceptio doli*“. Следовательно, *exceptio doli* дается во всех тех случаях, когда *aequitas* требует, чтобы иск был лишен силы.

VI. Отличие римской экцепции от того, что теперь называется *возражением* против иска в широком смысле термина—очень велико. В со-

¹⁸ См. Wendt. Die *exceptio doli generalis* (Arch. f. c. Praxis. т. 100).

временномъ процессѣ истецъ не индивидуализируетъ иска, т. е. не ссылается на опредѣленное право, точно формулируя его, какъ этого требовалъ римскій процессъ. Теперь истецъ субстанціируетъ свой искъ, т. е. излагаетъ *тѣ факты*, на которыхъ онъ основываетъ свое притязаніе. Защита отвѣтчика поэтому сводится теперь: 1) къ отрицанію фактовъ, на которые ссылается истецъ, т. е. къ отрицанію ихъ наличности, или способности ихъ произвести юридическія послѣдствія, о которыхъ говоритъ истецъ; 2) къ противопоставленію этимъ фактамъ другихъ фактовъ, изъ которыхъ слѣдуетъ: что право истца не могло возникнуть, несмотря на наличность фактовъ, на которые ссылается истецъ; или, что это право, возникнувъ, затѣмъ прекратилось; или, что право истца, существуя въ моментъ иска, должно быть теперь же уничтожено въ силу спеціальнаго права отвѣтчика требовать такого уничтоженія; или, наконецъ, что право истца, продолжая существовать, не можетъ быть осуществлено противъ отвѣтчика, такъ какъ у послѣдняго есть другое, болѣе сильное право. Послѣдняго рода защита именуется *возраженіемъ* въ тѣсномъ смыслѣ термина — (*Einrede im materiellen Sinne*). Сюда относятся отчасти такіе факты, которые въ Римѣ давали поводъ къ *exceptio*, но отчасти и такіе факты, которые равнялись *negatio* иска ¹⁹.

VII. *Виды римскихъ эксцепцій.*

1) *Exceptiones dilatoriae* (temporales) и *peremptoriae* (perpetuae) ²⁰. Первые могли быть противопоставлены иску лишь въ теченіе извѣстнаго времени; если истецъ вчинилъ искъ, переждавъ это время, то она уже не могла быть противопоставлена ему. Такой характеръ носить, напр., эксцепція изъ договора (*factum*), по которому истецъ обязался не взыскивать съ отвѣтчика въ теченіе извѣстнаго срока; на основаніи этого договора иску можетъ быть противопоставлена эксцепція въ теченіе этого срока. Въ классическомъ процессѣ, влѣдствіе консумирующей силы *litis contestatio* (см. о *litis contestatio* ниже § 57), истецъ окончательно утрачивалъ свое право на искъ, даже если ему было отказано влѣдствіе противопоставленія ему *exceptio dilatoria* (напр., по преждевременности иска). Впослѣдствіи стало допускаться новое предъявленіе иска по отпаденіи такой *exceptio dilatoria*. (*Exceptio dilatoria* стала вести къ отказу въ искѣ лишь *angebrachtermassen*).

2) *Exceptiones rei или personae cohaerentes*. Первые (такихъ большинство) эксцепціи могли быть заявлены *всякимъ, противъ* кого вчинался искъ изъ извѣстнаго юридическаго отношенія, напр. поручителемъ, владѣльцемъ залога, а вторыя—лишь опредѣленнымъ участникомъ въ этомъ правоотношеніи, напр. *exc. „quod facere potest“*—лицомъ, пользующимся *beneficium competentiae*.

3) *Exceptiones in rem и in personam*. Первые (большинство) противопоставляются *всякому истцу изъ даннаго правоотношенія*, а вторыя—лишь опредѣленнымъ лицамъ.

Реплики и дублики суть эксцепціи противъ эксцепцій.

VIII. При помощи эксцепцій, между прочимъ, въ Римѣ осуществлялось также *jus retentionis*. Подъ этимъ именемъ извѣстно *правомочіе одного лица не совершать предоставленія, къ которому оно обязано передъ другимъ, до тѣхъ поръ, пока это послѣднее лицо не исполнитъ обязанности, ле-*

¹⁹ Ср. *Regelsberger*, стр. 682 сл. *Dernburg*, I § 137, 2.

²⁰ *Gai* IV, 120—125. § 8—11, I. 4, 13.

жащей на немъ самомъ по отношенію къ первому. Наиболѣе важнымъ примѣромъ *jus retentionis* является право отвѣтчика по *rei vindicatio* удерживать вещь пока ему не будутъ возмѣщены *impensae*. Это право на *impensae* вообще можетъ быть осуществлено только путемъ *retentio*, но не путемъ иска. (См. Вещное право § 13, п. 3).

§ 17. Осуществленіе права. Коллизія правъ. Конкуренція исковъ.

I. Субъективныя права предоставляются частнымъ лицамъ для того, чтобы съ ихъ помощью удовлетворяютъ практическіе интересы. Каждое право даетъ его субъекту возможность безпрепятственно совершать извѣстныя дѣйствія, которыя должны удовлетворить его интересъ. *Осуществленіе права* и состоитъ въ совершеніи этихъ дѣйствій (*uti, frui, imperare, vetare*), а также въ совершеніи дѣйствій, которыя препятствуютъ вторженію третьихъ лицъ въ сферу, обезпеченную правомъ его субъекту.

Нѣкоторыя права допускаютъ *длительное* осуществленіе (собственность), другія уничтожаются послѣ *однократнаго* осуществленія (большая часть обязательствъ). Только по отношенію къ первымъ возможно владѣніе.

По общему правилу каждый воленъ пользоваться или не пользоваться своимъ гражданскимъ правами по произволу. Если долговременное непользованіе правомъ иногда влечетъ за собою его утрату, то, во всякомъ случаѣ, не въ видѣ наказанія за непользованіе правомъ и только въ связи съ другими обстоятельствами. Если третьи лица терпятъ ущербъ оттого, что субъектъ не пользуется своимъ правомъ, то это не уполномочиваетъ ихъ требовать отъ субъекта, чтобы онъ воспользовался своимъ правомъ. (Напр. легатаріи терпятъ оттого, что наслѣдникъ отказывается отъ вступленія въ наслѣдство и тѣмъ уничтожаетъ завѣщаніе). Только въ исключительныхъ случаяхъ римское право даетъ третьимъ лицамъ право требовать отъ другого лица, чтобы оно воспользовалось своимъ субъективнымъ правомъ. Напримѣръ, *Senatusconsultum Pergasianum* даетъ право принудить наслѣдника къ принятію наслѣдства, если наслѣдникъ въ силу универсальнаго фиденкоммисса обязанъ выдать наслѣдство другому лицу.

Съ другой стороны, субъектъ права можетъ пользоваться своимъ правомъ и совершать въ его предѣлахъ всякія дѣйствія, хотя бы они *вредили интересамъ другихъ лицъ*. Необходимо лишь, чтобы эти дѣйствія не выходили за предѣлы субъективныхъ правъ дѣйствующаго лица и не нарушали правъ другихъ лицъ. Таковъ смыслъ правила: *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur*. (L. 55. 151. 155 § 1 D. 50, 17). Если кто роетъ на своей землѣ колодець и тѣмъ уменьшаетъ количество воды въ колодцѣ сосѣда, то онъ не совершаетъ недозволеннаго дѣйствія. Если кто-либо задерживаетъ на своемъ участкѣ дождевую или ключевую воду, такъ что она перестаетъ стекать къ сосѣду, и тотъ не можетъ ею пользоваться, то сосѣдъ не можетъ воспретить этого. (L. 1 § 11. 21 L. 21 D. 39, 3). Однако, это правило допускаетъ исключенія: 1) Нельзя пользоваться своимъ правомъ *исключительно* во вредъ интересамъ другихъ лицъ. (L. 38 D. 6, 1: не допускается осуществленіе *jus tollendi* владѣльцемъ, сдѣлавшимъ затраты на чужую вещь, безъ всякаго интереса лично для себя, напр., когда онъ сбиваетъ со стѣны

дома фрески; ср. L. 2 § 9 D. 39, 3) ¹. Это правило предполагает, однако, не только наличность желанія повредить чужимъ интересамъ: нужно, чтобы дѣйствіе, кромѣ того, вообще не служило интересамъ дѣйствующаго лица, признаваемымъ правомъ. Доказать это, обыкновенно, трудно. 2) Нѣкоторыя права, по предписанію закона, должны осуществляться „civiliter“ т.-е. съ осмотрительностью, съ тѣмъ чтобы ихъ осуществленіе по возможности не вредило осуществленію опредѣленныхъ правъ, принадлежащимъ другимъ лицамъ. (Напр. предѣльнымъ сервитутомъ слѣдуетъ пользоваться осторожно, по возможности не вредя собственнику служащаго участка: L. 9 D. 8, 1).

II. Нѣкоторыя права могутъ быть осуществляемы не иначе, какъ препятствуя осуществленію, вполнѣ или отчасти, другихъ правъ. Такіе случаи называются случаями *коллизіи субъективныхъ правъ*. При этомъ возможны слѣдующія отношенія между сталкивающимися правами:

1. Одно право болѣе сильно, чѣмъ другое, такъ что послѣднее уступаетъ первому и осуществляется лишь настолько, насколько осуществленіе его возможно по осуществленію перваго. Таково отношеніе нѣсколькихъ залоговыхъ правъ на одну вещь, между которыми законъ устанавливаетъ извѣстную послѣдовательность и опредѣленный порядокъ осуществленія. Вещь продается старшимъ залоговымъ кредиторомъ и изъ вырученной суммы удовлетворяется сперва этотъ старшій залоговой кредиторъ; остальные кредиторы получаютъ затѣмъ остатки вырученной суммы для покрытія своихъ претензій и удовлетворяются по старшинству.

2. Одно право сильнѣе другого и не допускаетъ полного осуществленія другого, поскольку это послѣднее препятствовало-бы осуществленію перваго. Таково отношеніе между собственностью и *jura in re* на ту же вещь. Если на какой-либо вещи лежитъ, напр., сервитутное право, то собственность уступаетъ сервитуту, и собственникъ не можетъ совершать такихъ дѣйствій, которыя мѣшали бы осуществленію сервитутнаго права.

3. Всѣ права осуществляются одновременно, но осуществленіе каждаго изъ нихъ пропорціонально ограничиваетъ другія. Нѣсколько обязательственныхъ требованій, принадлежащихъ къ одной категоріи, удовлетворяются въ порядкѣ конкурса лишь въ извѣстной долѣ, если выручка отъ продажи имущества должника недостаточна на покрытіе всѣхъ требованій сполна.

4. Права равно сильны, но они другъ друга взаимно не ограничиваютъ. Въ этихъ случаяхъ рѣшаетъ, обыкновенно, *praeventio*; кто первый осуществитъ свое право, тотъ пользуется преимуществомъ. Примѣромъ можетъ служить случай, когда одинъ изъ нѣсколькихъ кредиторовъ несостоятельнаго должника до открытія конкурса взыщетъ съ должника свой долгъ и тѣмъ лишитъ его средствъ уплатить другимъ кредиторамъ. (L. 6 § 7 D. 42, 8; L. 9 § 4 D. 6, 2: *melior causa est possidentis, quam petentis*). Иногда въ подобныхъ случаяхъ коллизія рѣшается жребіемъ (роль отвѣтчика при *a. divisoriae*, см. выше § 14 въ концѣ).

III. Отъ коллизіи правъ слѣдуетъ отличать *конкуренцію исковъ или притязаній*. Если одному или нѣсколькимъ лицамъ принадлежитъ нѣсколько притязаній противъ одного или нѣсколькихъ лицъ, и всѣ эти притязанія вполнѣ или отчасти преслѣдуютъ защиту одного и того же интереса, то

¹ См. *Dernburg*, I § 41. *Regelsberger*, § 54, III, 2. Ср., однако, *Bekker*, § 22, *Beil. I. Ferrini*, *Man. di Pand.* § 351—352.

удовлетвореніе одного изъ этихъ притязаній уничтожаетъ остальные притязанія, поскольку они даютъ защиту тому же интересу и въ той же мѣрѣ. Притязанія продолжаютъ существовать лишь, поскольку они даютъ защиту сверхъ того еще другому интересу или тому же интересу, но въ большей степени (*in amplius, actio uberior*). Но при конкуренціи нѣсколькихъ исковъ, остальные иски погашаются не въ силу предъявленія одного изъ нихъ и не въ силу постановленія рѣшенія по предъявленному иску (какъ то имѣетъ мѣсто при *консумпціи* иска), а только вслѣдствіе полученія *удовлетворенія* по одному изъ нихъ. При этомъ возможно нѣсколько различныхъ комбинацій между отдѣльными исками:

1) Конкуренція притязаній *одного и того же лица противъ одного и того же отвѣтчика*. L. 43 D. 17, 2. Ulp. I. 28 ad edictum. Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio (т.-е. она не consumpta est per litis contestationem), quoniam pro socio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit, т.-е. это — alia actio); sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quantum ex prima actione consecutus est. Нѣсколько лицъ заключили между собою договоръ товарищества и по поводу этого договора приобрѣли сообща право собственности на какую-либо вещь: возникла сособственность, *condominium*. Если по поводу этой вещи между товарищами возникнутъ какія-либо притязанія другъ къ другу (напр., одинъ изъ товарищей сдѣлалъ затраты на ремонтъ общей вещи и требуетъ возмѣщенія соотвѣтственной части этихъ издержекъ отъ другихъ товарищей), то эти притязанія могутъ быть осуществлены двумя исками: посредствомъ иска изъ договора товарищества—*actio pro socio*, и посредствомъ иска о раздѣлѣ сособственности—*a. communi dividundo*. Юристъ указываетъ, что *litis contestatio* по одному иску *не консумируется*² другого, ибо это—разные иски, и правило: „*bis de eadem re ne sit actio*“ не можетъ быть примѣнено. Но оба иска служатъ защитѣ одного и того же интереса и потому *конкурируютъ*: если по *a. comm. div.* сдѣлана уплата, то по *a. pro socio* можно взыскать только излишекъ, т.-е. тѣ издержки, которыя нельзя было взыскать посредствомъ *a. comm. dividundo*³.

2) Конкуренція притязаній *разныхъ лицъ противъ одного и того же отвѣтчика*. L. 18. D. 13, 1. Scaevola I. 4 quaestionum. Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat? et Pomponius epistolarum libro 7 ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condicione altera tollitur. Если что-либо дано для погашенія долга, а затѣмъ долгъ окажется несуществующимъ, то должникъ имѣетъ *condictio indebiti* о возвратѣ суммы, данной въ уплату. Если же мнимый кредиторъ принялъ уплату, *зная*, что долга не существуетъ, то онъ совершилъ *furtum*, и противъ него лицо, изъ средствъ котораго сдѣлана уплата, имѣетъ еще *condictio furtiva* о возвратѣ уплаченной суммы. Въ нашемъ примѣрѣ представитель мнимаго должника сдѣлалъ изъ своихъ средствъ уплату несуществующаго долга за своего принципала, мнимый кредиторъ принялъ уплату, *зная*, что долгъ не существуетъ, а мнимый должникъ, по заблужденію, утвердилъ уплату, сдѣланную его представителемъ. Уплаченное

2. О значеніи и условіяхъ *консумпціи* иска см. ниже, § 57.

3. См. также L. 33 пр. § 1. 2 D. 41, 7.

можетъ быть потребовано обратно двумя исками: представитель имѣетъ *cond. furtiva* противъ мнимаго кредитора, а его принципаль имѣетъ *cond. indebiti* противъ того же лица о возвратѣ той же суммы. Но если по одному иску уже взыскано, то по другому ничего взыскать нельзя: иски конкурируютъ.

3) Конкуренція притязаній *одного и того же лица* противъ *разныхъ* отвѣтчиковъ. L. 17 D. 4, 3. Ulp. l. 11 ad edictum. Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari. Нѣсколько лицъ сообща совершили *dolus* и нанесли кому-либо убытки. Потерпѣвшій для взысканія убытковъ получаетъ *actio doli* противъ каждаго изъ виновныхъ во всемъ объемѣ убытковъ (*in solidum*). Но, если кто-либо изъ виновныхъ возмѣститъ сполна убытки, то съ другихъ виновныхъ посредствомъ *actio doli* ничего взыскать нельзя: иски о *dolus*, возникшіе противъ отдѣльныхъ виновныхъ, преслѣдуютъ удовлетвореніе одного и того же интереса (возмѣщеніе убытковъ отъ *dolus*), и если этотъ интересъ сполна удовлетворенъ однимъ искомъ, то другіе теряютъ силу, такъ какъ они конкурируютъ съ первымъ.

ОТДѢЛЪ II.

Субъектъ права.

I глава. Общее понятіе и виды субъектовъ. Правоспособность и дѣеспособность.

§ 18 Persona. Правоспособность. Физическое и юридическое лицо.

I. Какъ субъективное право, такъ и субъективная обязанность при нормальныхъ условіяхъ ¹ предполагаютъ извѣстнаго носителя; этотъ носитель есть *субъектъ права*. Таковымъ является *человѣкъ, способный имѣть интересы* и проявлять *волю, дѣйствовать*. Другія существа не признаются субъектами правъ; это было бы несогласно съ понятіемъ субъективнаго права, какъ мы его выше опредѣлили (въ § 11, II),—какъ сферу *власти*, признанную объективнымъ правомъ за субъектомъ для удовлетворенія какого-либо *человѣческаго интереса*. Однако, ошибочно думать, что субъектомъ права въ означенномъ смыслѣ можетъ быть лишь отдѣльный человѣкъ. Мы увидимъ ниже, что подъ понятіе субъекта права, согласно правильной теоріи, подходят, кромѣ отдѣльныхъ людей, еще тѣ *соціальные организмы*, которые также преслѣдуютъ *человѣческіе интересы* и имѣютъ особую организацію, позволяющую имъ вырабатывать самостоятельную *волю*, отличную отъ воли отдѣльныхъ сочленовъ, входящихъ въ составъ этихъ соціальныхъ организмовъ, и стоящую надъ волею этихъ послѣднихъ. Эти коллективные субъекты правъ въ современной теоріи носятъ названіе *юридическихъ лицъ*; имъ противопоставляются *физическія лица*, отдѣльные люди какъ субъекты правъ.

Названіемъ для всякаго субъекта правъ служить, по *современному* словоупотребленію, терминъ *persona* (лицо). У *римлянъ* „*persona*“ означала отдѣльнаго человѣка, независимо отъ его способности быть субъектомъ правъ; поэтому, Римляне съ одной стороны говорятъ о „*persona*“ *servi* ², а съ другой они не называютъ юридическое лицо *persona*, а говорятъ о немъ: „*personae vice fungitur*“ ³.

¹. О безсубъектныхъ правахъ см. выше § 11, III.

². L. 86 § 2 D. de L. 215 D. 50, 16. Ср. впрочемъ Theod. II Nov. 17, 1 § 2 *servos quasi nes personam habentes*. Theoph. ad. pr. J. 3, 17.

³. L. 22 D. 46, 1.

II. Человѣкъ становится субъектомъ правъ въ томъ случаѣ, если объективное право признаетъ за нимъ *способность имѣть права и нести юридическія обязанности*. Эта способность называется *правоспособностью*. Не имѣя ея, невозможно быть субъектомъ правъ и нести юридическія обязанности.

Правоспособность субъекта правъ можетъ быть различнаго объема. Можно быть неспособнымъ имѣть извѣстныя права и нести извѣстныя обязанности. Но по *современному* правосознанію *каждый* человѣкъ, уже потому что онъ человѣкъ, долженъ обладать правоспособностью. Не составляютъ исключенія даже малолѣтнія дѣти и умалишенные лица; хотя эти лица *de facto* лишены возможности проявлять юридически признаваемую волю (см. объ этомъ § 19), тѣмъ не менѣе они считаются способными обладать юридически обезпеченной сферою власти. Право признаетъ за ними способность вырабатывать волю; оно считаетъ ихъ только *временно* лишенными этой способности, предполагая, что даже неизлѣчимо больные могутъ выздоровѣть. Пока эти лица не имѣютъ разумной воли, право восполняетъ этотъ недостатокъ при помощи института *законныхъ представителей*.

Въ отличіе отъ современнаго права, римское право древности не считало возможнымъ признавать правоспособными *всѣхъ людей*. Оно отличало способность имѣть права и способность быть носителемъ юридическихъ обязанностей, и считало *рабовъ* способными нести обязанности, но неспособными имѣть права. Это ясно выражено въ L. 14 D. 44, 7. Ulpianus: *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* Слѣдовательно, *servus* способенъ обязываться, но субъектомъ полнаго обязательственнаго права быть не можетъ; онъ можетъ быть субъектомъ права только изъ *obligatio naturalis*, т.-е. изъ такого обязательства, которое искомъ не защищается ⁴.

Кромѣ того, въ Римѣ различалась правоспособность по *jus civile* и по *jus gentium*. Первой пользовались одни Римскіе граждане; впрочемъ она могла быть пожалована и не гражданамъ, причемъ различалось *jus connubii* и *commercii*. Второй пользовались всѣ свободныя лица на Римской территоріи.

Отказъ отъ правоспособности, какъ актъ частной воли, лишенъ всякой силы. L. 37 D. 40, 12. Callistr. *Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest.*

§ 19. Дѣеспособность. Отношеніе ея къ правоспособности.

I. Юридическія отношенія возникаютъ главнымъ образомъ путемъ *дѣйствій* лицъ, участвующихъ въ гражданскомъ оборотѣ. Дѣйствіе въ *юридическомъ* смыслѣ есть *внѣшнее проявленіе акта воли* (см. § 37, I). Но съ юридической точки зрѣнія *дѣйствовать можетъ* лишь тотъ, *кто можетъ принимать рѣшенія, взвѣсивъ мотивы и принимая во вниманіе внѣшнія послѣдствія дѣйствій*. Поэтому дѣти и душевно-больныя лица не могутъ дѣйствовать въ юридическомъ смыслѣ слова. — За лицами, которыя

⁴. См. къ этому Хвостовъ, *Натуральныя обязательства*, стр. 68 сл. 169.

могут дѣйствовать, право признаетъ способность *вызывать путемъ своихъ дѣйствій извѣстныя юридическія послѣдствія*. Эта способность называется *дѣеспособностью* (Handlungsfähigkeit). Въ ней слѣдуетъ различать способность къ совершенію *деликтовъ* (вмѣняемость) и способность къ совершенію *юридическихъ сдѣлокъ* (Deliktsfähigkeit и Geschäftsfähigkeit).

У Римлянъ не было особыхъ терминовъ для этихъ понятій. Они передаютъ ихъ описаніями: consilii capax ¹, qui iudicium habet ², qui intellectum habet ³. Выраженія эти потому не совсѣмъ точны, что право можетъ не признавать дѣеспособности и за такими лицами, которыя по естественнымъ своимъ свойствамъ способны дѣйствовать, т.-е. являются consilii capaces (напр., оно устанавливало это относительно подвластныхъ).

II. Дѣеспособность не всегда совпадаетъ съ *правоспособностью*. Есть правоспособныя лица, которыя признаются недѣеспособными; въ такомъ положеніи находятся дѣти, умалишенные, по теоріи римскихъ юристовъ также юридическія лица (см. ниже § 27). Наоборотъ, есть неправоспособныя лица, которыя обладаютъ дѣеспособностью: рабъ не только можетъ совершать деликты, но онъ считается также способнымъ къ заключенію юридическихъ сдѣлокъ; права изъ этихъ сдѣлокъ приобрѣтаются господину, но вопросъ о дѣеспособности обсуждается по личности раба.

II глава. Физическое лицо.

§ 20. Начало существованія физическаго лица.

I. Физическимъ лицомъ называется *отдѣльный человекъ, способный быть субъектомъ правъ*. По римскому праву, какъ классическому, такъ и Юстиніанову, не всѣ люди признавались субъектами правъ. Люди дѣлились на *liberi* и *servi*. Servus, по общему правилу, неправоспособенъ. Но уже въ классическомъ правѣ за ними признается: 1) способность быть субъектомъ юридическихъ обязанностей (oblig. civilis ex delicto, oblig. naturalis ex contractu); 2) способность быть кредиторомъ по obligatio naturalis изъ контрактовъ, т.-е. по обязательству лишенному иска (см. выше § 18 въ концѣ); 3) дѣеспособность. Но всѣ *права*, которыя возникаютъ изъ сдѣлокъ, заключенныхъ рабомъ (кромѣ правъ изъ obligationes naturales), приобрѣтаются его господиномъ; поэтому вопросъ о дѣеспособности при обсужденіи этихъ сдѣлокъ рѣшается въ зависимости отъ личныхъ свойствъ раба, который ихъ заключилъ, а вопросъ о правоспособности по личности господина ¹. Согласно съ этимъ servus sine domino (временно безхозяйный рабъ) не можетъ совершать сдѣлокъ. Далѣе, императорскія конституціи защищали во многихъ случаяхъ рабовъ отъ злоупотребленія властью со стороны господъ и при извѣстныхъ условіяхъ давали рабамъ даже *право* требовать отъ господина отпущенія на волю ².

¹ L. 8 § 1 D. 29, 2. Paul. 4, 12, 7.

² L. 12 § 2 D. 5, 1. Ulp. 20, 12. § 1 J. 2, 12.

³ L. 93 § 1 D. 29, 2. Gai III, 109. § 8 J. 3, 19.

¹ См. Хвостовъ, *op. cit.*, 73 сл.

² Хвостовъ, *op. cit.*, стр. 84—85.

Но это были только робкіе шаги къ признанію раба лицомъ въ юридическомъ смыслѣ слова; формально рабъ продолжалъ считаться *объектомъ права*, приравнивался къ *вещамъ*, а не къ лицамъ: если даже рабу давалась возможность добиваться отъ господина черезъ посредство магистрата отпущенія на волю, онъ все-же не получалъ *actio*, т.-е. права быть истцомъ въ гражданскомъ процесѣ; за нимъ признавалась только возможность *жаловаться* магистрату въ административномъ порядкѣ на господина (*queri*).

II. Въ виду этой особенности римскаго права, условія возникновенія физическаго лица въ немъ болѣе *сложны*, чѣмъ въ современномъ, которое знаетъ только одинъ способъ возникновенія физическаго лица—рожденіе. Но въ римскомъ правѣ времени Юстиніана слѣдуетъ различать *естественные и искусственные способы* возникновенія физическаго лица.

A. *Естественнымъ путемъ* въ Юстиніановомъ правѣ физическое лицо возникаетъ *рожденіемъ отъ свободной женщины*.

До момента рожденія физическое лицо не существуетъ. *Зародышъ*, находящійся въ утробѣ матери (*nasciturus*), не можетъ пріобрѣтать субъективныхъ правъ и не считается еще физическимъ лицомъ³. Но все же право заботится объ обезпеченіи интересовъ *nasciturus*. За вытравленіе плода устанавливается уголовное наказаніе⁴. *Гражданское* право стремится обезпечить за нимъ тѣ права, которыя ему предстояло бы пріобрѣсти, если бы онъ уже родился. Напр., если открывается наслѣдство въ такой моментъ, когда ближайшій возможный наслѣдникъ уже зачатъ, но еще не родился, то рѣшеніе вопроса о судьбѣ наслѣдства откладывается до разрѣшенія беременности. Если родится правоспособное лицо, то оно получаетъ наслѣдство, какъ если бы оно родилось уже въ моментъ его открытія. Если же ребенокъ родится мертвымъ, то наслѣдство передается слѣдующему за нимъ родственнику⁵. Но это не значитъ, что зародышъ сталъ уже субъектомъ правъ. Напр., получилъ наслѣдство; онъ пріобрѣтаетъ субъективныя права лишь при рожденіи. Если ребенокъ родится мертвымъ, то это не значитъ, что онъ потерялъ права, которыя пріобрѣлъ, будучи въ утробѣ матери: въ этомъ случаѣ пріобрѣтеніе правъ для ожидавшагося лица считается вообще не наступившимъ. Заботясь о защитѣ интересовъ ожидаемаго субъекта правъ, право не создаетъ и не фингируетъ никакого новаго субъекта правъ.

Рожденіе въ юридическомъ смыслѣ предполагаетъ по римскимъ воззрѣніямъ *слѣдующія условія*:

1) *Выхожденіе* ребенка изъ утробы матери, естественнымъ или искус-

³ L. 9 § 1 D. 35, 2 Papin. 19 quaest... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. L. 1 § 1 D. 25, 4 Ulp. 24 ed... partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum.

⁴ О вытравленіи плода, какъ уголовномъ преступленіи см. L. 38 § 5 D. 48, 19 *Mommsen*. Röm. Strafrecht, стр. 636 сл. L. 26 D. 1, 5. Jul. 69 dig. Qui in utero sunt, in toto saene jure civili intelleguntur in rerum natura esse, nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem peperit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo jure sit, quo sunt qui patronos habent.

⁵ Это правило основывается въ источникахъ еще на законахъ XII таблицъ L. 3 § 9. L. 6, 7 D. 38, 16. L. 3. D. 5, 4—Ср. L. 3 D. 37, 11.—L. 231 D. 50, 16.

ственнымъ путемъ (кесарское сѣченіе) ⁶; полного *отдѣленія* не требуется: рожденіе наступаетъ до обрѣзанія пуповины ⁷.

2) Рожденіе ребенка *живымъ* ⁸; въ чемъ онъ проявитъ жизнь—безразлично; продолжительность жизни послѣ рожденія также безразлична.

3) Ребенокъ не долженъ быть *abortus* (выкидышь), т. е. не долженъ быть *неспособнымъ къ жизни отъ недоношенности*. Точнаго опредѣленія, когда родившееся существо—*abortus*, въ источникахъ нѣтъ ⁹.

Онъ не долженъ быть *чудовищемъ*, *monstrum*, *prodigium*, *contra formam humani generis* ¹⁰. Это требованіе возникло на почвѣ суевѣрныхъ представлений, по которымъ отъ человѣка можетъ родиться нечеловѣкъ. Оно противорѣчитъ даннымъ науки. Тѣмъ не менѣе, оно перешло и въ нѣкоторыя новѣйшія законодательства (Preuss. Ldr. I, 1 § 17. Sächs. G. V. § 33).

4) Ребенокъ долженъ родиться отъ *свободной женщины*. Впрочемъ, въ Юстиніановомъ правѣ, въ результатѣ долгаго развитія, этому условію приданъ возможно широкій смыслъ. Достаточно, чтобы мать была свободна или въ моментъ *зачатія*, или въ моментъ *рожденія*, или въ какой-либо *промежуточный моментъ* между зачатіемъ и рожденіемъ (Inst. 1, 4 princ.).

В. *Искусственно* физическое лицо возникаетъ на слѣдующихъ основаніяхъ:

а) Вслѣдствіе *отпущенія на волю* (*manumissio*) *изъ рабства*.

Манумиссія есть частный актъ, имѣющій огромное юридическое значеніе. Частная воля создаетъ новаго субъекта правъ не только съ точки зрѣнія гражданскаго, но и съ точки зрѣнія публичнаго права. Вслѣдствіе многочисленныхъ манумиссій число гражданъ можетъ пополниться лицами, недостаточно надежными въ моральномъ отношеніи. Поэтому *классическое* право требовало соблюденія особой *формы* при манумиссії и наличности особыхъ условій въ лицѣ *господина*, а иногда и въ лицѣ *раба*, отпускаемаго на волю. Затѣмъ оно ограничивало *число* рабовъ, которые могутъ быть отпущены на волю по завѣщанію (*lex Fufia Caninia*).

Въ *Юстиніановомъ* правѣ число *формъ* манумиссії увеличено, а количество *ограничительныхъ условій* для дѣйствительности манумиссій напротивъ уменьшено, *lex Fufia Caninia* совсѣмъ отмѣнена.

Въ *классическомъ* правѣ *эффектъ* манумиссії былъ различенъ въ зависимости отъ условій, при которыхъ она совершена: рабъ, отпущенный на волю *квиритскимъ* собственникомъ, становился *civis Romanus*, а тотъ, кто отпущенъ *бонитарнымъ* собственникомъ, становился *Latinus Junianus*; рабъ, отпущенный на волю *censu, vindicta, testamento* становился римскимъ гражд-

⁶ L. 12 pr. D. 28, 2. L. 141 D. 50, 16. См. также выше прим. 3.

⁷ *Regelsberger*, стр. 242.

⁸ L. 3 § 1 C. 6, 29... si vivus perfecte natus est.

⁹ L. 2 C. 6, 29. Uxorіs abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum juris evidentissimi est. § 1 J. 2, 13. L. 30 § 4 D. 29, 2. По ученію римскихъ юристовъ ребенка можно считать доношеннымъ съ 7 мѣс. беременности. L. 12 D. 1, 5 Paul 19 resp. Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. — Отрицать необходимость этого условія *Savigny*, System II, стр. 385; см. объ этомъ *Dernburg*, I § 50 пр. 4. Ср. *Regelsberger*, стр. 243 сл. *Hölder*, стр. 98 сл.

¹⁰ L. 14 D. 1, 5 Paul. 4 sent. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosam enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.

даниномъ—*civis Romanus*, а отпущенный на волю неторжественнымъ способомъ становился *Latinus Junianus*.

Въ Юстиніановомъ правѣ дѣйствительная манумиссія, совершенная римскимъ гражданиномъ, *сеида* даетъ рабу права *civis Romanus*, а манумиссія, при которой не соблюдено какое-либо условіе, требуемое правомъ, ничтожна ¹¹.

Manumissus занимаетъ положеніе, нѣсколько отличное отъ положенія остальныхъ *cives*, уже родившихся свободными: онъ—*libertinus*, а лица, родившіяся свободными (слѣдовательно и дѣти вольноотпущенника) — *ingenui*. Разница въ правахъ *libertini* и *ingenui* была довольно значительна во время республики и въ первое время имперіи; но съ уничтоженіемъ политическихъ правъ гражданъ и по мѣрѣ того, какъ императоры стали все чаще замѣщать важныя должности на императорской службѣ либертинами, разница эта сглаживалась. Въ Юстиніановомъ правѣ она проявляется, главнымъ образомъ, въ томъ, что *libertini* стоятъ подъ *патронатомъ* лица, отпустившаго ихъ на волю.

Форма, съ соблюденіемъ которой должна была совершаться манумиссія, и условія ея дѣйствительности, излагаются въ Исторіи римскаго права ¹².

б) Есть нѣсколько случаевъ, въ которыхъ рабъ становится свободнымъ помимо манумиссії.

Согласно *edictum divi Claudii* т. е. императора Клавдія, видоизмѣненному Юстиніаномъ, получаетъ свободу рабъ, оставленный своимъ господиномъ во время тяжелой болѣзни ¹⁴.

Рабъ получаетъ свободу безъ манумиссіи въ случаѣ такъ называемой *redemptio suis sumis*. Рабъ можетъ поручить другому лицу, купить его у господина за счетъ самого раба и затѣмъ отпустить его на волю. Если рабъ возмѣститъ покупателю затрату на выкупъ, а покупатель тѣмъ не менѣе не отпуститъ его на волю вопреки данному слову, то рабъ можетъ жаловаться магистрату (*queri*), и послѣдній объявляетъ раба свободнымъ ¹³.

III. Возстановленіе временно утраченной правоспособности имѣетъ мѣсто при такъ называемомъ *postliminium*.

1) Римскій гражданинъ въ силу вещей считался попавшимъ въ рабство, если онъ а) *въ мирное время (in pace)* захваченъ народомъ, не состоящимъ съ Римомъ въ *foedus, hospitium* или *amicitia*, притомъ захваченъ на территоріи этого народа, б) или же *во время войны* взятъ въ плѣнъ врагами, хотя бы на римской территоріи, и затѣмъ уведенъ въ предѣлы непріятельской территоріи. Но если плѣнный римлянинъ вновь возвращался на римскую территорію, то онъ *jure postliminii* возстановлялся *въ своихъ прежнихъ* правахъ, какъ если бы онъ никогда не былъ рабомъ. Онъ возвращался въ свое прежнее юридическое состояніе, т. е. возстановлялся въ тѣхъ правахъ и обязанностяхъ, субъектами которыхъ онъ былъ бы, если бы не попалъ во власть враговъ.

2) Въ связи съ теоріей о *postliminium* стоитъ слѣдующее положеніе римскаго права. Римлянинъ, умершій въ плѣну, въ силу *fictio legis Cornel-*

¹¹ L. 1 C. 7, 5. L. 1. C. 7, 6. *Accarias*, I, § 66 сл.

¹² См. подробности у *Accarias*, I § 66.

¹³ *Хвостовъ* Исторія римскаго права, 4 изд., § 61 и 95.

¹⁴ L. 1 § 3 C. 7, 6.

¹⁵ L. 4. 5 D. 40, 1.

liae предполагался умершимъ въ моментъ взятія въ плѣнъ (ex eo tempore, quo captus est), т. е. еще въ состояніи свободы. (L. 18 D. 49, 15. L. 1 pr. D. 38, 16). Причина, вслѣдствіе которой создана была эта фикція, понятна. Если бы право не прибѣгло къ этой фикціи и смотрѣло на такого Римлянина, какъ на лицо, умершее въ плѣну, то послѣ смерти такого плѣнника, т. е. раба, не могло бы открыться наследованіе: будучи рабомъ, онъ не могъ имѣть ни агнатовъ, ни когнатовъ, ни оставить послѣ себя дѣйствительнаго завѣщанія ¹⁶.

§ 21. Конецъ существованія физическаго лица.

Существованіе правоспособнаго человѣка прекращается также естественнымъ или искусственнымъ путемъ.

I. *Естественнымъ* путемъ физическое лицо прекращается *смертью*.

Иногда бываетъ важно рѣшить, *кто изъ двухъ лицъ*, погибшихъ приблизительно одновременно, *пережилъ другого*, т. е. умеръ позже. Часто отъ этого зависитъ пріобрѣтеніе какихъ-либо правъ третьими лицами (напр., наследственныхъ). Римское право выработало слѣдующія нормы: лицо, которое пріобрѣтаетъ какое-либо право при условіи, что В пережилъ А, должно доказать это обстоятельство; если это невозможно доказать, то признается, что А и В умерли одновременно ¹. Только въ одномъ случаѣ допускается *презумція*, измѣняющая *onus probandi* (т. н. ученіе о *commorientes*). Именно, если *родители и дѣти* погибли отъ *общей опасности*, то, пока противное не будетъ доказано, предполагается, что дѣти, достигшія *pubertas*, какъ физически болѣе сильныя, дольше боролись съ опасностью и погибли послѣ родителей, а дѣти, еще не достигшія *pubertas*, погибли раньше родителей ².

Иногда является совершенно неизвѣстнымъ, *умерло ли данное лицо или оно еще живо*. Это обстоятельство часто необходимо установить для опредѣленія судьбы правъ, принадлежавшихъ этому лицу, какъ имущественныхъ, такъ и неимущественныхъ. Такое состояніе неизвѣстности наступаетъ, напр., если кто-либо выбылъ изъ мѣста своего жительства или находился въ опасности для его жизни и затѣмъ исчезъ безъ вѣсти. Римляне довольствовались тѣмъ, что предоставляли суду полную свободу оцѣнки доказательствъ въ пользу того, что извѣстное лицо болѣе не находится въ живыхъ. Судъ рѣшалъ вопросъ каждый разъ по усмотрѣнію. Современное право, не зная такой свободы усмотрѣнія суда, испытываетъ потребность установить на этотъ случай болѣе опредѣленные правила, въ видѣ специальныхъ презумцій. Оно выработало особый институтъ *безвѣстнаго отсутствія* (*Verschollenheit*). При соблюденіи извѣстныхъ формальностей и по истеченіи извѣстнаго срока, лицо, безвѣстно отсутствующее, объявляется умершимъ, и его права постигаетъ та же судьба, какъ если-бы ихъ субъектъ дѣйствительно умеръ. Если затѣмъ лицо, объявленное умершимъ, окажется живымъ, то

¹⁶ См. о *jus postliminii* *Mitteis*, Röm. Privatrecht bis auf Diocl. I § 8. *Karlowa*, Röm. RG. II, стр. 114—128. *Accarias*, I § 42, 43. Понятіе *postliminium* примѣнялось въ Римѣ и къ *вещамъ*.

¹ L. 9 § 3. L. 18 D. 34. 5.

² L. 9 § 4. L. 22. 23. D. 34, 5. L. 26. pr. D. 23, 4.

эти послѣдствія отмѣняются, насколько это еще возможно и нравственно допустимо. Подробности этого института относятся къ ученію о современномъ гражданскомъ правѣ³.

II. *Искусственно* физическое лицо погибаетъ влѣдствіе *capitis deminutio maxima*. Она влечетъ за собою переходъ въ рабство и полную утрату правоспособности. Въ *Юстиніановомъ* правѣ *capitis deminutio maxima* наступаетъ въ силу: 1) захвата римскаго гражданина во власть враговъ или недружественнаго народа (см. ученіе *postliminium* и *fictio legis Corneliae*, § 20); 2) въ силу присужденія къ смертной казни или къ пожизненнымъ работамъ въ рудникахъ; 3) влѣдствіе неблагодарности вольноотпущенника къ патрону (*revocatio in servitutem propter ingratitude*); 4) влѣдствіе согласія свободнаго человѣка, имѣющаго не менѣе 20 лѣтъ отъ роду, на продажу его, какъ раба, съ цѣлью подѣлиться выручкой, а затѣмъ доказать свою свободу—*pretii participandi causa*⁴. Влѣдствіе *capitis deminutio maxima* активное имущество переходитъ къ господину раба (за исключеніемъ случая взятія въ плѣнъ), или (когда она является послѣдствіемъ уголовного наказанія) къ фиску. Нѣкоторыя права, т. наз. безусловно личные, — погибаютъ. Долги ложатся на господина лица, сдѣлавшагося рабомъ, или на фискъ. Имуществомъ лица, захваченнаго въ плѣнъ, до его возвращенія или до его смерти въ плѣну, управляетъ кураторъ.

§ 22. Виды римской правоспособности. *Capitis deminutio media* и *minima*.

I. Въ классическомъ римскомъ правѣ правоспособность свободныхъ лицъ не одинакова. Полною правоспособностью обладаетъ лишь *civis Romanus*. Эта его правоспособность составляетъ его *caput* или *status*. Она состоитъ въ томъ, что онъ 1) пользуется свободой (*libertas*); 2) что онъ принадлежитъ къ римской гражданской общинѣ и на этомъ основаніи пользуется политическими правами, а также правоспособностью по существующей только для гражданъ системѣ римскаго гражданского права — *jus civile (civitas)*; 3) что онъ принадлежитъ къ римской гражданской семьѣ (*familia*). Такимъ образомъ *caput* римскаго гражданина состоитъ изъ трехъ частей: *libertas, civitas* и *familia*.

³ Относительно срока, по истеченіи котораго заинтересованныя лица могутъ просить объ объявленіи умершимъ лица, находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи, въ Германіи существовали двѣ системы: 1) *сахсонская*, по которой такой срокъ наступалъ въ моментъ, когда отсутствующему исполнилось 70 лѣтъ отъ роду (на основаніи Псалма 90); 2) *силезская*, по которой требовалось истеченіе извѣстнаго числа лѣтъ (обыкновенно 10) со времени послѣдняго извѣстія объ отсутствующемъ. Въ *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* принята послѣдняя система: по общему правилу срокъ равняется десяти годамъ, но есть исключенія (1, 3, 5 лѣтъ),—см. ст. 14—17. Лицо, объявленное по суду умершимъ, считается погибшимъ по общему правилу въ тотъ моментъ, когда возникло право просить о такомъ объявленіи, а не въ тотъ, когда состоится рѣшеніе суда;—ст. 18. Предполагается, что до этого момента лицо прожило;—ст. 19. До изданія новаго Уложенія, вопросы рѣшенные въ ст. 18 и 19, были очень спорны въ Германіи (см. *Dernburg*, I § 51, II, 3 и I). До объявленія отсутствующаго умершимъ надъ его имуществомъ назначается попечитель: ст. 1911, 1921.

⁴ См. L. 1 D. 40, 13 L. 23 pr. D. 40, 12.

Съ точки зрѣнія принадлежности къ familia римскій гражданинъ можетъ занимать двоякое положеніе: онъ можетъ быть *главою* цивильной familiae и является тогда *homo sui juris*; или онъ можетъ быть *подвластнымъ* членомъ семьи, стоять подъ чьей-либо семейной властью,—тогда онъ *homo alieni juris*. Въ первомъ случаѣ онъ называется *paterfamilias*, *materfamilias*, а во второмъ—*filiusfamilias*, *filiafamilias*, *neposfamilias* и т. д. Въ болѣе широкомъ смыслѣ этого термина и рабы причисляются къ *homines alieni juris*. *Свободные подвластные*, сохраняя полную политическую правоспособность и способность быть субъектами юридическихъ обязанностей, по *классическому* праву въ принципѣ не могутъ приобрѣтать никакихъ *гражданскихъ правъ* для себя: они приобрѣтаютъ ихъ для домовладыки. Впрочемъ, это общее правило претерпѣло въ теченіе имперіи столько исключеній, благодаря появленію *peculium castrense*, *quasi-castrense* и иныхъ видовъ отдѣльнаго имущества подвластныхъ, что въ эпоху *Юстиніана* общимъ правиломъ можно признать уже обратное положеніе: *свободный подвластный приобрѣтаетъ для себя, за исключеніемъ того, что онъ приобрѣтаетъ на средства, полученные имъ изъ имущества отца*. На нѣкоторыя части отдѣльнаго имущества подвластныхъ отецъ получаетъ право пожизненнаго пользованія (узуфрукта и управленія) ¹.

II. Всякое *искусственное умаленіе* или *измѣненіе* *caput* римскаго гражданина называется *capitis deminutio*; это названіе примѣняется даже тогда, когда въ результатѣ происшедшаго измѣненія правоспособность лица увеличивается. Это объясняется, вѣроятно, тѣмъ, что слово „*deminutio*“ значить здѣсь не умаленіе, а уничтоженіе. Римляне представляли себѣ этотъ процессъ такъ, что бывшее *caput* при всякомъ измѣненіи правоспособности, даже при перемѣнѣ *status familiae*, уничтожается или окончательно, или же съ тѣмъ, чтобы на его мѣсто возникло новое *caput*, иная личность.

Виды *capitis deminutio* различаются, смотря по тому, какой изъ составныхъ частей *caput* она касается.

1) *Capitis deminutio maxima* состоитъ въ томъ, что утрачивается *libertas*, а вмѣстѣ съ нею вся правоспособность (объ этомъ см. выше § 21, II).

2) *Capitis deminutio media* состоитъ въ томъ, что, продолжая оставаться свободнымъ, лицо теряетъ принадлежность къ *civitas Romana*, т.-е. политическія права и правоспособность по *jus civile*, а вмѣстѣ съ тѣмъ и способность быть членомъ цивильной familia. При этомъ оно или дѣлается членомъ другой *civitas*, или превращается въ *peregrinus sine certa civitate*. *Capitis deminutio media* наступаетъ по Юстиніанову праву какъ послѣдствіе присужденія къ нѣкоторымъ уголовнымъ карамъ, а также при *добровольномъ выселеніи* съ перемѣною принадлежности къ *civitas* ². Въ первомъ случаѣ все активное имущество (за исключеніемъ чисто личныхъ правъ, которыя погибаютъ) переходитъ по конфискаціи къ государству; долги ложатся также на государство, которое отвѣчаетъ по нимъ въ предѣлахъ активнаго имущества. Во второмъ случаѣ, равно и въ первомъ, если не наступаетъ кон-

¹ Тѣмъ не менѣе, и въ Юстиніановомъ правѣ состояніе лица подъ отеческой властью вліяетъ на его правоспособность; такъ, денежный заемъ, совершенный подвластнымъ, можетъ быть обезсилень на основаніи *Setum Macedonianum*; подвластный не можетъ оставить завѣщанія о своемъ имуществѣ, за исключеніемъ *peculium castrense* и *quasi-castrense*; онъ не можетъ вступить въ бракъ безъ согласія домовладыки. Подробности обо всемъ этомъ относятся къ семейному и обязательственному праву.

² См. *Хвостовъ*, *op. cit.* стр. 418.

фискація, права *capite minutus* сохраняются, но измѣняютъ свой характеръ: изъ цивильныхъ они превращаются въ права по *jus gentium*, ибо перегринъ обладаетъ правоспособностью лишь по этой системѣ римскаго права.

3) *Capitis deminutio minima* есть измѣненіе въ принадлежности лица къ цивильной familia. По Юстиніанову праву эта *capitis deminutio* наступаетъ въ силу различныхъ событій: а) *Homo sui juris* можетъ стать *homo alieni juris* (аррогація, легитимація); б) *homo alieni juris* путемъ юридическаго акта можетъ получить другого домовладыку (это происходитъ съ дѣтми аррогированнаго лица; тоже самое имѣетъ мѣсто при *adoptio plena*); в) *homo alieni juris* путемъ юридической сдѣлки можетъ стать *homo sui juris* (эманципація) ³.

Лицо, претерпѣвшее *capitis deminutio minima*, мѣняетъ одну цивильную familia на другую; поэтому по Юстиніанову праву тотъ, кто принадлежалъ къ старой familia только какъ агнатъ (въ силу усыновленія), а затѣмъ эманципируется или отдается въ усыновленіе, теряетъ влѣдствіе *capitis deminutio minima* наслѣдственныхъ права въ старой familia. Когда *homo sui juris* становится *homo alieni juris*, то по Юстиніанову праву его домовладыка получаетъ узурфруктъ на его имущество; по классическому праву домовладыка дѣлался полнымъ хозяиномъ его активнаго имущества. Долги *homo sui juris*, претерпѣвшаго *capitis dem. minima*, (за исключеніемъ долговъ изъ деликтовъ) по цивильному праву погасались; но они сохраняли силу какъ *obligationes naturales*. По преторскому праву иски по поводу долговъ, которые лежали на должникѣ до *capitis deminutio*, реституируются въ пользу его кредиторовъ, и на домовладыку должника возлагается отвѣтственность за долги лица, постушившаго подъ его власть, въ размѣрѣ полученнаго домовладыкою при этомъ активнаго имущества (см. ниже § 60, II, 6).

III. Въ началѣ классической эпохи не все подданные Римской имперіи были *cives Romani*.

Кромѣ нихъ существовало нѣсколько категорій свободныхъ лицъ, обладавшихъ умаленной, по сравненію съ *cives Romani*, правоспособностью. Главныя—это *Latini* и *peregrini*. Первые обладали отдѣльными частями римской цивильной правоспособности, вторые были правоспособны только по *jus gentium* (Подробности въ исторіи римскаго права).

При Каракаллѣ, почти все подданные римскаго государства получили *civitas Romana* (212 г.). Послѣ этого: 1) для вольноотпущенниковъ были сохранены категоріи *latini Juniani* и *dediticii ex lege Aelia Sentia* и 2) продолжали признаваться за *peregrini* иностранцы—неподданные Римскаго народа—и лица, претерпѣвшія *capitis deminutio media*.

При Юстиніанѣ особые виды правоспособности пещезли и свободныя лица различались съ этихъ поръ лишь какъ *cives Romani* и *peregrini*. Но съ другой стороны въ позднѣйшей имперіи появился новый классъ лицъ съ особой правоспособностью—такъ называемые *coloni*, крѣпостные. Эти лица были прикрѣплены къ землѣ и стояли въ извѣстной личной зависимости отъ владѣльца земли. Правоспособность ихъ была поэтому значительно ограничена. Подробности не представляютъ интереса для системы римскаго права. Ихъ можно найти въ курсахъ исторіи римскаго права ⁴).

³ Хвостовъ, *op. cit.* стр. 413.

⁴ См. Хвостовъ. Исторія римскаго права 4 изд., § 61 и § 95. Шумль. Учебникъ исторіи римскаго права, § 66. Karlowa, R. R. G. 1 § 108. Girard, стр. 130 сл. Pauly-Wissowa Real-Enc. т. IV, 1, стр. 483—510 (ст. Seeck'a).

§ 23. Свойства и отношенія физическихъ лицъ, имѣющія юридическое значеніе.

I. *Полъ*. Римское право признаетъ лишь два пола: мужской и женскій; существа, полъ которыхъ по внѣшнимъ признакамъ возбуждаетъ сомнѣніе (*hermaphroditi*), причисляются къ тому полу, признаки котораго у нихъ преобладаютъ ¹.

Въ *публичномъ* правѣ различіе половъ имѣло большое значеніе: женщины не признавались въ Римѣ субъектами публичныхъ правъ и не могли занимать публичныхъ должностей. На этомъ основаніи женщины не призывались къ веденію опеки (за исключеніемъ матери и бабки малолѣтняго, по позднѣйшему праву) ².

Въ *гражданскомъ* правѣ положеніе женщины сперва также значительно отличалось отъ положенія мужчинъ. Женщины до половины имперіи стояли подъ пожизненной опекой (*t. mulierum*). Но въ эпоху Юстиніана и даже при позднѣйшихъ классикахъ различія между мужчинами и женщинами въ частномъ правѣ становятся незначительными. Опека агнатовъ отмѣняется и въ силѣ остается очень немного нормъ, которыя обособляютъ положеніе женщины въ гражданскомъ оборотѣ: 1) *Pubertas* для женщины наступаетъ раньше, чѣмъ для мужчины; женщинамъ извиняется незнаніе права (*error juris*; см. ниже § 38, IV, 4); 2) онѣ могутъ обезсиловать сдѣлки, по которымъ онѣ взяли на себя отвѣтственность за чужіе долги—*intercessiones* (постановленіе это содержалось въ такъ называемомъ *Senatusconsultum Velleianum*).

Въ виду уравниванія гражданского положенія половъ уже позднѣйшіе классики могли учить, что тамъ, гдѣ законъ говоритъ о мужскомъ полѣ, почти всегда можно подразумѣвать и женскій. *L. 1 D. 50, 16 Ulp. Verbum hoc: „si quis“ tam masculos quam feminas complectitur.*

II. *Возрастъ*. Возрастъ имѣетъ большое значеніе для дѣеспособности. Римское право различаетъ 4 ступени возраста:

1) *Infantia*: такъ называется возрастъ до 7 лѣтъ отъ роду ³; лица этого возраста неспособны къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ и имъ не вмѣняются деликты ⁴.

2) *Impuberes infantia maiores*. Это лица старше 7 лѣтъ, но не достигшія *pubertas*: они могутъ *meliores suam condicionem facere non deteriores* ⁵. Это значитъ, что сдѣлки, которыя не во всякомъ случаѣ ведутъ къ одному только приобрѣтенію, но могутъ привести къ потерѣ права или къ установленію обязанности, для такого несовершеннолѣтняго дѣйствительны лишь при наличности *auctoritas tutoris*. При отсутствіи *auctoritas tutoris* эти сдѣлки обязываютъ заключившее ихъ несовершеннолѣтнее лицо только въ размѣрѣ обогащенія изъ нихъ ⁶; сверхъ обогащенія онѣ обязываютъ пу-

¹ *L. 10 D. 1, 5.*

² *L. 2 D. 50, 17. Ulp. 1 Sab. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.*

³ *L. 1 § 2 D. 26, 7.* Къ этому ср. *Givard*, стр. 199 пр. 1.

⁴ § 10 J. 3, 19. *L. 5 § 2 D. 9, 2. L. 12 D. 48, 8.*

⁵ пр. J. 1, 21. *L. 28 пр. D. 2, 14.*

⁶ *L. 3 пр. D. 13, 6. L. 3 § 4 D. 3, 5. L. 16 пр. D. 4, 4. - L. 47 пр. § 1 D. 46, 3. Cf. L. 46 D. 44, 7.*

пилла только *naturaliter*, т.-е. такъ, что иска къ нему изъ этихъ сдѣлокъ нельзя предъявить ⁷. Безъ ограниченія *impubes* обязывается изъ деликтовъ и *quasi ex delictis*, если онъ вмѣняемъ ⁸. Совершить завѣщаніе *impubes* не можетъ даже при наличности *auctoritas tutoris* ⁹.

3) *Puberes minores*. Pubertas по Юстиніанову праву наступаетъ для мальчиковъ въ 14 лѣтъ, для дѣвочекъ въ 12 лѣтъ (р. J. 1, 22). Съ достиженіемъ *pubertas* по древнему праву лицо дѣлалось вполне дѣеспособнымъ.

Однако, *lex Plaetoria* (6-й вѣкъ отъ основанія Рима) ввела для этихъ лицъ, пока они не достигли 25 лѣтъ, т.-е. пока они были *puberes minores XXV annis*, защиту противъ обмановъ (*circumscriptiones*). Эта защита по *lex Plaetoria* состояла въ предоставленіи *minores* слѣдующихъ средствъ для защиты противъ обмановъ: 1) *accusatio publica* противъ лица, совершившаго обманъ; эта *accusatio* вела къ безчестию виновнаго, къ *infamia*; 2) права испрашивать для себя въ отдѣльныхъ случаяхъ (*redditis causis*) особаго куратора для того, чтобы этотъ кураторъ провѣрилъ выгодность той сдѣлки, которую *minor* хотѣлъ заключить ¹⁰.

Преторъ ввелъ для этихъ *minores restitutio in integrum* по поводу убытковъ, понесенныхъ ими отъ заключенныхъ сдѣлокъ. Эта *restitutio* была распространена и на *impuberes* и давала защиту даже отъ злоупотребленій со стороны самихъ тугоровъ и кураторовъ, которые были назначены для заботы объ интересахъ *impuberes* и *minores* ¹¹.

При *Маркѣ Авреліи* этимъ *minores* было дозволено, не приводя спеціальнаго основанія для своей просьбы, испрашивать себѣ куратора на *все время до достиженія 25 лѣтняго* возраста, а не только для провѣрки какой-либо опредѣленной сдѣлки ¹².

Во времени *Діоклеціана* установилось положеніе, что тѣ *puberes minores*, которые воспользовались этимъ правомъ и не просили себѣ постоянную *cura*, претерпѣваютъ *ограниченіе дѣеспособности*: теперь, повидимому, всѣ сдѣлки этихъ лицъ, способныя привести къ умаленію ихъ имущества, признавались дѣйствительными лишь при наличности *consensus curatoris* ¹³. Постепенно установленіе попечительства—*cura*—надъ лицами, не достигшими 25 лѣтъ и не стоявшими подъ отеческой властью, стало явленіемъ обычнымъ; вмѣстѣ съ тѣмъ вошло въ обычай указанное ограниченіе дѣеспособности *minores*.

Передъ *impuberes infantia maiores* такіе *puberes minores*, стоящіе подъ *cura*, имѣютъ то преимущество, что они могутъ заключить бракъ безъ *consensus curatoris* ¹⁴ и совершить завѣщаніе безъ *consensus curatoris* ¹⁵. *Minor XXV annis* могъ быть совершенно уравниенъ съ *major XXV annis* путемъ дарованія ему императоромъ *venia aetatis*; *venia aetatis* могла быть дана женщинамъ съ 18 лѣтъ, мужчинамъ съ 20 лѣтъ; но съ полученіемъ ея *mi-*

⁷ См. *Хвостовъ*. Нат. обоз. стр. 274—305.

⁸ L. 7 C. 9. 47. L. 4. § 26 D. 44, 4.

⁹ L. 5 D. 28, 1.

¹⁰ См. о *lex Plaetoria* *Хвостовъ*, *op. cit.* стр. 316 сл.

¹¹ L. 1 рг. L. 11 § 4, 5. D. 4, 4. L. 2, 3 C. 2, 24 (25).

¹² *Capitolinus vita Marci* 10.

¹³ L. 3 C. 2, 21 (22). L. 2 C. 3, 6. Классич. право: L. 101 D. 45, 1. L. 43 D. 44,

¹⁴ *Хвостовъ*, *op. cit.* стр. 318 сл.

¹⁵ рг. J. 1, 10.

¹⁶ L. 5 D. 28, 1.

por терялъ право прибѣгать къ *in integrum restitutio propter minorem aetatem*; *sua* надъ нимъ, а равно вызванныя ею ограниченія дѣеспособности, теряли силу; только для отчужденія и залога недвижимости такой *minor* нуждался въ одобреніи со стороны суда ¹⁶.

4) *Puberes majores*, лица свыше 25 лѣтъ; эти лица вполне дѣеспособны, если они физически и душевно здоровы.

Кромѣ этихъ четырехъ ступеней возраста, иногда получаютъ значеніе еще слѣдующія различія въ возрастѣ:

а) *Impuberes infantiae proximi* и *impuberes pubertati proximi*, т. е. несовершеннолѣтнія лица, которыя, смотря по возрасту, могутъ быть признаны способными или неспособными къ вмѣненію имъ въ вину неправомѣрныхъ дѣйствій; опредѣленной границы между этими ступенями возраста нѣтъ: все зависитъ отъ индивидуальныхъ свойствъ даннаго лица и отъ рода совершеннаго имъ правонарушенія ¹⁷.

б) *Senectus*: 60 лѣтъ даютъ право совершать *arrogatio* ¹⁸; 70 лѣтъ управомочиваютъ отказываться отъ опеки ¹⁹.

III. *Здоровье*. Оно также имѣетъ значеніе для опредѣленія дѣеспособности физическаго лица. Слѣдуетъ различать:

1) *Тѣлесные* недостатки. Они состоятъ или въ *отсутствіи* какого-либо органа или внѣшняго чувства (*vitium*; сюда относятся кастраты, глухіе, нѣмые, слѣпые), или въ *неправильномъ функционированіи* какого-либо органа (*morbus*; сюда относятся напр., *spadones*, т. е. лица, неспособныя къ зачатію). Вліяніе тѣлесныхъ недостатковъ на дѣеспособность различно, смотря по свойству недостатка; такъ глухіе и нѣмые не могутъ совершать сдѣлокъ, при заключеніи которыхъ необходимы слухъ и рѣчь, напр. *stipulatio* (L. 1 pr. D. 45, 1); кастраты не могутъ вступать въ бракъ и совершать *adoptio* (L. 39 § 1 D. 23, 3). Болѣзнь можетъ служить основаніемъ для оправданія упущенія, для освобожденія отъ нѣкоторыхъ обязанностей, для назначенія особой *sua* и т. д. (L. 10 D. 26, 8. § 7 J. 1, 25. L. 5 D. 3, 1).

2) *Душевныя болѣзни* и вообще нарушеніе нормальной психической жизни.

А. Вполнѣ недѣеспособны къ совершенію деликтовъ и сдѣлокъ ²⁰, за исключеніемъ *lucida intervalla* ²¹, *сумасшедшіе* (притомъ какъ вполнѣ лишеныя разсудка—*furiosi*, такъ и мономаны—*amentes, dementes*) ²²; это относится и къ *слабоумнымъ* (*mente capti, fatui*) ²³. *Глупость* не имѣетъ юридическаго значенія и не извиняетъ заблужденій или упущеній: *stultis non succurritur* ²⁴; такое значеніе можетъ имѣть, однако, недостаточное образованіе—*rusticitas* ²⁵.

В. вполнѣ недѣеспособны къ совершенію сдѣлокъ и деликтовъ также

¹⁶ Tit. Cod. 2, 44 (45).

¹⁷ См. выше примѣч. 8.

¹⁸ L. 15 § 2 D. 1, 7. Сем. пр. § 16, III.

¹⁹ § 13 J. 1, 25. См. пр. § 20, II.

²⁰ L. 2 § 3 D. 29, 7. L. 124 § 1 D. 50, 17, L. 40 D. eod.

²¹ L. 20 § 4 D. 28, 1, L. 14 D. 1, 18 L. 2 C. 4, 38, § 1 J. 2, 12.

²² См. о различіи между *furiosi* и *dementes* Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain I, 9—73.

²³ § 4 J. 1, 23. L. 2 D. 3, 1. L. 21 D. 42, 5.

²⁴ L. 9 § 5 D. 22, 6.

²⁵ L. 1 § 15 D. 25, 4. L. 2 § 7 D. 49, 14.

лица, чья нормальная психическая деятельность временно нарушена, т. е. лица, дѣйствующія въ состояніи внезапнаго delirium, гнѣва, опьяненія. (Интересно съ бытовой стороны, что въ римскомъ правѣ опьяненіе, ebrietas, упоминается очень рѣдко²⁶, въ каноническомъ правѣ объ опьяненіи говорится чаще, а въ современномъ—очень часто).

IV. *Расточительность*. Расточителемъ (prodigus) въ юридическомъ смыслѣ признается такое лицо, которое по слабости характера и легкомыслию не можетъ противостоять искушеніямъ и такъ неразумно тратитъ имущество, что рискуетъ оставить себя и своихъ близкихъ безъ средствъ къ существованію. Для того, чтобы лицо было признано расточителемъ—prodigus, необходимо особое постановленіе магистрата или же объявленіе этого лица расточителемъ въ завѣщаніи его отца въ связи съ назначеніемъ ему куратора (L. 16 § 3 D. 27, 10). Разъ prodigus объявленъ таковымъ и поставленъ подъ cura, онъ теряетъ способность къ заключенію безъ consensus curatoris такихъ сдѣлокъ, которыя способны уменьшить его имущество. Но онъ можетъ заключать чисто пріобрѣтательныя сдѣлки²⁷ и сдѣлки, не оказывающія вліянія на имущество (бракъ). Ему вменяются всѣ деликты²⁸. Завѣщанія расточитель совершить не можетъ²⁹. Снятіе опеки и возстановленіе дѣеспособности наступаютъ съ прекращеніемъ расточительности по особому распоряженію магистрата³⁰.

§ 24. Продолженіе.

V. *Вѣроисповѣданіе*. Въ языческомъ Римѣ каждый римскій гражданинъ долженъ былъ исповѣдывать римскую государственную религію; прочіе подданные римскаго народа свободны были держаться своей религіи, разъ она не являлась опасной для государства; христіанская вѣра преслѣдовалась, какъ опасная для государства. При христіанскихъ императорахъ христіанство сдѣлалось государственной религіей; тѣмъ не менѣе, граждане, не принадлежащіе къ ней, принципиально не терпѣли умаленія въ правоспособности. Однако, съ теченіемъ времени были установлены нѣкоторыя ограниченія правоспособности по религіознымъ основаніямъ. Въ Юстиніановомъ правѣ такія ограниченія существуютъ: 1) для *евреевъ* (judaei) и *язычниковъ* (pagani); 2) для *апостатовъ*, т. е. для лицъ, отпавшихъ отъ христіанства и совратившихся въ язычество или іудейство; 3) для *еретиковъ*¹.

VI. *Гражданская честь*. Честью называется *уваженіе, которымъ пользуется человекъ у своихъ согражданъ въ силу принадлежащей ему правоспособности и нравственной безупречности*². Только правоспособный человекъ можетъ имѣть честь; потому ея не имѣетъ рабъ³; притомъ, по

²⁶ L. 11 § 2 D. 48, 19. с. 1 C. Th. 3, 16

²⁷ L. 3 D. 46, 2. L. 6 D. 45, 1.

²⁸ Pernice, Labeo I. 238 пр. 19. Savigny, III, 89 пр. w

²⁹ L. 18 пр. D. 28, 1.

³⁰ L. 1 пр. D. 27, 10. Girard, Manuel, стр. 225.

¹ См. подробности у Барона, Система рим. пр., вып. § I § 28.

² Ср. опредѣленіе въ L. 5 § 1 D. 50, 13 Callistr. I de cogn. Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

³ § 3 J. 4, 4.

римскому возрѣнію, честь имѣеть лишь римскій гражданинъ, но не перегринъ ⁴, хотя послѣдній правоспособенъ по *jus gentium*: чтобы имѣть честь, нужно быть римскимъ гражданиномъ. Уваженіе къ человѣку можетъ совсѣмъ *упратиться*: *consumptio existimationis*; это бываетъ, согласно сказанному выше, при потерѣ *libertas* или *civitas*, т.-е. при с. *dem. maxima* и *media* (L. 5 § 3 D. 50, 13). Гражданская честь можетъ *уменьшиться*: *minutio existimationis*. Это уменьшеніе гражданской чести можетъ наступить по различнымъ причинамъ и имѣть различныя послѣдствія (L. 5 § 2 D. 50, 13). Въ частности слѣдуетъ замѣтить: ⁵

1) Уменьшеніе гражданской чести можетъ произойти по причинамъ, которыя *точно установлены законами или обычаемъ*, и сопровождаться *точно определенными послѣдствіями*. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

а) *Intestabiles*. Въ законѣ XII таблицъ ⁶ было постановлено, что лица, отказавшіяся свидѣтельствовать на судѣ о сдѣлкѣ, къ участію въ которой они были приглашены въ качествѣ *testes solemnes*, дѣлаются *improbi intestabilesque*, т.-е. не могутъ быть привлечены въ качествѣ *testes* къ совершенію сдѣлокъ и сами не могутъ приглашать *testes* (поэтому они не могутъ совершать такихъ сдѣлокъ, при совершеніи коихъ по закону необходимо присутствіе *testes*, напр., завѣщанія). Въ Юстиніановомъ правѣ *intestabilis* дѣлается лицо, виновное въ составленіи пасквиля (L. 21 pr. D. 22, 5. L. 5 § 9 D. 47, 10).

б) *Infames*. Различаются случаи такъ называемой (по современной терминологіи) *infamia mediata* и *infamia immediata*. Первая наступаетъ въ силу *осужденія* (въ *процессъ*) за извѣстную вину, вторая въ силу *извѣстнаго поведенія* или *занятія* лица. *Infamia mediata* наступала при осужденіи въ каждомъ *judicium publicum*, при осужденіи за нѣкоторыя *delicta privata*, при осужденіи по нѣкоторымъ искамъ изъ договоровъ (а. *fiduciae*, *pro socio*, *mandati*, *depositi*, *tutela*). *Infamia immediata* наступала при нарушеніи нѣкоторыхъ предписаній относительно брака, вслѣдствіе занятія профессіей актера, сводничества и т. п. Главныя послѣдствія, связанныя съ *infamia* специально, состоятъ въ лишеніи *infames jus honorum*, въ запрещеніи имъ выступать въ процессѣ (*postulare*) за другихъ лицъ, кромѣ близкихъ родныхъ: поэтому *infames* не могутъ быть процессуальными представителями—*cognitores* и *procuratores*; но и сами они не могутъ назначать за себя процессуальныхъ представителей. Юстиніанъ отмѣнилъ почти все спеціальныя послѣдствія *infamiae*. Значеніе сохранили лишь тѣ послѣдствія *infamiae*, которыя являются для нея общими съ *turpitude*.

2) *Turpitude*, *levis nota*, *levis notae macula* (въ противоположность къ *honestas*). Такъ называется наступающее *фактически*, въ силу измѣненія *общественнаго мнѣнія*, умаленіе чести; *turpitude* наступаетъ, слѣдовательно, по причинамъ *точно не определеннымъ*. Съ общественнымъ мнѣніемъ судья и магистратъ должны считаться, взвѣшивая значеніе свидѣтельскихъ показаній извѣстнаго лица, назначая лицо опекуномъ, рѣшая вопросъ о возможности признать за даннымъ лицомъ права на а. *famosa* (т.-е. на искъ,

⁴ L. 5 § 3 D. 50, 13. *Consumitur... cum aqua et igni interdicatur.*

⁵ См. къ послѣдующему *Kuntze*, *Cursus* §§ 404, 407; § 962. *Keller*, *Institutionen* § 15. *Baronъ*, § 27. *Dernburg* I § 58.

⁶ *Brunn*, *Fontes*, tab. VIII, 22. *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto.*

осужденіе по которому ведетъ къ infamia) противъ другого неопороченнаго лица. Главное же послѣдствіе состоитъ въ слѣдующемъ: если въ завѣщаніи назначена наслѣдникомъ persona turpis, то обойденные въ пользу нея полнородные и единокровные *братья и сестры* завѣщателя получаютъ querela inofficiosi testamenti; если же наслѣдникомъ назначено въ неофициозномъ завѣщаніи неопороченное лицо, то querela inofficiosi testamenti имѣютъ только *восходящіе и нисходящіе* родственники завѣщателя ⁷. Эти послѣдствія возникаютъ, конечно, и для infames ⁸.

VII. *Origo et domicilium* ⁹. Въ эпоху классическихъ юристовъ, какъ Италия, такъ и провинціи (по общему правилу) распадалась на рядъ отдѣльных *городскихъ общинъ*, съ которыми политически связана была окружающая ихъ мѣстность (*civitates, respublicae*). Каждый подданный Рима по общему правилу являлся членомъ какой-либо изъ этихъ civitates, безъ различія, былъ ли онъ civis Romanus или peregrinus. Такимъ образомъ civis Romanus являлся членомъ какой-либо civitas, не утрачивая своего званія civis Romanus, имѣвшаго значеніе полной римской правоспособности. Перегрины же, не имѣя правоспособности civis Romanus, были только членами какой-либо отдѣльной civitas; исключеніе составляли liberti dediticii, которые не имѣли никакой доли Римской правоспособности, и не были членами никакой civitatis (Ulp. 20, 14).

Принадлежность къ городской общинѣ (civitas) называлась *jus originis*, а лицо, принадлежащее къ городской общинѣ, — *municeps*.

Принадлежность къ общинѣ имѣла значеніе въ слѣдующихъ отношеніяхъ. 1) Для опредѣленія мѣста, гдѣ слѣдуетъ отбывать личныя повинности — *munera personalia* (въ которыхъ преобладаетъ личный трудъ) и реальныя повинности — *munera patrimonii* (среди которыхъ преобладаютъ имущественныя предоставленія). Отъ этихъ мунера лицо могло быть *освобождено* на разныхъ основаніяхъ (vacatio, excusatio, immunitas). 2) Для опредѣленія *мѣста подсудности* (forum originis) въ тѣхъ случаяхъ, когда она опредѣлялась по мѣсту приписки. 3) Для опредѣленія того, какому *jus civile* подчиняется данное лицо; каждый живетъ вообще по праву своей civitas, а въ сношеніяхъ съ лицами, принадлежавшими къ другой civitas, — по *jus gentium*. Слѣдовательно, по *jus civile Romanorum* можетъ жить лишь civis Romanus, но не перегринъ. Перегринъ живетъ по *jus civile* своей civitas и по *jus gentium*, которое создано для всѣхъ свободныхъ лицъ, пребывающихъ на Римской территоріи. Тѣ перегрины, которые не принадлежатъ ни къ какой civitas (liberti dediticii, deportati), пользуются только институтами *jus gentium*, а потому, напр., лишены способности оставлять завѣщаніе (Ulp. XX, 14).

Въ первыхъ двухъ отношеніяхъ (т.-е. для отбыванія повинностей и для подсудности) имѣло значеніе также *domicilium* лица, т.-е. мѣсто, которое служитъ центромъ его домашней и дѣловой жизни, и гдѣ это лицо обыкновенно пребываетъ; подсудность по мѣсту жительства отвѣтчика — *forum domicilii* — преобладаетъ даже передъ подсудностью по мѣсту принадлежности къ civitas — *forum originis*.

⁷ L. 27 C. 3, 28. Насл. пр. § 17, II, 1.

⁸ Институтъ ignominia (наступающая вслѣдствіе nota censoria), относится къ республиканскому времени: См. *Хвостовъ* Исторія римскаго права, 4 изд., § 8, пр. 31.

⁹ См. къ слѣдующему *Баронъ* § 24. *Accurias*, I, стр. 119 пр. 1. *Ferrini* § 69.

VIII. *Coslovie* ¹⁰. На правоспособность Римскаго гражданина во время имперіи все возрастающее вліяніе оказываютъ сословныя различія. Особенно важно въ этомъ отношеніи было выдѣленіе сословій: *senatores*, *decuriones* и *milites*. Для *milites* (въ отличіе отъ *privati*) было создано такъ много спеціальныхъ гражданско-правовыхъ нормъ, что эти нормы какъ-бы составляютъ особую систему *jus militare* (*Kuntze*, *Cursus d. Röm. Rechts*, II Theil, VI Buch. Das *Jus militare*; см. также § 330).

§ 25. Родство и свойство.

IX. *Родствомъ* называется *отношеніе между нѣсколькими лицами, основанное на принадлежности ихъ къ одному семейному союзу*. Римляне знали два вида семейнаго союза, а потому и два вида родства: *когнатское* и *агнатское*. Для позднѣйшаго Римскаго права первое получило болѣе серьезное значеніе, чѣмъ второе.

А. *Cognatio*. Этимъ именемъ называется родство, основанное на *общности крови*, на естественномъ происхожденіи однихъ лицъ отъ другихъ путемъ рожденія (*cognatio naturalis*). ¹ Родственники въ этомъ смыслѣ называются *cognati*, *necessarii*, *propinqui*. Юридическое значеніе это родство получило въ Римѣ довольно поздно, главнымъ образомъ по эдикту претора и по императорскому законодательству, особенно по новелламъ Юстиніана.

1. Когнатство *основывается* или на происхожденіи отъ законнаго брака (*matrimonium*), или же на происхожденіи отъ другой половой связи ².

а) *Matrimonium* у Римлянъ до Юстиніана дѣлится на *matrimonium justum* s. *legitimum*, *justae nuptiae*, *matrimonium juris civilis* и *matrimonium juris gentium*. Первое предполагаетъ *connubium* между обоими супругами и имѣетъ послѣдствіемъ установленіе отеческой власти надъ дѣтьми ³. Со времени Каракаллы и особенно въ Юстиніановомъ правѣ *matrimonium juris gentium* потеряло значеніе. Различіе между *matrimonium cum manu mariti* и *sine manu mariti* исчезло изъ Юстиніанова права.

б) *Concubinatus* ⁴. Такъ называется дозволенное закономъ длительное сожительство мужчины и женщины, которое отличается отъ *matrimonium* тѣмъ, что отсутствуетъ *affectio maritalis* на сторонѣ мужчины и *dignitas uxoris* на сторонѣ женщины, и тѣмъ, что оно заключается не для рожденія дѣтей (не *liberorum quaerendorum causa*). Юридическія послѣдствія конкубината незначительны: ни конкубина, ни ея дѣти не пользуются правами законной жены и законныхъ дѣтей; за дѣтьми отъ конкубины (*liberi naturales*) признаются только извѣстныя права по отношенію къ ихъ отцу (право на алименты и на извѣстную долю наслѣдства) ⁵.

¹⁰ Вообще о социальномъ строѣ временъ позднѣйшей имперіи см. *Willems*, *le droit public romain*, 6 изд. (1888 г.), стр. 613 слл. О сенаторахъ см. стр. 575 слл.; о декуріонахъ стр. 583 слл. *Seeck*, *Gesch. d. Unterg. d. ant. Welt* т. 2 (1901 г.), стр. 200—336.

¹ L. 1 § 1 D. 38, 8 Ulp. 46 ed. *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.*

² Къ послѣдующему см. *Баронъ* § 23.

³ Ulp. 5, 2—4. *Gai* I, 29, 66—78, 92. *pr. J.* 1, 9. L. 37 § 2 D. 50, 1.

⁴ *Dig.* 25, 7. *Cod.* 5, 26.

⁵ *Сем. пр.* § 13, II, 1, а; § 16, II. *Насл. пр.* § 8, II; § 14, I, 3.

с) *Contubernium*—сожительство рабовъ или свободнаго лица съ рабомъ ⁶; дѣти отъ такого сожительства стоятъ между собою и съ родителями въ *cognatio servilis*, а потому браки между ними не допускаются.

д) *Stuprum*—временное сожительство мужчины съ незамужней женщиной (*vidua*); дѣти называются *spurii (sine patre, vulgo concepti, vulgo quaesiti)* ⁷.

е) *Adulterium*—сожительство мужчины съ чужой женой; дѣти также называются *spurii*, а по современной терминологіи *adulterini*; сожительство мужа съ незамужней женщиной по римскому праву не составляетъ *adulterium* ⁸.

ф) Половая связь между *родственниками* и *свойственниками* въ прямой линіи—*incestus jure gentium*; сожитіе въ боковой линіи между лицами, состоящими въ запрещенной степени родства, есть *incestus jure civili*; дѣти называются *spurii*, а теперь *incestuosi* ⁹.

Ребенокъ *sempiternus* состоитъ въ *cognatio ex matre* и *ex patre* *родственниками*, изъ какого бы сожительства онъ ни происходилъ: *mater semper certa est* ¹⁰. Напротивъ, *родство ex patre* и его родными возникаетъ лишь въ силу *рожденія* въ *matrimonium* или въ силу *узаконенія* ребенка отъ конкубины (*legitimatio* ¹¹).

По вопросу о *доказательствахъ рожденія въ бракъ* установлены слѣдующія предположенія: если ребенокъ родился не раньше 182 дней до заключенія брака ¹², и не позже 300 дней по его расторженіи ¹³, и мужъ его матери или (по его смерти) другія заинтересованныя лица (напр., наследники) оспорятъ зачатіе ребенка отъ законнаго мужа его матери, то бремя доказыванія этого послѣдняго обстоятельства возлагается на лицъ, оспаривающихъ законность. Они должны доказать одно изъ двухъ: или, что мужъ матери въ теченіе всего этого времени отсутствовалъ, или, что онъ былъ неспособенъ къ зачатію. Ссылка на другія обстоятельства недостаточна ¹⁴.

Если-же ребенокъ родился не въ теченіе указаннаго выше предѣла времени (182 дней до брака—300 дней послѣ брака), то въ случаѣ спора о законности его рожденія тяжесть доказательства лежитъ на самомъ ребенкѣ. Таковъ смыслъ положенія: *pater est quem nuptiae demonstrant* ¹⁵.

2. *Близость когнатскаго родства* 2-хъ лицъ исчисляется по *линіямъ* и *степенямъ* ¹⁶. Различаются слѣдующія линіи:

а) *Прямая линія*—*linea recta*: она обнимаетъ лицъ, которыя происходятъ одно отъ другого; прямая линія бываетъ *восходящею* (*linea superior, l. ascendentium*), когда она идетъ отъ его къ его предкамъ, и *нисходящею* (*linea inferior, l. descendentium*), когда она идетъ отъ его къ его потомкамъ.

⁶ Paul. 2, 18, 6. § 10 J. 1, 10.

⁷ pr. J. 1, 4. § 4. § 4 J. 3, 5. Gai I, 64.

⁸ Coll. 4, 2 sqq.

⁹ § 1 J. 1, 10. Nov. 74 c. 6. Gai I, 64. Ulp. 5, 7.

¹⁰ L. 2. 8 D. 38, 8. L. 5 D. 2, 4.

¹¹ Ср. § 12 J. 1, 10. L. 23 D. 1, 5 Сем. пр. § 16. *Заурскій*, Ученіе о законно-рожденности по римскому праву. 1883 г. (Записки Харьк. унив.).

¹² L. 3 § 12 D. 38, 16. Ср. L. 12 D. 1, 5.

¹³ L. 3 § 11 D. 38, 16.

¹⁴ L. 6 D. 1, 6. Иначе *Dernburg*, III § 28 пр. 9. *Adulterium* жены еще не доказываетъ, что ребенокъ родился не отъ мужа. L. 12 § 9 D. 48, 5.

¹⁵ L. 5 D. 2, 4 Paul. 4 ed.

¹⁶ Inst. 3, 6 de gradibus cognationis.

б) *Боковая линия*—*linea transversa, obliqua, collateralis*: она обнимаетъ лицъ, происходящихъ отъ одного общаго предка. Боковыя линіи раздѣляются въ современномъ правѣ на первую, вторую и т. д., смотря по тому, отъ кого изъ восходящихъ родственныхъ даннаго лица онѣ развѣтвляются.

Въ предѣлахъ каждой линіи близость родства опредѣляется *степенью* (*gradus*). Чтобы вычислить степень родства двухъ лицъ, нужно сосчитать, сколько роженій связываетъ ихъ между собою, т.-е. для боковыхъ линій слѣдуетъ сначала подняться до общаго предка, а затѣмъ спуститься по боковой линіи, считая *общее* число роженій: *tot gradus, quot generationes*. По западному каноническому праву, въ основѣ котораго лежатъ германскія воззрѣнія, при исчисленіи родства въ боковыхъ линіяхъ сначала опредѣляется число роженій отъ его до общаго предка, затѣмъ число роженій отъ общаго предка до другого лица, о родствѣ съ которымъ идетъ рѣчь; затѣмъ степень родства опредѣляется тѣмъ изъ двухъ полученныхъ чиселъ, которое больше.

Родство считается обыкновенно до 6-ой степени включительно; дальнѣйшіе восходящіе объединяются именемъ *maiores*, а нисходящіе именуется *posteriores*; въ боковой линіи римляне прибавляютъ въ нормальныхъ таблицахъ родства еще *sobrino sobrinave natus*. (См. таблицу родства на стр. 93).

3. Среди *братьевъ и сестеръ* различаются: 1) *полнородные* братья и сестры—тѣ, которые имѣютъ общихъ отца и мать (*germani*); 2) *неполнородные* братья и сестры—тѣ, которые происходятъ или отъ одного отца, но отъ разныхъ матерей (*consanguinei*, *единокровные*), или отъ одной матери, но отъ разныхъ отцевъ (*uterini*, *единоутробные*).

4. *Cognatio* раздѣляется на *simplex*—простое родство—и *multiplex*—сложное. Последнее возникаетъ: а) если родственники вступятъ въ бракъ другъ съ другомъ и у нихъ будутъ дѣти (напр., дѣти двоюродныхъ брата и сестры); б) если женятся и будутъ имѣть дѣтей двое лицъ, которыя, не состоя между собою въ родствѣ, имѣютъ общаго родственника (вдовецъ, имѣющій ребенка отъ прежняго брака, женился на сестрѣ своей умершей жены и имѣетъ отъ нея сына). Въ наслѣдственномъ правѣ сложное родство можетъ привести къ скопленію нѣсколькихъ наслѣдственныхъ долей у одного лица.

В. *Agnatio*. Такъ называется родство, основанное не на кровномъ происхожденіи лицъ другъ отъ друга, а на нахожденіи ихъ подъ *общей отеческою властью*. Подвластные вмѣстѣ съ наличнымъ домовладыкою составляютъ *familia civilis proprio jure*; по отпаденіи домовладыки всѣ лица, которыя стояли бы подъ его властью, если бы онъ былъ живъ, составляютъ *familia communi jure* или *familia agnatorum*¹⁷. Агнатство не всегда совпадаетъ съ когнатствомъ; есть когнаты, которые не являются агнатами (напр., эманципированныя дѣти), или агнаты, которые не суть, строго говоря, когнаты (усыновленные). Однако, этимъ послѣднимъ агнатамъ были предоставлены всѣ тѣ права, которыми пользуются когнаты; въ этомъ смыслѣ говорятъ Ульшанъ: „*Cognitionem facit etiam adoptio: etenim quibus fiet agnatus hic, qui adoptatus est, isdem etiam cognatus fiet: nam ubicumque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, ut etiam adoptione cognati facti contineantur*“ (L. 1 § 4 D. 38, 8), т.-е. „Усыновленіе также устанавливаетъ

¹⁷ L. 195 § 2 D. 50, 16.

когнатскую связь: ибо усыновленный становится когнатомъ тѣхъ лицъ, для которыхъ онъ сталъ агнатомъ; дѣло въ томъ, что вездѣ, гдѣ рѣчь идетъ о когнатахъ, нужно понимать это такъ, что въ число когнатовъ включаются и тѣ, кто сталъ когнатомъ вслѣдствіе усыновленія“. Но усыновленный становится когнатомъ лишь тѣхъ лицъ въ семьѣ усыновителя, съ коими онъ стоитъ въ агнатской связи. Онъ не перестаетъ оставаться когнатомъ членомъ прежней семьи (конецъ цит. фр.; ср. L. 23 D. 1, 7; L. 10 § 4 D. 38, 10).

Изъ сказаннаго ясно, что не ко всѣмъ агнатамъ, а только къ большинству агнатовъ относится опредѣленіе: „sunt agnati, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, quasi a patre cognati“ (Gajus L. 7 D. 26, 4): „Агнаты суть лица, которыя связаны между собою когнатскимъ родствомъ черезъ лицъ мужскаго пола, какъ бы когнаты по отцу“. Это опредѣленіе не охватываетъ усыновленныхъ.

Въ древнемъ правѣ изъ всѣхъ видовъ родства только агнатство имѣло юридическое значеніе; затѣмъ все возрастающее значеніе получала когнатская семья. Въ Юстиніановомъ правѣ то и другое родство уравниены по отношенію къ наслѣдственнымъ правамъ и къ обязанности нести опеку.

X. *Affinitas*—своѣство. Такъ называется связь, существующая между каждымъ изъ супруговъ и родственниками другого супруга¹⁸. Эта связь имѣетъ своимъ предположеніемъ *justae nuptiae* и продолжается, пока продолжается бракъ¹⁹. Иногда въ источникахъ и отношенія между самими супругами и даже между помолвленными, а также между каждымъ изъ помолвленныхъ и родственниками другого, обозначаются какъ *affinitas*²⁰.

III глава. Юридическое лицо.

§ 26. Римское право. 1. Факты.

I. Субъективныя гражданскія права предназначены удовлетворять какому-либо интересамъ, потребностямъ людей. L. 2 D. de statu hom. 1, 5 Hermogenianus: *Nominum causa omne jus constitutum est.*

Интересы людей бываютъ различнаго рода. Многіе изъ нихъ являются интересами *отдѣльныхъ индивидовъ*; для ихъ удовлетворенія эти индивиды должны имѣть субъективныя права, принадлежащія имъ лично, по отношенію къ которымъ они сами являются субъектами. Другіе интересы—такого рода, что ихъ могутъ удовлетворить лишь нѣсколько отдѣльныхъ индивидовъ, дѣйствуя сообща; для удовлетворенія подобныхъ интересовъ эти индивиды составляютъ *товарищества* (*societates*) и по этому поводу нерѣдко приобрѣтаютъ субъективныя права (напримѣръ собственность) съ тѣмъ, чтобы послѣднія принадлежали этимъ индивидамъ совместно: права имѣютъ нѣсколько субъектовъ, которыми являются отдѣльныя физическія лица (сособственность); или же товарищи приобрѣтаютъ права каждый для себя, а получаемыя ими отъ обладанія этими правами выгоды они дѣлятъ съ товарищами (*a. pro socio*).

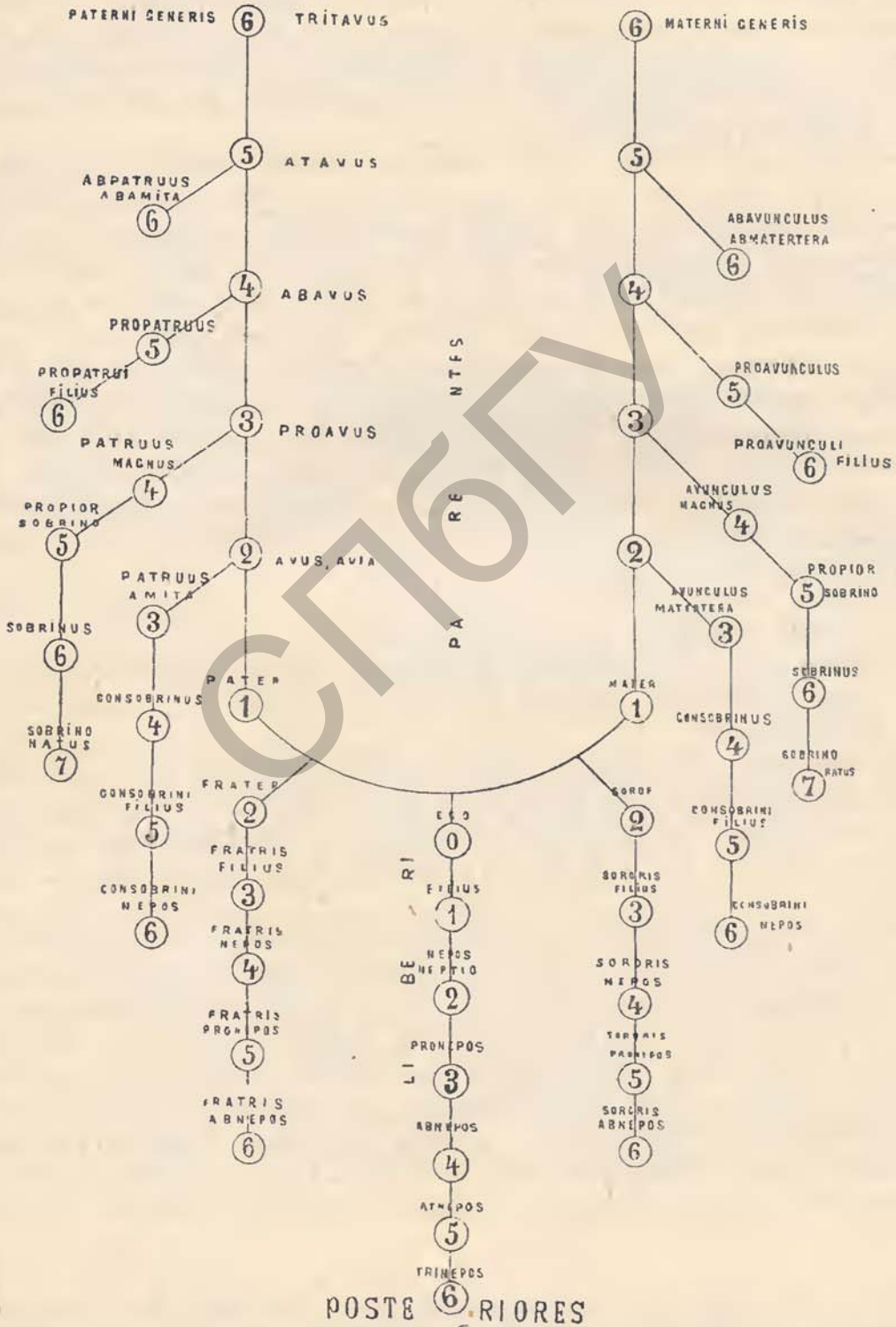
¹⁸ L. 4 § 3 D. 38, 10. *adfines sunt viri et uxoris cognati.*

¹⁹ L. 3 § 1 D. 3, 1. Препятствіемъ къ браку (сем. пр. § 3, III) свойство остается и по расторженіи брака, изъ котораго оно вытекаетъ § 6 J. 1, 19.

²⁰ Fr. Vat. 218. 262. 302. L. 8 D. 12, 4. L. 38 § 1 D. 22, 1. L. 15 C. 5, 3.

ТАБЛИЦА ЛИНИЙ И СТЕПЕНЕЙ КРОВНОГО РОДСТВА (COGNATIO).

MAIORES.



Но существуютъ еще такіе интересы, которые являются общими для *неопредѣленной массы лицъ*, притомъ для многихъ послѣдовательно смѣняющихся другъ друга *поколѣній*. Этихъ интересовъ нельзя удовлетворить ни при помощи индивидуальнаго обладанія правами, ни при помощи заключенія договора товарищества. Нужно создать такое положеніе субъективныхъ гражданскихъ правъ, при которомъ они не принадлежали-бы какимъ-либо отдѣльнымъ физическимъ лицамъ и не зависѣли-бы отъ ихъ индивидуальной судьбы, но при которомъ эти права могли-бы служить удовлетворенію интересовъ, стоящихъ надъ интересами отдѣльныхъ лицъ, и служить имъ въ теченіе времени, превышающаго время существованія отдѣльныхъ лицъ, притомъ независимо отъ смѣны поколѣній,—пока существуютъ тѣ интересы, которые эти права должны удовлетворять.

Поэтому, силою вещей, ранѣе даже появленія какой-либо научной юридической теоріи, римское право признало, что-субъективныя гражданскія права могутъ принадлежать не только физическимъ лицамъ, но что они могутъ существовать независимо отъ физическихъ лицъ, какъ имущество особыхъ субъектовъ правъ, которые не суть физическія лица и не имѣютъ видимаго, уловимаго для ви́шнихъ чувствъ существованія.

Такимъ образомъ, въ гражданскомъ оборотѣ силою вещей появились такіе *центры принадлежности* субъективныхъ гражданскихъ правъ, *которые не были физическими лицами*, отдѣльными людьми. Имѣли ли эти субъективныя права особыхъ субъектовъ, или нѣтъ,—было сперва спорно. Сначала ограничивались констатированіемъ *факта*, что субъективныя гражданскія права выступаютъ иногда въ оборотѣ, группируясь около опредѣленнаго центра, который не является человѣкомъ.

II. Такими центрами субъективныхъ правъ, не имѣющими свойствъ человѣка, въ Римѣ являлись слѣдующіе союзы ¹:

1. *Государство*. Государство безспорно обладало субъективными гражданскими правами. Во всѣ времена своего существованія оно заключало контракты съ гражданами.

Республиканская государственная казна—*aerarium populi Romani, aerarium Saturni*—заключала эти контракты не согласно нормамъ *jus civile*, но руководствуясь болѣе свободными правилами административнаго характера. Поэтому заключенныя ею сдѣлки относились не къ *jus privatum*, а къ *jus publicum* ².

Во время имперіи рядомъ съ *aerarium* возникаетъ новая казна—*fiscus*. Это—также государственная казна, но по вѣдомствамъ, подлежащимъ администраціи императора, а не сената. Ее не слѣдуетъ смѣшивать съ частною казною императора (*ratio privata principis, res divinae domus, ratio Caesaris et Augustae*). Понемногу фискъ вполнѣ поглотилъ *aerarium* и получилъ значеніе общегосударственной казны. Фискъ, въ противоположность *aerarium*, подчиняется нормамъ гражданскаго права, поскольку онъ выступаетъ какъ центръ принадлежности имущественныхъ правъ. Права, принадлежащія фиску, разсматриваются, какъ гражданскія права. Положеніе фиска, однако, отли-

¹ Исторія института юридическихъ лицъ въ Римѣ наиболее полно изложена въ книгѣ *Mittels Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, т. I (1908), § 18.

² См. къ этому *Sohm, Institutionen* (7-е изд. 1898 г.), стр. 184. *Mommsen, Römisches Staatsrecht*, т. I, стр. 169 слл. (3-е изд.). *Суворовъ*, объ юридическихъ лицахъ по римскому праву (2-е изд., 1900 г.), стр. 9 слл.; 209 слл.

чается съ точки зрѣнія процесса особою подсудностью (со времени имп. Клавдія), а съ точки зрѣнія матеріальнаго права тѣмъ, что онъ имѣеть рядъ *привилегій*. Такъ, всѣ его требованія обезпечены законной ипотекой³; онъ имѣеть право требовать проценты со своихъ должниковъ помимо договора, а самъ платить проценты лишь въ силу особой оговорки объ этомъ въ договорѣ⁴; ему достаются *bona vacantia*⁵, и т. д.

2) *Союзы публичнаго права*, какъ-то городскія и сельскія общины, *civitates* (преимущественно peregrinorum), *municipia*, *coloniae*, *vici* и *pagi* (въ позднѣйшемъ правѣ) и т. д.

Въ отношеніи сдѣлокъ между живыми правоспособность этой категоріи юридическихъ лицъ была почти сравнена съ правоспособностью физическихъ лицъ, поскольку это возможно по существу отдѣльныхъ отношеній. Установленный въ ихъ пользу узурфруктъ прекращался во всякомъ случаѣ по истеченіи 100 лѣтъ.

Testamenti factio passiva они, однако, долго не пользовались. Раньше всего была признана возможность для нихъ получать *легаты*, а затѣмъ, въ силу *SC. Aponianum* (117 или 123 р. Ch.),—*фидеикоммиссы*. Право быть назначенными *heres ex testamento* даровано имъ въ видѣ общаго правила лишь имп. Львомъ (*Cod.* 6, 24, 12).

По аналогіи съ государственной казной, эти общества пользуются отчасти особою подсудностью, а также рядомъ привилегій.

3) *Частные союзы*. Въ древнемъ правѣ можно различать три типа союзовъ, подчиненныхъ нормамъ частнаго права.

a) *Sodalitates* или *sodalicia*. Эти „братства“ сложились, вѣроятно, на почвѣ родового культа. Члены такихъ братствъ еще въ эпоху Цицерона не могли предъявлять другъ другу уголовнаго обвиненія. По мѣрѣ ослабленія религіозныхъ традицій, *sodalicia* превратились въ политическіе и общественные союзы (родъ клубовъ), отчасти преслѣдовавшіе предосудительныя цѣли.

b) *Collegia cultorum*, которыя слѣдуетъ отличать отъ *collegia sacerdotum* (государственныхъ жрецовъ, не составлявшихъ самостоятельныхъ союзовъ). *Collegia cultorum* возникали какъ по инициативѣ государства, такъ и частныхъ лицъ для обслуживанія храмовъ вновь вводимыхъ въ Римъ божествъ, культъ которыхъ не лежалъ на обязанности государства.

с) Наиболѣе распространеннымъ типомъ частныхъ союзовъ были разнаго рода союзы ремесленниковъ и лицъ другихъ профессій — *collegia pictorum*, *fabrorum* и т. д. Они были весьма древни и также возникли на почвѣ культа божества—патрона даннаго цеха. Впослѣдствіи они превратились въ союзы взаимопомощи мелкаго люда — *collegia tenuiorum*, которыя большею частью имѣли характеръ похоронныхъ кассъ—*collegia funeraticia*. Но сюда же относятся разнаго рода союзы мелкихъ государственныхъ служащихъ — *decuriae scribarum*, *librariorum* и т. п.—и лицъ, состоящихъ на военной службѣ, которая превратилась въ постоянную профессию. Вопросъ объ аналогичныхъ, до извѣстной степени, *societates publicanorum* относится къ исторіи.

³ L. 1. 2. C. 8, 14.

⁴ L. 17. § 5. 6 D. 22, 1. L. 43 D. eod.

⁵ Cod. 10, 10 de bonis vacantibus. Ср. Gai II, 150. Ulp. 28, 7.

⁶ См. Суворовъ стр. 216 слл. Баронъ § 30. Шулинъ, стр. 164. Pauly-Wissowa, Realenc. IV, I, стр. 380—480. (ст. Kornemann'a). Кулаковскій, Коллегіи въ древнемъ Римѣ 1882 г. Относительно конституціи „de incertis personis“ см. Girard Manuel, 818, пр. 2.

Разсматривая вопросъ о возникновеніи этихъ частныхъ союзовъ, слѣдуетъ отличать разрѣшеніе на ихъ образованіе (вопросъ о „свободѣ“ союзовъ) отъ вопроса о признаніи ихъ субъектами гражданскихъ правъ (вопроса о ихъ правоспособности).

Въ началѣ императорскаго періода была издана, вѣроятно Августомъ, *lex Julia* (de universitatibus), отмѣнившая господствовавшую въ республиканскомъ Римѣ свободу союзовъ. Впрочемъ цѣлый рядъ союзовъ и даже нѣкоторыя категоріи ихъ (напр. coll. tenuiorum) вообще получили соотвѣтствующее разрѣшеніе собираться.

Напротивъ, права юридической личности — *corpus habere* — въ древнее время повидимому не признавались за частными союзами и стали дароваться имъ по частямъ лишь въ императорскій періодъ, главнымъ образомъ со времени имп. Марка Аврелія, по образцу городскихъ общинъ. Ульпіанъ уже считаетъ всѣ дозволенные союзы, вообще говоря, правоспособными лицами (L. 7 D. 3, 4). Право быть назначенными наследниками по завѣщанію было признано за ними, однако, лишь утраченной конституціей Юстиніана de incertis personis.

4. Учрежденія съ благотворительной цѣлью (ria corpora, riae causae): напр., больницы, страннопріимные и воспитательные дома и т. д. Первоначально эти учрежденія возникали лишь въ той формѣ, что известное имущество передавалось для достиженія этихъ цѣлей уже существующей корпораціи или физическому лицу (donatio sub modo). Затѣмъ, во второй половинѣ имперіи было признано, что такое учрежденіе можетъ разсматриваться какъ самостоятельный центръ принадлежности субъективныхъ гражданскихъ правъ⁷. Впрочемъ, по римскому праву признавались только учрежденія съ религіозно-благотворительнымъ характеромъ. Они стояли подъ надзоромъ церкви.

Союзы, упомянутые въ 3-ей группѣ, отличаются отъ государства тѣмъ, что они подчинены ему и не имѣютъ всѣхъ тѣхъ привилегій въ области процесса и гражданского права, который имѣетъ фискъ. Отъ 4-й группы, отъ riae corpora, они отличаются тѣмъ, что центромъ принадлежности правъ здѣсь является союзъ лицъ физическихъ, тогда какъ при rium corpus нѣтъ налицо такого союза.

Отъ гражданско-правового товарищества (societas), которое не признается юридическимъ лицомъ, они отличаются слѣдующими признаками: 1) Существованіе союза, являющагося центромъ принадлежности правъ, не зависитъ отъ смерти или выхода отдѣльныхъ членовъ или отъ вступленія новыхъ⁸, тогда какъ societas уничтожается при этихъ событіяхъ. 2) Отдѣльные члены такого союза, выступающаго въ оборотѣ въ качествѣ особаго центра принадлежности правъ, не являются субъектами правъ, группирующихся около союза, какъ центра принадлежности правъ: члены союза могутъ сами вступать въ договоры со всѣмъ союзомъ; они не являются патронами рабовъ, которые были отпущены на волю всѣмъ союзомъ; члены союза могутъ предъявлять иски къ союзу; члены союза не отвѣчаютъ своимъ имуществомъ за долги союза и не имѣютъ права требованія по обязательствамъ, въ которыя

⁷ См. къ этому Шулицъ, стр. 166—169. Суворовъ, стр. 28 стр. сл.; стр. 239 сл. Ferrini, §§ 79—82.

⁸ L. 7 § 2 D. 3, 4. Ulp. 10 ed. In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint. Cp. L. 59 pr. D. 17, 2.

вступилъ союзъ, и т. д. — Всѣ эти особенности не имѣютъ мѣста при товариществѣ—*societas*.⁹ Союзы, которые являются центрами принадлежности субъективныхъ гражданскихъ правъ—юридическими лицами, въ отличіе отъ договорныхъ товариществъ—*societates*, которые не являются юридическими лицами, а такъ же въ отличіе отъ *res corpora*, называются въ источникахъ *universitates, corpora, рѣдко corporaciones*.

§ 27. Продолженіе. 2. Существо юридическихъ лицъ по римской теоріи. Отдѣльныя нормы, регулирующія ихъ существованіе.

I. Развитая юридическая теорія не можетъ удовлетвориться признаніемъ факта, что гражданскія права иногда существуютъ и служатъ человѣческимъ цѣлямъ, не принадлежа отдѣльнымъ лицамъ. Юристъ ставитъ вопросъ: *есть ли у этихъ правъ субъектъ, и если есть, то въ чемъ его существо?* На этотъ вопросъ теорія римскихъ классическихъ юристовъ даетъ слѣдующій отвѣтъ.

Субъектомъ права можетъ быть *только человекъ*, ибо только существо, способное имѣть волю и человѣческіе интересы, можетъ быть носителемъ правъ, а такимъ существомъ является одинъ человекъ. Въ разбираемыхъ же случаяхъ нельзя указать опредѣленнаго человека, который являлся-бы обладателемъ этихъ правъ. Слѣдовательно, строго говоря, въ этихъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи о субъектѣ этихъ правъ. Но, въ силу практическихъ соображеній, право создаетъ здѣсь субъекта; право допускаетъ *фикцію* (предположеніе), что въ этихъ случаяхъ существуетъ какъ-бы *физическое лицо*, какъ-бы *человекъ*, которому принадлежатъ эти права, и разсматриваетъ эти права такъ, какъ-будто они принадлежали этому вымышленному человеку. Такая конструкція ясно выражена юристомъ Флорентинномъ (*libro 8 institutionum*) L. 22 D. de fidejussoribus et mandator. 46, 1. *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae¹ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*. См. также L. 16 D. 50, 16 Gajus: *civitates enim privatorum loco habentur*. Эта конструкція имѣла серьезныя практическія послѣдствія при опредѣленіи, главнымъ образомъ, право-и дѣеспособности юридическихъ лицъ.

II. Создаваемые правомъ фиктивные субъекты правъ—юридическія лица—признаются *правоспособными* въ римскомъ правѣ не въ той мѣрѣ, въ какой правоспособны настоящіе, реальные субъекты правъ—физическія лица.

⁹ L. 7 pr. D. 3, 4 Ulp. 10 ed. *Sicut municipium nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum putavit. sed et legato, qui in negotium publicum sumpsum fecit, puto dandam actionem in municipes.* § 1. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*—L. 6 § 1 D. 1, 8 Marcian. 3 inst. *Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra eivem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus.*—L. 10 § 4 D. 2, 4. Ulp. 5 ed *Qui manumittitur a corpore aliquo vel collegio vel civitate, singulos in jus vocabit: nam non est illorum libertus. sed rei publicae honorem habere debet et si adversus rem publicam vel universitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamvis actorem eorum constitutum in jus sit vocaturus.*

¹ О значеніи слова „*persona*“ у римскихъ юристовъ см. выше § 18, 1.

1. Юридическія лица, по общему правилу, признаются способными имѣть лишь *имущественныя* гражданскія права. Они могутъ имѣть *possessio*, вещныя права, обязательственныя права и долги, могутъ вести процессы; но въ области наследственнаго права ихъ правоспособность очень долго была ограничена: до Юстиніана только *fiscus*, *res corpora*, *civitates* и церковныя общины, а также нѣкоторыя другія корпораціи въ силу особыхъ привелегій признавались способными быть наследниками; остальные корпораціи могли только получать легаты, а затѣмъ и фидеикоммиссы. Семейныхъ правъ юридическія лица не могли имѣть ².

2. Какъ фиктивные, реально не существующіе субъекты, юридическія лица признавались римскими юристами *недѣеспособными* и приравнялись къ *infantes* и *furiosi*. Въ самомъ дѣлѣ, не существующее реально, а только воображаемое лицо не можетъ имѣть *воли*, а потому не можетъ и дѣйствовать.

а) Въ виду этого юридическое лицо можетъ пріобрѣтать права и обязанности только черезъ представителей. (L. 1 § 1 D. 38, 3. L. 97 D. 35, 1. L. 14 D. 50, 1). Непосредственно обязываться безъ участія представителя оно можетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство возникаетъ помимо участія *воли* обязаннаго лица—*re* (напр., вслѣдствіе полученія неосновательнаго обогащенія, которое подлежитъ возврату: L. 15 § 1 D. 4, 3. L. 4 D. 43, 16). Это—общая черта юридическаго лица съ *furiosi* и *infantes*. Съ другой стороны, юридическое лицо, какъ недѣеспособное, не можетъ пріобрѣтать такихъ правъ, для пріобрѣтенія которыхъ даже черезъ представителей нужна наличность воли самого представляемаго; напр., съ точки зрѣнія послѣдовательной теоріи, оно не можетъ пріобрѣсти юридическаго владѣнія. Дѣйствительно, римскіе юристы въ своихъ теоретическихъ экскурсахъ отрицали возможность для юридическаго лица пріобрѣтать владѣніе; но въ силу практической необходимости на дѣлѣ примѣнялся обратный принципъ, которому юристы не сумѣли подыскать теоретическаго оправданія. (*Hoc jure utimur*, говоритъ въ оправданіе этой нормы Ульпіанъ: L. 2 D. 41, 2; ср. L. 1 § 22 eod).

б) Юридическое лицо не можетъ такъ-же совершать *деликтовъ*. Если его представитель совершитъ виновное правонарушеніе при отправленіи своихъ обязанностей, то его деликтъ не вмѣняется юридическому лицу; для послѣдняго изъ этого деликта обязательство возникаетъ только *re*, т.-е. въ размѣрѣ обогащенія, полученнаго на основаніи деликта, совершеннаго представителемъ ³.

² См. Баронъ § 32. Исключеніе составляетъ, впрочемъ, *патронатъ* надъ вольноотпущенниками; см. тексты въ § 27 пр. 9. Либерты юридическаго лица получаютъ *nomine gentile* по имени отпущившаго ихъ на волю юридическаго лица; см. Girard, стр. 236 пр. 1. Суворовъ, стр. 272 сл.

³ L. 15 § 1 D. 4, 3 Ulp. 11 ed. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur: et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Толкованіе L. 9 § 1 D. 4, 2 см. у Vangerow, I стр. 98 (по 7 изд.). Разсужденія римскихъ юристовъ, вродѣ того, которое мы встрѣчаемъ въ L. 76 D. 5, 1, конечно, не доказываютъ, что они видѣли въ корпораціяхъ реально существующихъ субъектовъ гражданскихъ правъ. Здѣсь Alfenus только пытается выяснитъ съ помощью разнаго рода аналогій, что понятіе корпораціи независимо отъ смѣны ея отдѣльныхъ членовъ; но онъ даже не задается вопросомъ о томъ, что такое корпорація, какъ центръ принадлежности гражданскихъ правъ.

3. Юридическое лицо есть нечто совершенно отличное отъ членовъ того союза, который служитъ субстратомъ для юридической личности (см. конецъ § 26). Это *вымышленное лицо*, этотъ носитель правъ, группирующихся около корпораціи, по воззрѣнію римскихъ юристовъ не стоитъ въ такой связи съ отдѣльными членами корпораціи, *которая была бы принципиально отлична отъ установленныхъ правомъ отношеній между физическими лицами*. Такъ, если члены корпораціи постановляютъ рѣшеніе, обязательное для юридическаго лица, то они дѣйствуютъ въ качествѣ представителей послѣдняго, а *представителей* можетъ имѣть и физическое лицо. Если между юридическимъ лицомъ и членами корпораціи, получившей это свойство, возникаютъ какія-либо юридическія отношенія, то они конструируются какъ вещно-правовыя и обязательно - правовыя отношенія, которыя возможны также между двумя физическими лицами ⁴.

III. *Представительство юридическаго лица* организовано различно для разныхъ видовъ его. а) *Корпорація* дѣйствуетъ: 1) черезъ *собрание* своихъ наличныхъ членовъ; впрочемъ этотъ случай упоминается въ источникахъ рѣдко. 2) Черезъ *предсѣдателей* этихъ собраний (*magistri, rectores*); 3) черезъ особыхъ *должностныхъ лицъ*, въ особенности уполномоченныхъ на веденіе ихъ процессовъ (*syndici, actores*). б) *Pia corpora*—благотворительныя учрежденія управляются лицами, назначенными учредителемъ или духовными властями; управление ихъ всегда стоитъ подъ надзоромъ духовныхъ властей.

IV. *Возникаютъ* корпораціи въ силу соглашенія членовъ, въ силу предписанія власти, или же въ силу постепеннаго историческаго процесса. Римское право временъ имперіи требовало особаго разрѣшенія власти для возникновенія каждаго общественнаго союза, за исключеніемъ нѣкоторыхъ, какъ напримѣръ *collegia funeraticia*. Со второй половины императорскаго періода, повидимому, разрѣшеніе образовать союзъ вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливало права юридической личности. ⁵

Pia corpora возникаютъ по предписанію власти или въ силу частнаго распоряженія *inter vivos* или *mortis causa*, посредствомъ котораго имущество посвящается на служеніе соотвѣтствующей постоянной цѣли.

V. *Уничтожаются* юридическія лица въ силу достиженія цѣли, или вслѣдствіе распоряженія государственной власти; *корпораціи* уничтожаются также съ выбытіемъ всѣхъ членовъ; если остается хоть одинъ членъ, корпорація можетъ сохраниться (L. 7 § 2 D. 3, 4). *Pia corpora* уничтожаются,

⁴ См *Gierke, Privatr.*, стр. 460, 473. *Regelsberger*, стр. 323. Такимъ образомъ, теорія корпоративныхъ правъ (выше стр. 79) создана уже современными учеными, хотя римская жизнь несомнѣнно давала матеріалъ для ея построенія.

⁵ Законъ XII таблицъ (*Brunns, Fontes, tab. VIII 27*) постановилъ, что *sodalitates* (союзы) могутъ свободно возникать и свободно вырабатывать свои статуты „*dum ne quid ex publica lege corrumpant*“. Но уже во время республики государство не разъ принимало рѣшительныя мѣры (см. напр. *Sc. de Bacchanalibus* у *Brunns*, стр. 160) противъ корпорацій, опасныхъ въ политическомъ или нравственномъ отношеніи. При Юліи Цезарѣ или Августѣ закрыты были всѣ корпораціи, кромѣ существовавшихъ съ древнихъ временъ (*Suet. Caes. 42. Oct. 32. Dio Cass. 52, 36*). Съ тѣхъ поръ, для основанія новой коллегіи требовалось разрѣшеніе сената (cf. *Sc. de Syzicenis* у *Brunns*, стр. 197) или императора (*Plin. ep. 10, 42, 43*). См. также L. 1 pr. D. 3, 4. L. 3 § 1 D. 47. 22. Разрѣшенная корпорація приобрѣтала вмѣстѣ съ тѣмъ, безъ какого-либо новаго акта власти, права юридическаго лица (L. 1 § 1 D. 3, 4. *Gajus 3 ed. prov. L. 20 (21). D. 34, 5. Paul. 12 ad Plautium*). См *Шулинъ*, *op. cit.*, стр. 165. *Girard*, 235. *Суворовъ*, стр. 251 слл. *Pauly-Wissowa*, IV, 1 стр. 403 слл.

когда изсякнетъ имущество, служившее его цѣлямъ. О судьбѣ имущества уничтожившагося юридическаго лица источники не передаютъ общихъ правилъ ⁶.

§ 28. Современная теорія о существѣ юридическихъ лицъ.

Въ современной теоріи гражданскаго права вопросъ о существѣ юридическихъ лицъ одинъ изъ самыхъ спорныхъ. Въ цивилистической литературѣ можно отмѣтить три главныхъ направленія.

I. Большинство юристовъ придерживается теоріи *фиктивного* лица. Въ сущности, такой взглядъ равносильно признанію отсутствія субъекта правъ: принадлежащая юридическому лицу права по этой теоріи, на самомъ дѣлѣ, признаются безсубъектными. Для этихъ правъ фингируется несуществующій субъектъ, по возрѣнію наиболѣе виднаго выразителя этой группы мнѣній— *Виндшейда*, въ виду, во-первыхъ, склонности къ персонификаціи, свойственной человѣку; во-вторыхъ,—потребности юридической техники: приуроченіе права, не имѣющаго субъекта, къ опредѣленному центру, къ фингированному лицу, облегчаетъ праву возможность придавать юридическими нормамъ однообразную редакцію, независимо отъ того, относятся ли эти нормы къ правамъ, имѣющимъ реальнаго субъекта, или къ безсубъектнымъ ¹.

Противъ этой теоріи можно возразить, главнымъ образомъ, что она допускаетъ въ очень широкомъ размѣрѣ существованіе безсубъектныхъ правъ. Это не вяжется съ даннымъ выше опредѣленіемъ субъективнаго права; если субъективное право есть сфера власти, могущества, то у него долженъ быть волеспособный субъектъ: безъ субъекта субъективныя права могутъ, по нашему мнѣнію, сохраняться лишь временно, въ ожиданіи появленія будущаго субъекта (*hereditas jacens*); это—необходимое отступленіе отъ логической стройности права въ угоду настоятельнымъ жизненнымъ потребностямъ (выше § 11 въ концѣ).

Вмѣстѣ съ тѣмъ нѣтъ достаточнаго основанія для измѣненія понятія субъективнаго права, такъ какъ данное выше опредѣленіе наиболѣе соотвѣтствуетъ существу субъективнаго права по самой терминологіи (трудно говорить о *субъективномъ* правѣ, не требуя наличности для него *субъекта*). Кроме того, какъ мы увидимъ ниже, теорія фиктивного лица упускаетъ изъ виду, что юридическія лица выступаютъ какъ одинъ изъ наиболѣе могущественныхъ, вполнѣ реальныхъ факторовъ въ современномъ оборотѣ: она не соотвѣтствуетъ существу этихъ весьма вліятельныхъ субъектовъ гражданскихъ правъ.

II. Довольно близко къ Виндшейду стоитъ *Брингъ* ². Онъ тоже признаетъ, что права, принадлежащая юридическимъ лицамъ, на самомъ дѣлѣ не имѣютъ субъекта, но находитъ лишнимъ фингировать для нихъ какого-

⁶ Примѣръ уничтоженія корпорации повелѣніемъ государственной власти содержитъ конституція Гонорія и Θεодосія, 415 г., закрывшая коллегію *Dendrophagi*, какъ очагъ язычества. С. Th. 16, 10, 20. См. *Girard*, стр. 236 пр. 5. *Суворовъ*, стр. 325; 341.

¹ *Windscheid*, Pand. т. I § 49.

² См. *Brinz*, Pandekten (2-ое изд.) т. I стр. 222.-238; т. III стр. 453 сл. По существу, очень близко къ теоріи Бринца стоитъ возрѣніе *Bekker'a* въ его *System*, т. I стр. 196 сл. (см. выше стр. 74 пр. 6).

либо субъекта. Онъ говорить, что возможна двойкая принадлежность правъ; во-первыхъ, права могутъ принадлежать кому-либо, т.-е. человеку, и тогда они имѣютъ субъекта; во-вторыхъ, права могутъ существовать только для чего-либо, т.-е. только для известной цѣли, которой они должны служить, которой они и принадлежать; всѣ права, существующія для этой цѣли, въ совокупности составляютъ особое имущество, отвѣчающее за долги, сдѣланные для достиженія данной цѣли. Поэтому слѣдуетъ различать личное имущество—*Personenvermögen*, и цѣлевое имущество—*Zweckvermögen*. Последнее трактуется въ оборотѣ совершенно такъ, какъ-будто оно принадлежало отдѣльному человеку, но на самомъ дѣлѣ оно не имѣетъ субъекта: оно принадлежитъ известной цѣли (объекту), которой оно предназначено служить.

Противъ этой теории можно возразить то же, что и противъ теории Виндшейда: Бринцъ признаетъ въ слишкомъ широкомъ объемѣ возможность существованія безсубъективныхъ правъ, что не вяжется съ существомъ этого понятія, какъ сферы власти³. Кроме того, Бринцъ создалъ теорію, которая не соотвѣтствуетъ роли юридическихъ лицъ въ гражданскомъ оборотѣ и нѣкоторымъ нормамъ, которыя установлены для нихъ современнымъ законодательствомъ не въ силу указаній какой-либо теории, а ради удовлетворенія настоятельныхъ практическихъ нуждъ. Объ этомъ будетъ сказано подробнѣе при изложеніи теории Гирке.

Другую попытку конструировать юридическое лицо, исходя изъ тѣхъ же основныхъ положеній, какъ и Бринцъ, дѣлаетъ *Герингъ*⁴. По его воззрѣнію юридическое лицо есть не что иное, какъ особая форма обладанія имуществомъ. Права юридического лица на самомъ дѣлѣ принадлежатъ *дестинатарамъ*, т. е. тѣмъ физическимъ лицамъ, которыя получаютъ выгоду отъ этихъ правъ. Но такъ какъ этихъ лицъ очень много, и распоряженіе общимъ имуществомъ невозможно поставить въ зависимость отъ совмѣстной воли ихъ всѣхъ (какъ то бываетъ, напр., при *societas*), то создается особая форма обладанія правами, благодаря которой устанавливается единый центръ для правъ всей этой массы лицъ.

Теорія эта остроумна, но она не можетъ быть признана удовлетворительной. Она противорѣчитъ и естественному воззрѣнію, ибо никто изъ насъ не приписываетъ себѣ права собственности *pro parte* на вещи государства, церкви, общины и т. д. Она, далѣе, недостаточна и съ точки зрѣнія юридическихъ потребностей: принимая ее, мы потеряемъ въ массѣ возможныхъ субъектовъ права, напр., учрежденія для общепользныхъ цѣлей. Если же мы будемъ считать субъектами правъ юридического лица только тѣхъ дестинатаровъ, которые имѣютъ защищенное искомъ право на пользованіе выгодами отъ имущества юридического лица (какъ это предлагаетъ *Герингъ*), то какъ конструировать тѣ учрежденія, въ которыхъ нѣтъ дестинатаровъ съ правомъ иска?⁵

III. Наиболѣе удовлетворительной представляется намъ теорія, впервые въ XIX столѣтіи выдвинутая *Безелеромъ* и получившая дальнѣйшее развитіе, главнымъ образомъ, въ трудахъ *Гирке*; изъ числа романистовъ къ ней

³ См. затрудненія самого Бринца въ т. I стр. 235 пр. 3 и въ т. III § 447. Къ этому *Regelsberger*, *Pand.* стр. 301—2.

⁴ См. *Ihering*, *Geistes des röm. Rechts*, т. III, стр. 221—225 и 335 слл. (по 4 изд.).

⁵ См. *Regelsberger*, стр. 300 слл.

примкнулъ *Регельсбергеръ* ⁶. Согласно этой теоріи, ошибка остальныхъ изслѣдователей и римскихъ юристовъ состоитъ въ томъ, что они считаютъ возможными субъектами правъ только отдѣльныхъ людей; поэтому они должны прибѣгать или къ ничего не объясняющей фикціи, или къ признанію безсубъектныхъ правъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда права принадлежатъ не отдѣльнымъ людямъ. Между тѣмъ ихъ основная посылка не вѣрна. Субъектомъ права, какъ сферы могущества, предназначенной обеспечивать удовлетвореніе человѣческихъ интересовъ, можетъ быть, конечно, только существо способное имѣть волю и раздѣлять человѣческіе интересы. Но такимъ существомъ является не только отдѣльный человѣкъ. Въ обществѣ съ развитіемъ культуры возникаютъ особые *соціальныя организмы* ⁷. Эти организмы такъ же преслѣдуютъ человѣческія *цѣли* и раздѣляютъ человѣческіе *интересы*, какъ отдѣльные люди; ихъ отличіе отъ послѣднихъ сводится къ тому, что достиженіе цѣлей, которыя они преслѣдуютъ, и удовлетвореніе интересовъ, которымъ они служатъ, являются, обыкновенно, непосильными и недостижимыми не только для отдѣльнаго человѣка, но даже для группы конкретныхъ опредѣленныхъ лицъ, существованіе которой зависитъ отъ смѣны членовъ, и въ которой члены состоятъ собственниками имущества, служащаго для достиженія цѣли. Съ другой стороны, эти соціальныя организмы такъ же, какъ отдѣльныя лица, имѣютъ *свою собственную волю*. Отъ отдѣльныхъ людей они отличаются тѣмъ, что органами, вырабатывающими волю соціальнаго организма, являются отдѣльные люди. Несмотря на это, общая воля соціальнаго организма есть нѣчто отличное отъ воли отдѣльныхъ лицъ, входящихъ въ составъ соціальнаго организма. Однимъ словомъ, эти организмы такъ же реально существуютъ, какъ и отдѣльные люди. Они неуловимы для внѣшнихъ чувствъ, но это не служитъ доказательствомъ того, что они только фикціи и реально не существуютъ: не то только существуетъ, что доступно внѣшнимъ чувствамъ.

Теорія эта имѣетъ серьезныя *практическія послѣдствія*. Во-первыхъ, согласно ей, юридическое лицо *дѣеспособно* и имѣетъ свою волю. Лица, дѣйствующія при выработкѣ рѣшеній юридическаго лица, являются не представителями его, стоящими внѣ его (такъ смотрѣли на нихъ римскіе юристы), а органами, входящими въ его составъ. Въ связи съ этимъ, юридическое лицо признается способнымъ къ совершенію *деликтовъ*: если органы такого лица въ предѣлахъ своихъ полномочій, своей должностной дѣятельности, проявили преступную волю, то гражданское право можетъ считать эту преступную волю—волею самого юридическаго лица и подвергать юридическое лицо, по крайней мѣрѣ, обязанности къ возмѣщенію убытковъ. Въ этомъ отношеніи указанная теорія идетъ навстрѣчу потребностямъ современнаго оборота, для котораго отвѣтственность юридическаго лица за вину своихъ органовъ въ размѣрѣ лишь его обогащенія, какую только и допускаетъ конструкція римскихъ юристовъ, является недостаточной. Въ рукахъ юридическихъ лицъ на-

⁶ См. *Beseler*, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843 г.) стр. 158 слл. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht* т. I (1895 г.), стр. 456 слл. *Его же*, *das Wesen der menschl. Verbände* 1902 г. *Regelsberger*, стр. 289 слл. *Jellinek*, *allg. Staatsl.*, стр. 141 — 144; 149 — 161; 494 слл., 517 слл. *Grüber*, въ *Birkmeyer's Enc.* стр. 22 сл. Въ русской литературѣ ср. *А. С. Алексеевъ*, къ ученію о юридической природѣ государства и государственной власти (1894 г.) *Н. С. Суворовъ*, *op. cit.*, стр. 147 — 208.

⁷ Ср. о различіи соціальнаго *организма* и соціальной *организации* *Wundt*, *Logik* (2 изд.), II, 2 стр. 605 слл.

ходится въ настоящее время веденіе такихъ отвѣтственныхъ предпріятій, какъ желѣзнодорожныя и пароходныя сообщенія. Было бы несправедливо въ случаѣ несчастій, происходящихъ отъ неправильнаго веденія такого предпріятія, отсылать пострадавшихъ лицъ съ исками объ убыткахъ къ виновнымъ въ упущеніяхъ по службѣ органамъ юридическаго лица, часто имущественно несостоятельнымъ, и не подвергать отвѣтственности самихъ хозяевъ предпріятія въ виду неспособности юридическаго лица, совершать деликты⁸. Этой потребности оборота не отвѣчаютъ теоріи юридическаго лица Виндшейда и Бринца: согласно этимъ теоріямъ юридическое лицо недѣеспособно совершать деликты⁹.

Во-вторыхъ, благодаря этой теоріи, выясняется различіе между такими явленіями, какъ юридическое лицо съ одной стороны, и *hereditas jacens* съ другой. При *hereditas jacens* нѣтъ социальнаго организма, преслѣдующаго, въ качествѣ своей цѣли, удовлетвореніе человѣческаго интереса и проявляющаго свою самостоятельную волю черезъ посредство своихъ органовъ. *Hereditas jacens* есть временное безсубъектное состояніе правъ, которыя сохраняются неприкосновенными въ ожиданіи появленія будущаго субъекта; единственная цѣль *hereditas jacens*—самосохраненіе (см. выше § 11 въ концѣ). *Hereditas jacens* можетъ не имѣть никакихъ органовъ, ибо *curator* для управленія дѣлами лежащаго наслѣдства назначается далеко не всегда.

IV. Юридическія лица дѣлятся на двѣ группы.

1. *Корпорации*. Тутъ социальный организмъ состоитъ изъ людей, которые являются или органами для выработки воли юридическаго лица, или членами юридическаго лица; послѣдними являются большею частью лица, которыя пользуются выгодами отъ дѣятельности юридическаго лица. Притомъ, если они даже непосредственно не участвуютъ въ созиданіи его воли, то во всякомъ случаѣ они стоятъ не внѣ его, а *внутри* его, являются какъ бы составными частями социальнаго организма. Въ составъ корпорации всегда входитъ союзъ лицъ, который является субстратомъ этого социальнаго организма и пользуется выгодами отъ его существованія.

2) *Учрежденія*. Въ корпорации судьба цѣлаго находится въ рукахъ союза лицъ, ее составляющихъ; характеръ и цѣль дѣятельности учрежденія, напротивъ, предначертаны чужой волею, привходящей извнѣ—волею учредителя или закона. Для корпораций характерно, что она обладаетъ органомъ, который *господствуетъ* надъ ея правовой жизнью; для учрежденія характерно, что у него нѣтъ господствующихъ, а есть только *служащіе* органы: дѣйствующіе въ учрежденіи люди являются только управляющими, но не хозяевами общаго дѣла.

Далѣе, подобно корпорации, учрежденіе имѣетъ органы, т. е. лицъ, которыя должны управлять его дѣлами, но, въ отличіе отъ корпорации, оно не имѣетъ членовъ; выгодами отъ его дѣятельности пользуются дестинатары, которые стоятъ *внѣ* юридическаго лица, не входятъ въ составъ самого социальнаго организма.

Изъ этого сопоставленія ясно, что корпорация можетъ возникнуть путемъ

⁸ Гражд. улож. Герм. имп. § 31. Союзъ отвѣчаетъ за убытки, которые правленіе, членъ правленія или другой уполномоченный согласно уставу представитель причинили при исполненіи возложенныхъ на нихъ обязанностей третьему лицу такимъ дѣйствіемъ, которое влечетъ за собой обязанность къ возмѣщенію убытковъ. См. Н. Preuss въ Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. VII (1902 г.) стр. 429 сл.

⁹ См. Brinz, т. III стр. 577.

сознательной или полусознательной дѣятельности своихъ будущихъ членовъ; но учрежденіе всегда возникаетъ благодаря дѣятельности учредителя (государства или частнаго лица), который впоследствии можетъ и не занять положенія органа этого юридическаго лица.

3) Встрѣчаются, наконецъ, *смѣшанныя формы* этихъ организмовъ. Возможны учрежденія, въ которыхъ органы имѣютъ корпоративное устройство. Тутъ мыслимы, если не члены учрежденія, то члены органа учрежденія (напр., профессорская корпорація, какъ органъ университета). Такой органъ самъ не составляетъ, однако, юридическаго лица.

СЛБГУ

ОТДѢЛЪ III.

Объектъ права.

I глава. Имущество. Тѣлесныя вещи и ихъ свойства.

§ 29. Виды объектовъ права. Имущество. Его составныя части.

I. Объектомъ права называется тотъ предметъ, непосредственно подчиненный господствѣ лица, которое является носителемъ соответствующаго субъективнаго права. Объектомъ гражданскаго права, какъ мы уже видѣли въ § 13, IV, могутъ быть: 1) *личность самого субъекта*; 2) *вещь*; 3) *дѣйствіе другого лица*; 4) *другое лицо*; 5) въ современномъ правѣ, наконецъ, нѣкоторыя *нематеріальныя блага*.

II. Споренъ вопросъ, можетъ ли одно субъективное гражданское право быть объектомъ другого права? Противъ этого возражаютъ, что такое *право на право* будетъ въ сущности лишь производнымъ правомъ, а его объектомъ явится тотъ же предметъ, который является объектомъ основнаго права, на которое опирается второе. Такъ, объектомъ сервитутнаго права является не право собственности на служащую вещь, но сама служащая вещь, которая принадлежитъ на правѣ собственности какому-либо лицу; поэтому сервитутное право не прекращается, если собственникъ служащей вещи откажется отъ своего права собственности на нее, и вещь эта станетъ *res nullius*. Это замѣчаніе непримѣнимо лишь къ такъ называемымъ отрицательнымъ правамъ, (о которыхъ рѣчь шла въ § 16, 1), для которыхъ мы много объекта, какъ отрицаемое право, подыскать не можемъ¹.

III. Можетъ ли быть особымъ объектомъ права *имущество*, какъ цѣлое? Прежде чѣмъ отвѣтить на этотъ вопросъ, установимъ значеніе термина „имущество“. Подъ именемъ имущества на юридическомъ языкѣ разумѣется *совокупность оцѣнимыхъ на деньги правоотношеній, которыя объединяются въ одно цѣлое тѣмъ, что принадлежатъ или принадлежали въ совокупности одному лицу*. Одно лицо является или являлось субъектомъ всѣхъ этихъ правоотношеній. Такъ какъ имущество мыслится правомъ какъ

¹ Ср. къ этому *Bekker, System.* § 20 *Beil.* II. О залогѣ обязательства, залогового права, и вообще *jura in re aliena* см. *Вещное пр.* § 42, V; §§ 49—50.

единое цѣлое, то оно не распадается, а считается все тѣмъ же цѣлымъ, несмотря на смѣну отдѣльныхъ составныхъ его частей ². Имущество есть *universitas juris*, существованіе которой независимо отъ смѣны отдѣльныхъ частей. Такъ, напр., имущество лица А не становится другимъ имуществомъ, когда А продаетъ нѣкоторыя изъ своихъ вещей и на вырученныя деньги покупаетъ другія. Однако терминъ „имущество“ употребляется на юридическомъ языкѣ не всегда въ одинаковомъ смыслѣ, и не всегда подъ этимъ терминомъ (у Римлянъ *bona, patrimonium, facultates, pecunia*) разумѣется кругъ правоотношеній, связанныхъ воедино принадлежностью ихъ извѣстному лицу.

а) Часто подъ имуществомъ разумѣется только сумма оцѣнимыхъ на деньги правъ лица, его *активъ* ³.

б) Иногда подъ терминомъ имущество понимается только сумма, остающаяся за вычетомъ долговъ изъ актива, *чистое* имущество ⁴.

в) Наконецъ терминомъ „имущество“ означается совокупность долговъ и имущественныхъ правъ, т.-е. *актива и пассива*; въ этомъ смыслѣ обладаетъ имуществомъ и тотъ, у кого ничего, кромѣ долговъ, нѣтъ. Въ этомъ послѣднемъ широкомъ значеніи терминъ употребляется, напр., когда говорятъ о наслѣдованіи въ имуществѣ умершаго ⁵.

Нерѣдко на юридическомъ языкѣ говорится о *правахъ на имущество*; такъ напр., говорятъ объ *ususfructus omnium bonorum* или о *hypotheca omnium bonorum*; говорятъ также, что *наслѣдникъ* получаетъ право на имущество наслѣдодателя. Точно ли здѣсь имущество является особымъ объектомъ права? Вопросъ этотъ принадлежитъ къ числу спорныхъ. Скорѣе всего, его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ. Имущество есть особое юридическое *понятіе*, которымъ мы пользуемся, чтобы сокращенно выразить цѣлую совокупность юридическихъ отношеній; но оно не является самостоятельнымъ объектомъ права. Лицо, въ пользу котораго установлена *hypotheca omnium bonorum*, въ сущности имѣетъ залоговое право на *отдѣльныя* вещи и предметы, на которые простирается его право на случай неуплаты долга. Говоря о единой *hypotheca omnium bonorum*, мы выражаемъ лишь ту мысль, что подобное залоговое право устанавливается сразу на всѣ эти предметы безъ перечисленія всѣхъ отдѣльныхъ вещей и иныхъ объектовъ ⁶. Такъ-же наслѣдникъ, вступая въ наслѣдство, въ сущности пріобрѣтаетъ отдѣльныя права и обязанности, входящія въ составъ наслѣдственнаго имущества, но не особое право на имущество, какъ цѣлое. Онъ имѣетъ общій искъ о всѣхъ этихъ правахъ не потому, что онъ пріобрѣлъ одно общее право, но потому, что всѣ отдѣльныя права и обязанности онъ пріобрѣлъ однимъ общимъ способомъ, всѣ сразу (См. выше § 13, IV, 5).

IV. Изъ всѣхъ перечисленныхъ нами объектовъ права для насъ наибольшій интересъ представляютъ *вещи*. Подъ именемъ вещи слѣдуетъ разумѣть *обособленную часть внешней природы, которая является предметомъ юридическаго господства*, но считается неспособной быть субъ-

² L. 178 § 1 D. 50, 16. Ulp. 49 Sab. „Hereditas“ juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.

³ Напр. при benef. competentiae вообще L. 16—19 D. 42, 1.

⁴ Напр. при benef. comp. дарителя. См. также L. 39 § 1 D. 50, 16.

⁵ L. 1—3 pr. D. 37, 1.

⁶ См. Windscheid I § 228.

ектомъ такого господства ⁷. Изъ этого опредѣленія ясно, что и *люди*, съ юридической точки зрѣнія, при извѣстныхъ условіяхъ могутъ быть отнесены къ категоріи вещей въ противоположность *лицамъ*. Именно, къ разряду вещей относятся тѣ люди, за которыми отрицается способность быть субъектами правъ, и которые съ точки зрѣнія права являются лишь объектами правъ; мы разумѣемъ *рабовъ* (см. выше § 20, I).

Вещь по нашему опредѣленію должна быть предметомъ, который доступенъ внѣшнимъ чувствамъ.

Тѣмъ не менѣе у римскихъ юристовъ мы находимъ дѣленіе вещей на *res corporales* и *incorporales*. Gai Inst. II § 12—14. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum.*

Гай классифицируетъ въ приведенномъ мѣстѣ, однако, не вещи, а права, входящія въ составъ имущества, и хочетъ сказать слѣдующее. Нѣкоторыя изъ субъективныхъ гражданскихъ правъ даютъ субъекту полное господство надъ какой-либо тѣлесной вещью; говоря о подобномъ правѣ, мы можемъ прямо называть его объектъ—тѣлесную вещь (мы не говоримъ, обыкновенно, о продажѣ права собственности на лошадь, а прямо говоримъ о продажѣ лошади); другія же субъективныя права—или имѣютъ объектомъ своимъ нѣчто нетѣлесное, или же даютъ субъекту неполное господство надъ тѣлесной вещью. Перваго рода права—т.-е. права собственности, Гай отождествляетъ съ ихъ объектомъ и называетъ ихъ *res corporales*, а вторыя, въ противоположность первымъ, онъ называетъ *res incorporales*. Такимъ образомъ, слово *res* употребляется Гаемъ, въ сущности, не въ смыслѣ вещи, а въ смыслѣ права.

Кромѣ того, Гай въ число *res incorporales* включаетъ *jus successionis*. Однако, это представляется невѣрнымъ, если признать указанное выше положеніе, согласно съ которымъ наслѣдникъ не получаетъ особаго права на наслѣдство, какъ цѣлое, а пріобрѣтаетъ только рядъ отдѣльныхъ правъ, вещныхъ и обязательственныхъ, особымъ способомъ, всѣ сразу.

§ 30. Вещи простыя и сложныя (*universitates rerum*). Составная часть вещи, принадлежность.

I. Римскіе юристы (*Pomponius L. 30 pr. D. 41, 3*) дѣлятъ всѣ вещи на три категоріи: 1) *res, quae uno spiritu continentur*, какъ *homo, tignus, lapis*; 2) *res, quae ex pluribus inter se cohaerentibus constant*, какъ *aedifi-*

⁷ О различныхъ значеніяхъ слова „*res*“ въ источникахъ см. *Ferrini, § 207.*—Есть ли электричество вещь? Вопросъ спорный: *Wengler, Elektricität und Recht im deutsch. Reiche 1900 Pflughart, die Electricität als Rechtsobject. 1901.* Въ рус. лит. ст. *Розина* въ Вѣстн. Права 1899 г., № 10, стр. 89—104.

cium, navis, armarium; 3) *res, quae ex distantibus constant*, какъ populus, legio, grex.

1) Первую категорію—*простыхъ* вещей—составляютъ тѣ вещи, которыя являются простыми по физическимъ свойствамъ, въ которыхъ по естественному воззрѣнію не различаются составныя части. Римскіе юристы руководились при этомъ критеріями, установленными греческой натуръ-философіей, сначала преимущественно ученіями школы аристотеликовъ, а затѣмъ теоріями стоиковъ. Spiritus est $\xi\zeta\iota\varsigma$ стоиковъ, т.-е. часть всеобщей міровой души— $\pi\nu\epsilon\upsilon\mu\alpha$,—которая проникаетъ естественныя вещи и составляетъ ихъ сущность, создаетъ ихъ индивидуальность ¹.

2) Вторую категорію—*сложныхъ* вещей, по современной терминологіи *universitates rerum cohaerentium*,—образуютъ такія вещи, которыя составлены искусственно изъ нѣсколькихъ соединенныхъ между собою частей; эти части (въ совокупности) составляютъ одно цѣлое. На это цѣлое возможны вещныя права; части цѣлаго подлежатъ тѣмъ же правамъ, которыя установлены на цѣлое, но, выдѣляясь, могутъ имѣть свою особую судьбу.

3) *Universitas rerum distantium*—*совокупность вещей*. Единственнымъ примѣромъ, который источники безспорно относятъ сюда, является стадо, grex ². Это одно хозяйственное, но не тѣлесное цѣлое, состоящее изъ многихъ, физически между собою не связанныхъ вещей. Споренъ вопросъ: можетъ ли такая universitas rerum distantium быть самостоятельнымъ объектомъ правъ? На нашъ взглядъ источники не даютъ основаній признать, чтобы объектомъ права собственности и иныхъ вещныхъ правъ являлось стадо—grex,—какъ цѣлое, а не отдѣльныя животныя, изъ которыхъ оно состоитъ ³. Мы находимъ у римскихъ юристовъ только указанія на то, что для вещно-правовыхъ отношеній, объектами которыхъ являются животныя, соединенныя въ стадо, допускались *существенныя особенности*:

а) Собственникъ животныхъ, составляющихъ стадо, могъ вчинить относительно всѣхъ этихъ животныхъ сразу *общій искъ*—*vindicatio gregis*,—при чемъ онъ не былъ обязанъ описать отдѣльныя животныя и указать ихъ число. Онъ могъ требовать выдачи всего стада, если онъ доказалъ свое право собственности на *большую часть* животныхъ, входящихъ въ составъ стада. Чтобы освободиться отъ обязанности выдать остальныхъ животныхъ, владѣлецъ стада долженъ былъ доказать, что они не принадлежатъ вѣдиканту ⁴.

б) Если стадо давалось въ *узуфруктъ* или на него устанавливалась *ипотека*, то на узусфруктуарѣ или залогопринимателѣ лежала обязанность пополнять убыль изъ приплода или путемъ прикуйки; на вновь включенныя

¹ Ferrini § 229. Простою вещью считается и соединеніе такихъ вещей, которыя каждая въ отдѣльности не имѣютъ цѣнности, какъ напр. зерновой хлѣбъ, песокъ: въ оборотѣ эти вещи фигурируютъ только массами. Ср. Sokolowski Die Philosophie im Privatrecht. I, § 1—3.

² Есть, впрочемъ, мнѣніе, что понятіе univ. rer. dist. примѣнялось у Римлянъ только къ одушевленнымъ существамъ. См. Ferrini § 231.

³ L. 30 § 2 D. 41, 3. Pomp. 30 Sab. De tertio genere corporum videndam est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio, nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

⁴ L. 1 § 3 L. 2 L. 3 pr. L. 23 § 5 D. 6, 1. L. 21 § 1 D. 44, 2. Regelsberger, Pand. стр. 372 сл. Ср. Dernburg, I § 226, 1. Ferrini § 232, 327.

животныя распространялись также узуфруктъ, ипотека и право собственности. Съ другой стороны узуфруктуарь или залогоприниматель имѣли право отчуждать или убивать тѣхъ животныхъ, которыя подлежали убою или отчужденію по правиламъ нормальнаго хозяйства ⁵. Та и другая особенность введена для того, чтобы облегчить и упорядочить содержаніе стада и хозяйственную эксплуатацію его.

II. Отъ самостоятельныхъ вещей слѣдуетъ отличать *составныя части вещей* (pars rei; accessio) ⁶. Составныя части въ юридическомъ смыслѣ *не имѣютъ самостоятельнаго существованія*; онѣ раздѣляютъ судьбу главной вещи, и на нихъ не могутъ быть установлены особыя юридическія отношенія ⁷. Относительно составныхъ частей возможны юридическія сдѣлки только на случай, что эти составныя части станутъ самостоятельными вещами (продажа хлѣба на корню) ⁸.

Составными частями, которыя не могутъ считаться объектами самостоятельныхъ юридическихъ отношеній, являются: 1) вещи, которыя могутъ существовать въ данномъ видѣ лишь въ соединеніи съ другой вещью, которыя находятъ въ этой послѣдней необходимую поддержку и питаніе (домъ и растенія на землѣ; плоды, не отдѣленные отъ дерева) ⁹; 2) вещи, которыя прочно соединились съ другими, какъ-бы слились съ послѣдними, не могутъ быть отдѣлены отъ нихъ и признаются поглощенными ими (краска и покрашенная матерія) ¹⁰; 3) составныя части искусственно созданной сложной вещи—*universitas rerum cohaerentium*,—безъ которыхъ эта сложная вещь не можетъ существовать и по хозяйственнымъ воззрѣніямъ считается незаконченной (строительный матеріалъ, включенный въ зданіе, въ корабль) ¹¹.

Такъ какъ составная часть не способна быть объектомъ самостоятельныхъ юридическихъ отношеній, то включеніе одной вещи въ качествѣ составной части въ другую имѣетъ рѣшающее вліяніе на юридическую судьбу включаемой вещи; благодаря включенію (*accessio*), юридическія отношенія, существовавшія раньше относительно этой вещи, могутъ прекратиться. Во время своего соединенія съ другою вещью, вещь, ставшая составной частью, подлежитъ тѣмъ отношеніямъ, которыя существуютъ и возникаютъ для главной вещи. При этомъ, однако, дѣлается слѣдующее различіе.

а) Если соединеніе сопряжено съ *измѣненіемъ субстанции* включенной вещи или же оно является *нераздѣльнымъ* (деревья, пересаженные въ другую землю, питаются ея соками L. 26 § 1 D. 41, 1; сплавъ двухъ металловъ—*ferruminatio*—въ отличіе отъ припайки—*plumbatura* L. 23 § 5 D. 6, 1), то права на присоединенную вещь *навсегда погибаютъ*: она не возвращается прежнему собственнику даже послѣ отдѣленія ея ¹².

⁵ L. 68 § 2—L. 70 pr. D. 7, 1. L. 13 pr. D. 20, 1.

⁶ Слово „accessio“ имѣетъ, впрочемъ, и болѣе широкое значеніе. *Regelsberger*, § 102, I.

⁷ L. 23 pr. § 2 D. 41, 3. Относительно L. 30 § 1 D. eod. см. *Regelsberger*, I. c. пр. 3. Вещное право § 21, II.

⁸ L. 8 pr. D. 18, 1 L. 40 D. 19, 1 L. 15 pr. D. 20, 1.

⁹ L. 23 § 3 D. 6, 1 Paul. 21 ed... necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. § 29 J. 2, 1. omne quod inaedificatur solo cedit. L. 44 D. 6, 1. Fructus pendentes pars fundi videntur. L. 25 § 6 D. 42, 8.

¹⁰ L. 23 § 5 D. 6, 1.

¹¹ L. 23 pr. § 2 D. 41, 3. Ко всему изложенному см. *Regelsberger*, § 96, III.

¹² Возможны, конечно, обязательственные иски, какъ *cond. furtiva*, *actio in factum*.—Если ни одна изъ двухъ соединившихся вещей не можетъ считаться главной по отношенію къ другой, то обѣ вещи превращаются въ части сложнаго дѣлага, относительно котораго возникаетъ *condominium*. L. 3 § 2 D. 6, 1.

б) Когда этихъ условій нѣтъ, то при *выдѣленіи* присоединенной вещи изъ главной прежнія отношенія присоединенной вещи *оживаютъ*, если выдѣленіе не носитъ временнаго характера¹³. Прежній собственникъ присоединенной вещи можетъ требовать отдѣленія вещи путемъ *actio ex exhibendum*, чтобы затѣмъ ее виндицировать. Только при включеніи чужого бревна въ постройку (*tignum junctum*), согласно XII таблицамъ, собственникъ бревна лишень права требовать выдѣленія и долженъ ждать, пока собственникъ дома не выдѣлитъ бревно изъ постройки (объ *a. de tigno juncto in duplum* см. Вещное право, § 10, V, А γ.)¹⁴.

Въ виду этого, римскіе юристы конструируютъ эти отношенія слѣдующимъ образомъ. При *accessio* въ случаяхъ первой категоріи (подъ литерой а) собственникъ главной вещи *приобрѣтаетъ собственность и на присоединенную вещь*, прежній же собственникъ присоединенной вещи утрачиваетъ свое право собственности (L. 26 § 1 D. 41, 1 Paulus 14 Sab). Въ случаяхъ второй категоріи (лит. б) собственность на присоединенную вещь *не утрачивается* прежнимъ собственникомъ этой вещи; однако, собственникъ присоединенной вещи не можетъ осуществить своего права собственности до ея отдѣленія отъ главной вещи иначе, какъ посредствомъ иска о предъявленіи ея—*actio ad exhibendum*; только послѣ отдѣленія онъ можетъ виндицировать свою вещь. По отношенію къ *tignum junctum* собственникъ этого *tignum* не можетъ даже требовать отдѣленія; его право собственности проявляется только въ томъ, что онъ сохраняетъ право виндицировать бревно по выдѣленіи этого бревна собственникомъ главной вещи, т. е. строенія. (L. 7 § 10 D. 41, 1. Gajus. L. 7 § 2 D. 44, 2 Ulpianus. L. 23 § 5 D. 6, 1. Paulus).

III. Отъ составныхъ частей слѣдуетъ отличать *принадлежности* (въ источникахъ *quasi pars, res aedium, fundi etc.*)¹⁵. Принадлежность не теряетъ своей самостоятельности; она можетъ быть объектомъ самостоятельныхъ юридическихъ отношеній; назначеніе одной вещи быть принадлежностью другой не оказываетъ вліянія на права третьихъ лицъ на эту вещь. *Юридическое значеніе* того обстоятельства, что одна вещь является принадлежностью другой, состоитъ въ слѣдующемъ: всѣ *юридическія распоряженія* собственника относительно главной вещи и всѣ постановленія закона о ней (законный залогъ) *распространяются въ случаѣ сомнѣнія*, на основаніи диспозитивной нормы права, и на *ея принадлежности*, безъ нарушенія, однако, правъ третьихъ лицъ на эти принадлежности¹⁶.

Когда мы имѣемъ составную часть и когда принадлежность? Принадлежностью называется такая вещь, которая, согласно существующимъ въ оборотѣ воззрѣніямъ, предназначена повышать хозяйственную годность другой вещи, но отсутствіе которой, однако, не влечетъ за собою признанія главной вещи, по воззрѣніямъ оборота, не законченной¹⁷. Тѣлесной связи принадлежности съ главной вещью не требуется (футляръ есть принадлежность драгоценной вещи; ключъ—принадлежность шкафа)¹⁸.

¹³ L. 23 § 5. 7 L. 59 D. 6, 1. С. 2 С. 3, 32.

¹⁴ L. 23 § 5. 6, D. 6, 1 L. 6 L. 7 § 1 D. 10, 4. L. 7 § 10 D. 41, 1. L. 2 D. 47, 3.

¹⁵ L. 13 § 31 D. 19, 1. L. 49 D. 18, 1. L. 17 D. 19, 1.

¹⁶ L. 38 § 2 D. 19, 1.

¹⁷ См. *Regelsberger*, стр. 391 сл. Историч. замѣч. у *Dernburg* I § 77.

¹⁸ Но необходимо, чтобы одна вещь была главной по отношенію къ другой. Если такого отношенія между вещами нѣтъ, то нельзя говорить о принадлежности (вилка и нож).

§ 31. Юридически существенныя свойства вещей.

I. *Движимыя и недвижимыя вещи, res mobiles и immobiles.* Это дѣленіе сводится къ слѣдующему.

Недвижимыя вещи суть тѣ, которыя не допускаютъ перемѣщенія безъ вреда для ихъ субстанціи. Сюда относятся земля (*solum*) и всякая отграниченная часть территоріи (*fundus, praedium*). Всѣ вещи, органически связанныя съ землею, а также зданія, прочно (фундаментомъ) прикрѣпленныя къ землѣ, по римскому воззрѣнію не являются самостоятельными вещами, но считаются составными частями почвы — *solum*, а потому, согласно началамъ, изложеннымъ въ § 30, принадлежатъ всегда въ собственность собственнику земли (*superficies solo cedit jure civili et naturali*—Gajus L. 2 D. 43, 18). Германское право допускаетъ, напротивъ, отдѣльную собственность на дома и даже на этажи и комнаты зданія¹.

Земельные участки дѣлятся на *praedia urbana* и *rustica*, смотря по тому, застроены они, или предназначены для земледѣлія².

Движимыя вещи, т. е. тѣ, которыя безъ вреда для себя могутъ быть перемѣщаемы, дѣлятся на *res mobiles* въ тѣсномъ смыслѣ и *res se moventes*, смотря по тому, обладаетъ ли сама вещь способностью двигаться, или нѣтъ³.

Дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя имѣетъ въ римскомъ правѣ мало значенія, такъ какъ юридическія нормы для тѣхъ и другихъ вещей по существу одинаковы. Разница проявляется лишь въ отдѣльныхъ положеніяхъ права: напр., сроки давности различны для тѣхъ и другихъ вещей; *interd. uti possidetis* и *int. unde vi* примѣнялись только къ недвижимостямъ; *fundus dotalis* неотчуждаемъ; *furtum rei* возможно только относительно движимости.—Гораздо больше значенія имѣетъ это дѣленіе въ современномъ правѣ, гдѣ юридическія нормы, гл. обр. о приобрѣтеніи и защитѣ вещныхъ правъ, построены различно для движимыхъ и недвижимыхъ вещей.

II. *Замѣнимыя вещи.* Каждая вещь имѣетъ 1) свои индивидуальныя признаки, которые отличаютъ ее отъ всѣхъ другихъ, и 2) признаки, общіе ей съ цѣлымъ родомъ или видомъ вещей. По воззрѣніямъ, господствующимъ въ оборотѣ, по отношенію къ нѣкоторымъ вещамъ преимущественное значеніе придается послѣднимъ — родовымъ признакамъ. Эти вещи обозначаются, поэтому, обыкновенно 1) количествомъ ихъ—*pondus, numerus, mensura* и 2) качествомъ ихъ — сортомъ — *genus*. Источники называютъ эти вещи: *res quae pondere, numero, mensura consistunt*⁴; по современной терминологіи онѣ называются *res fungibiles*.

Не слѣдуетъ смѣшивать этого различія съ различіемъ между *obligationes generis* и *speciei*⁵. Замѣнимыя вещи являются таковыми по воззрѣніямъ, господствующимъ въ оборотѣ. Различіе же между *genus* и *species* въ обяза-

¹ Новое германское уложеніе, впрочемъ, не знаетъ отдѣльной собственности на этажи и т. п., хотя оставляетъ ее въ силѣ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она была уже установлена согласно прежнему праву. См. Einführungsgesetz къ B. G. B. § 182. Cosack, Lehrbuch d. Deutsch. Bürg. R. т. I стр. 125.

² L. 198 D. 50, 16 L. 1 pr. D. 8, 4.—L. 4 § 1 D. 20, 2. Вещ. пр. § 29, III.

³ L. 93 D. 50, 16. Юридическое значеніе различія проявляется, напр., въ положеніяхъ юристовъ о *consuetudo revertendi* Gai II, 68. L. 5 § 5 D. 41, 1.

⁴ Gai III, 90. L. 2 § 1 D. 12, 1.

⁵ L. 54 pr. D. 45, 1. Дернбургъ, Обяз. пр. § 25.

тельствѣхъ зависить отъ того, въ какихъ выраженіяхъ *стороны* опредѣлили предметъ обязательства: родовыми ли признаками или индивидуальными. Стороны могутъ въ отдѣльныхъ случаяхъ опредѣлять и замѣнимую вещь индивидуальными признаками, и наоборотъ. Напр., цѣнные бумаги—вещи замѣнимыя; но если эти бумаги даны на сохраненіе съ обозначеніемъ ихъ номеровъ, то обязательство вернуть эти бумаги есть *obligatio speciei*, а не *generis* ⁶.

III. *Потребляемая вещь*. Такъ называются тѣ вещи, которыя при ихъ нормальномъ хозяйственномъ употребленіи или сразу уничтожаются (съѣстные припасы), или такъ измѣняются, что не могутъ служить своей прежней цѣли (марки для писемъ), или же, наконецъ, быстро изнашиваются (повседневная одежда). Договоры о потребляемыхъ вещахъ обыкновенно сводятся къ обязанности вернуть не тѣ же самыя вещи, а лишь то же количество подобныхъ вещей (заемъ и ссуда, *ususfructus* и *quasi-ususfructus*).

Деньги относятся съ юридической точки зрѣнія къ потребляемымъ вещамъ: ихъ назначеніе состоитъ въ отчужденіи ихъ, которое для владѣльца равносильно потребленію. Переданныхъ денегъ нельзя уже отыскивать *in specie*, ибо онѣ смѣшиваются у получателя съ другими подобными имъ монетами ⁷. Дѣленіе на потребляемая и не потребляемая не всегда совпадаетъ съ дѣленіемъ вещей на замѣнимыя и незамѣнимыя (булавки, переплетенныя книги, цѣнные бумаги суть вещи замѣнимыя, но не потребляемыя).

IV. *Дѣлимая вещь*. Дѣлимыми въ юридическомъ смыслѣ называются тѣ вещи, *quae sine interitu* ⁸ или *sine damno dividi possunt* ⁹, т. е., тѣ, которыя можно дѣлить на части, не измѣняя ихъ рода и цѣнности; всѣ части въ совокупности должны имѣть, по крайней мѣрѣ, не меньшую цѣнность, чѣмъ цѣлое, и принадлежать къ тому же роду вещей, какъ цѣлое.

Дѣлимыми считаются: 1) земельные участки (стоящіе на нихъ дома могутъ дѣлиться вертикально, если имѣютъ нѣсколько входовъ); участки дѣлятся помощью мысленно проводимыхъ линий, которыя затѣмъ прокладываются въ натурѣ, въ видѣ межъ ¹⁰; 2) движимыя вещи, цѣнность которыхъ заключается въ матеріалѣ, а не въ ихъ формѣ, или которыя представляютъ массу однородныхъ вещей (куча песку).

Послѣ дѣленія возникаетъ нѣсколько самостоятельныхъ вещей, каждая изъ которыхъ является объектомъ особаго права собственности. Источники иногда называютъ новую вещь *pars pro diviso*; но этотъ терминъ имѣетъ почти только значеніе историческаго указанія на происхожденіе данной вещи изъ объекта прежней собственности. *Pars pro indiviso*, напротивъ, есть доля участія каждаго собственника въ пользованіи выгодами отъ вещи, стоящей

⁶ Примѣръ изъ источниковъ. L. 108 § 10 D. 30 Africanus 5 quaest. Qui quinque in arca habebat ita legavit vel stipulanti promisit „decem quae in acra habeo“; et legatum et stipulatio valebit, ita tamen, ut sola quinque vel ex stipulatione vel ex testamento debeantur. ut vero quinque quae deerunt ex testamento peti possint, vix ratio patietur: nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur. quod si mortis tempore plena summa fuerat et postea aliquid ex ea deperierit, sine dubio soli heredi deperit.

⁷ L. 35 § 3 D. 6, 1.

⁸ См. ко всему изложенному § 2 I. 2, 4.

⁹ L. 26 § 2 D. 30.

¹⁰ Примѣнимъ ли этотъ способъ дѣленія также и къ движимымъ вещамъ? Вопросъ спорный; см. Windscheid I § 142 пр. 4. Regelsberger § 101 пр. 3 и Dernburg, I § 76 пр. 4.

въ общей собственности, т. е. нераздѣленной (см. § 12, III; Вещное право § 5, III) ¹¹.

V. *Плоды*. Подъ плодами (*fructus*) въ юридическомъ смыслѣ разумѣются вещи, которыя періодически получаютъ отъ другой вещи, вслѣдствіе ея хозяйственной эксплуатаціи (т. е. пользованія ею согласно ея экономическому назначенію). Сюда относятся: 1) органическія произведенія вещей, которыя получаютъ безъ уменьшенія или уничтоженія субстанции производящей вещи (плоды дерева, приплодъ животныхъ; но не приплодъ отъ рабынь, ибо рожденіе дѣтей не входитъ въ хозяйственное назначеніе рабынь) ¹²; 2) тѣ вещи, которыя добываются путемъ хозяйственной эксплуатаціи нѣдръ земельного участка, и путемъ охоты на участкахъ, предназначенныхъ для охоты ¹³.

Различаются слѣдующіе виды плодовъ. *Fructus pendentes* или *stantes* и *fructus separati*, т. е. плоды, неотдѣленные и отдѣленные отъ производящей вещи. Съ момента отдѣленія отъ производящей вещи *fructus* становятся самостоятельными вещами; до тѣхъ же поръ они лишь составныя части вещи (см. § 30 пр. 8). *Fructus percepti*, т. е. плоды не только отдѣленные, но и захваченные къмъ-либо во владѣніе ¹⁴. *Fructus extantes* и *consumti*, т. е. плоды еще наличные и уже потребленные; къ числу *fructus consumti* относятся и отчужденные плоды. *Fructus percipiendi*, т. е. тѣ плоды, которые не собраны съ вещи, но были бы собраны съ нея при примѣненіи къ эксплуатаціи вещи надлежащей заботливости. *Fructus industriales* и *fructus mere naturales*—различаются въ зависимости отъ того, требуется ли для производства плодовъ затрата хозяйственнаго труда или нѣтъ ¹⁵.

Извѣстное сходство съ плодами имѣютъ проценты съ капитала, а также наемная и арендная плата. Это—также доходъ, періодически получаемый отъ хозяйственной эксплуатаціи капиталовъ или земли. Поэтому его обыкновенно причисляютъ къ *fructus* ¹⁶. Въ современной литературѣ эти плоды принято называть *fructus civiles* въ отличіе отъ *naturales*. Но сходство это—неполное. *Fructus civiles* состоятъ, прежде всего, не въ вещахъ, а въ правахъ требованія; далѣе, получаютъ они не изъ вещей, а лишь при помощи вещей, напр., благодаря юридической сдѣлкѣ относительно вещи. Поэтому нельзя въѣ нормы о *fructus naturales* переносить на *fructus civiles* ¹⁷.

¹¹ L. 29 D. 41, 1 L. 6 § 1 D. 8, 4. L. 25 § 1 D. 50, 16.

¹² L. 27 пр. D. 5, 3. § 37 I. 2, 1 L. 28 D. 22, 1. Cf. L. 7 § 12 D. 24, 3. L. 10. 11. 12 пр. D. 7, 1.

¹³ L. 7 § 13. L. 8 D. 24, 3 L. 26 D. 22, 1. L. 77 D. 50, 16. Вещ. пр. § 9, I, 1.

¹⁴ L. 78 D. 6, 1 L. 13 D. 7, 4.

¹⁵ Ср. L. 45 D. 22, 1. L. 48 пр. D. 41, 1.

¹⁶ L. 34. 36 D. 22, 1. L. 29 D. 5, 3 Ulp. 15 ed. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum, operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturae navium et jumentorum.

¹⁷ Отсюда Pompon. 6 Qu. Muc. L. 121 D. 50, 16. Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione. Весьма интересную попытку построить на новыхъ основаніяхъ ученіе о плодахъ дѣлаетъ *Петражицкій* (Petrazuski), die Lehre vom Einkommen (1893—1895); ему слѣдуетъ *Derenburg* I § 78; краткое изложеніе этой теоріи и возраженія противъ нея см. у *Windscheid-Kipp*, I § 144 пр. 12.

II глава. Вещи, какъ объекты юридическихъ отношеній. Вещи, стоящія въ оборотѣ и внѣ его.

§ 32. Правоспособность и оборотоспособность вещей.

I. Всѣ вещи могутъ служить удовлетворенію человѣческихъ потребностей. Онѣ являются предметомъ юридически защищеннаго господства одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ лицъ, физическихъ или юридическихъ. Вещи находятся въ чьей-либо собственности, владѣніи или подлежатъ правамъ на чужую вещь.—Однако существуютъ вещи, которыя также служатъ средствомъ удовлетворенія потребностей, но не признаются способными стоять подъ исключительнымъ частно-правовымъ господствомъ отдѣльныхъ лицъ. Эти вещи не могутъ быть объектами права собственности и потому называются *неправоспособными* вещами. Но это положеніе не равносильно признанію ихъ беззащитными юридически. Право охраняетъ эти вещи отъ посягательствъ со стороны неуправомоченныхъ лицъ, поскольку это необходимо для обезпеченія тѣхъ цѣлей, которымъ служатъ эти вещи. Такое положеніе можно характеризовать какъ *юридическую связанность вещей, которой не соответствуетъ ничье субъективное гражданское право*. Нѣкоторыя изъ этихъ вещей служатъ общему пользованію всѣхъ членовъ извѣстнаго союза, другія—нѣтъ. Для нѣкоторыхъ неспособность возникаетъ по естественнымъ причинамъ, для другихъ—въ силу особыхъ постановленій, вызванныхъ соображеніями цѣлесообразности.

II. Отъ неспособности вещей слѣдуетъ отличать *неспособность вещей къ обороту*. Есть вещи, которыя могутъ стоять въ гражданско-правовомъ обладаніи опредѣленныхъ лицъ, но особенностямъ которыхъ не соответствовала бы возможность совершать извѣстныя гражданско-правовыя сдѣлки и распоряженія по поводу ихъ. Въ виду этого право не допускаетъ нѣкоторыхъ сдѣлокъ и распоряженій относительно такихъ вещей, дѣлаетъ ихъ до извѣстной степени неспособными быть предметомъ гражданского оборота.

Всякая неспособность вещь въ силу этого уже неспособна быть предметомъ гражданского оборота, но не наоборотъ. Поэтому эти два свойства вещей слѣдуетъ различать. Римляне, однако, обозначали ихъ однимъ терминомъ: *res extra commercium*, или *quarum commercium non est*¹. Слѣдуя имъ, большинство современныхъ цивилистовъ тоже не дѣлаетъ установленнаго нами различія и не употребляетъ термина „правоспособность вещей“².

III. Неправоспособныя вещи не имѣютъ собственника; онѣ—*res nullius*.

¹ L. 4 D. 18, 1, Pompon. 9 Sab. Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur. L. 6 pr. D. eod. Idem. Sed. Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei, si scias alienationem [prohibitam, alienationem] esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.—L. 34 § 1 D. eod. Paulus 33 ed. Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

² См. о немъ *Regelsberger* § 107. Не слѣдуетъ смѣшивать правоспособность *вещи* въ смыслѣ способности быть объектомъ права, съ правоспособностью *лица*, т.-е. способностью быть субъектомъ правъ.

Такими являются и правоспособныя вещи, пока онѣ лишены обладателя. Разница состоитъ въ томъ, что неправопоспособная *res nullius* уже юридически связана, а правоспособная *res nullius* во всякое время можетъ перейти въ чью-либо собственность.

§ 33. Отдѣльные виды *res extra commercium*.

I. *Res omnium communes*. Нѣкоторыя вещи по самой природѣ не могутъ быть предметами исключительнаго частно-правового господства отдѣльных лицъ. Сюда относятся, по ученію римскихъ юристовъ, море и атмосферный воздухъ, морской берегъ до высшей точки прилива, и, наконецъ, текущая вода, *aqua profluens*. Эти вещи никому не принадлежатъ и могутъ быть только предметомъ всеобщаго пользованія¹. Слѣдуетъ замѣтить, однако, что частно-правовое господство возможно на отдѣльныхъ части этихъ вещей, вѣшнимъ образомъ отграниченныя и доступныя господству человѣка (сжатый воздухъ, бочка воды). Въ этомъ смыслѣ возможно господство и надъ частью моря; если выдвинуть насыпь въ море и построить на ней домъ, то домъ этотъ и часть морского дна, находящаяся подъ нимъ, могутъ считаться предметомъ собственности, пока море не разрушитъ этихъ сооружений². Кромѣ того, берегъ моря (до высшей точки прилива или прилива)³ и море около береговъ, являясь *res omnium communes*, стоятъ, однако, подъ верховнымъ господствомъ государства (которое не слѣдуетъ смѣшивать съ частно-правовою собственностью); поэтому лица, возводящія постройки на берегу моря, должны испрашивать разрѣшеніе государства на такія сооружения; иначе они могутъ быть принуждены снести ихъ⁴.

Текущая вода — *aqua profluens* — есть *res omnium communis* по своей природѣ. Практическое значеніе этого положенія, однако, не велико. Вода въ рѣкѣ не можетъ быть объектомъ собственности, но ея необходимое вмѣстилище — ложе и берега — способны къ гражданско-правовому господству. Поэтому рѣки, какъ совокупность воды и ея вмѣстилища, не являются по природѣ неправопоспособными вещами, и многія изъ нихъ стоятъ въ собственности отдѣльныхъ лицъ. Пользованіе текущей водой на дѣлѣ стоитъ въ зависимости отъ юридическихъ отношеній, установленныхъ относительно рѣки⁵. Но *aqua profluens* тѣмъ не менѣе, сама по себѣ, остается *res omnium communis* и юристы полагаютъ, что къ ея похищенію не примѣнимо понятіе воровства (*furtum*).

II. *Res divini juris*⁶. Нѣкоторыя вещи признаются неспособными стоять въ чьей-либо собственности и быть предметомъ гражданскаго оборота не въ виду своихъ природныхъ свойствъ, а потому, что онѣ посвящены на служеніе религіознымъ цѣлямъ или поставлены подъ особую охрану сакральнаго права. Римское право знаетъ два рода такихъ *res divini juris*:

1) *Res sacrae*, т. е. вещи должнымъ образомъ (публичною властью)

¹ § 1 J. 2, 1. L. 2 § 1 D. 1, 8—L. 13 pr. D. 8, 4. L. 13 § 7 D. 47, 10.

² L. 6 pr. L. 10 D. 1, 8. L. 14 pr. § 1 L. 30 § 4 D. 41, 1.

³ § 3 J. 2, 1.

⁴ L. 50 D. 41, 1. L. 3 D. 43, 8.

⁵ L. 8—10 D. 39, 3. L. 17 D. 8, 3.

⁶ Gai II, 2. 3. § 7 J. 2, 1 L. 1 pr. D. 1, 8. Подробности см. у *Ferrini*, §§ 210—214.

посвященные вышнимъ богамъ; сюда относятся храмы и богослужебные предметы ⁷;

2) *Res religiosae*, т. е. мѣста, гдѣ правомѣрно погребены останки человека ⁸. Эти вещи неспособны быть предметомъ собственности, хотя пользуются даже усиленною защитою права; въ примѣненіи къ могиламъ (*sepulchra*) существовало даже особое гражданское субъективное право, отличное отъ собственности (*jus sepulchri*) ⁹.

3) *Quodammodo divini juris* были *res sanctae*, т. е. городскія стѣны и ворота. Онѣ принадлежали въ собственность данному городу, но стояли подъ особой религіозной охраной и были изъяты изъ оборота ¹⁰.

Торжество христіанства мало измѣнило юридическое положеніе *res divini juris*. Юстиніанъ, впрочемъ, разрѣшилъ отчужденіе движимыхъ *res sacrae* для выкупа плѣнныхъ или для уплаты церковныхъ долговъ ¹¹. По современному германскому праву и западному каноническому праву вещи, посвященные богослужебнымъ цѣлямъ, и кладбища стоятъ въ собственности церкви, государства, общины или даже частныхъ лицъ, но изъяты изъ оборота; поскольку это необходимо въ цѣляхъ, достиженію которыхъ посвящены эти вещи ¹².

III. *Тѣло свободнаго человека*. Оно не стоитъ ни въ чьей собственности; не стоитъ оно въ собственности и самого субъекта ¹³. Трупъ также не поступаетъ ни въ чью собственность; но отдѣленные отъ тѣла члены и части, равно какъ препараты мертваго тѣла (напр. скелетъ), могутъ быть предметами оборота. Части, отдѣленные отъ живаго тѣла, поступаютъ въ собственность ихъ хозяина (волосы).

IV. *Res publicae*. Этимъ общимъ именемъ обозначаются тѣ вещи, которыя предназначены *служить общественнымъ интересамъ*, т. е. интересамъ всего государства, отдѣльныхъ общинъ (напр. городовъ) или неопредѣленной массы лицъ. Юридическое положеніе этихъ вещей различно; нужно различать три разряда ихъ.

1) Нѣкоторыя вещи служатъ интересамъ государства или общины тѣмъ, что онѣ служатъ *источникомъ дохода* на покрытіе имущественныхъ нуждъ и затратъ государства или общины. Это—*res quae in patrimonio (in pecunia) populi vel fisci sunt* ¹⁴. Эти вещи (напр. домены) стоятъ въ собственности фиска или общины, какъ юридическаго лица, и способны къ обороту.

2) Другія вещи (крѣпости, тюрьмы, казармы, зданія государственныхъ установленій, военные снаряды) служатъ *непосредственно* какой-либо общественной цѣли, но не путемъ предоставленія ихъ въ общее пользованіе. Эти вещи также стоятъ въ собственности государства или общины, но не вполне способны къ обороту; ихъ оборотоспособность ограничивается сдѣлками, не

⁷ § 8 J. 2, 1 cf. Gai II, 4. 5.

⁸ § 9 J. 2, 1 cf. Gai II, 6, 7.

⁹ L. 6 D. 47, 12. L. 4 pr. C. 3, 44. L. 23 § 1 D. 6, 1.

¹⁰ § 10 J. 2, 1 cf. Gai II, 8 — L. 8 L. 9 § 3 L. 11 D. 1, 8. *Regelsberger*, § 109, пр. 8.

¹¹ § 8 J. 2, 1. L. 21 C. 1, 2. Nov. 120 c. 10.

¹² См. *Dernburg* I § 70, 2. *Windscheid* I § 148. *Regelsberger* § 109.

¹³ L. 13 pr. D. 9, 2... dominus membrorum suorum nemo videtur.

¹⁴ L. 6 pr. D. 18, 1 (см. выше § 32 пр. 1). L. 14 pr. D. 41, 1. L. 2 § 4 D. 43, 8. L. 72 § 1 D. 18, 1.

препятствующими достиженію той общественной цѣли, служенію которой посвящены эти вещи.

3) Наконецъ, есть вещи, которыя служатъ общественнымъ цѣлямъ въ силу того, что онѣ *посвящены общему пользованію*. Это—*res quae in usu publico habentur, quae publicis usibus destinatae sunt*¹³. Особенность положенія этихъ вещей состоитъ въ слѣдующемъ: не по своей природѣ (какъ *res omnium communes*), но по соображеніямъ общаго блага, извѣстныя вещи предоставлены общему пользованію неопредѣленной массы лицъ. Кругъ этихъ лицъ бываетъ различный: это—члены общины, государства; иногда не исключаются даже—въ силу международныхъ соглашеній или обычая—иностранцы. Каждое изъ этихъ лицъ имѣетъ не только возможность, но юридически обезпеченное право пользоваться этими вещами наравнѣ съ другими, поскольку оно не препятствуетъ такому же пользованію со стороны остальныхъ лицъ. Право это для каждаго отдѣльнаго лица—право *производное*: не связанность вещи возникаетъ изъ установленія на нее правъ въ пользу отдѣльныхъ лицъ, но права отдѣльныхъ лицъ возникаютъ въ силу установленія общей связанности вещи¹⁶. Поэтому право на участіе въ общемъ пользованіи такими вещами не составляетъ части имущества каждаго изъ управомоченныхъ къ участію лицъ. Связанность вещи наступаетъ или по предписанію закона (*flumina publica, viae publicae*), или же вслѣдствіе *особаго юридическаго акта* (*res usui publico destinata L. 8 § 2 D. 11, 7*) со стороны управомоченнаго на то частнаго лица, т. е. собственника данной вещи, который устанавливаетъ на нее *usus publicus* въ силу особой сдѣлки.

Къ числу *res publicae in publico usu* римляне относятъ, кромѣ *flumina publica* и *viae publicae*, также *fora, basilica, theatra*¹⁷. Могутъ ли всѣ эти вещи быть предметомъ частной собственности¹⁸? Въ большинствѣ случаевъ онѣ стоятъ въ собственности государства, общины или частныхъ лицъ. Такъ напр., *дороги*, даже предназначенныя для общаго пользованія, дѣлятся на *viae privatae* и *publicae*, смотря по тому, въ чьей собственности находится земля, по которой онѣ проложены¹⁹. Собственникъ управомоченъ на всѣ тѣ воздѣйствія на вещь, которыя не противорѣчатъ установленному общему пользованію. Такъ напр., собственникъ дороги можетъ косить траву на ней, имѣетъ право на часть найденнаго на дорогѣ клада²⁰ и т. п. По уничтоженіи общаго пользованія на *res publica in publico usu* собственникъ свободно осуществляетъ всѣ правомочія.

Такимъ образомъ, эти вещи правоспособны; но онѣ не вполнѣ свободны къ обороту; онѣ находятся *extra commercium* и относительно ихъ недѣйствительны сдѣлки и распоряженія, которыя несовмѣстимы съ общимъ пользованіемъ.

Нѣкоторыя изъ этихъ вещей не стоятъ ни въ чьей собственности. Въ частности *рыбки* дѣлятся у римлянъ на *flumina publica* и *privata*, смотря по

¹³ L. 6 pr. D. 18, 1 (въ § 32 пр. 1).—L. 8 § 2 D. 11, 7 ср. L. 83 § 5 D. 45, 1. § 2 J. 3, 19.

¹⁶ L. 2 § 2 D. 43, 8. Hölder, стр. 147. Regelsberger, § 113, VI.

¹⁷ L. 6 § D. 1, 8. § 2. 4. 6 J. 2, 1. § 2 J. 3, 19. L. 6 pr. D. 18, 1. L. 2 § 21 D. 43, 8.

¹⁸ Вопросъ спорный: см. изложеніе контравверсы у Dernburg. I § 71. Girard. Manuel стр. 239 пр. 2.

¹⁹ L. 2 §§ 21—23 D. 43, 8.

²⁰ § 39 J. 2, 1. L. 2 § 17 D. 43, 8.

тому, пересыхаютъ ли онѣ въ извѣстное время года или нѣтъ ²¹. Flumina privata стоятъ въ частной собственности прибрежныхъ владѣльцевъ: каждый изъ пребрежныхъ владѣльцевъ имѣетъ право собственности на русло такой рѣки до середины его ²². На flumina publica установленъ въ силу закона usus publicus, и ихъ русло не стоитъ ни въ чьей собственности, пока оно занято рѣкой ²³. Когда рѣка покидаетъ свое русло, то послѣднее переходитъ въ собственность прибрежныхъ владѣльцевъ ²⁴. Usus publicus на публичныя рѣки состоитъ въ правѣ ѣздить по нимъ, сплавлять плоты, черпать воду, купаться, ловить рыбу. Для возведенія на этихъ рѣкахъ сооруженій (мельницы, оросительнаго канала) требуется особое рѣзрѣшеніе власти ²⁵.

Когда частныя лица неправомѣрно устраиваютъ препятствія для судоходства или иного usus publicus и тѣмъ нарушаютъ *индивидуальные интересы* лицъ, участвующихъ въ usus publicus, каждое изъ этихъ послѣднихъ лицъ получаетъ особые интердикты, путемъ которыхъ можно добиться устранения сооруженій и возмѣщенія понесенныхъ убытковъ. Государство или община также непосредственно заинтересованы въ томъ, чтобы никто не препятствовалъ свободному отправленію usus publicus на предназначенныя къ общему пользованію вещи: поэтому за свободой usus publicus надзираютъ ex officio извѣстные магистраты (напр. эдилы, viarum curatores). Кроме того, для защиты общественнаго пользованія установлены особыя *interdicta popularia* ²⁶.

V. *Запрещенныя вещи*. По извѣстнымъ соображеніямъ законъ можетъ запретить частнымъ лицамъ имѣть у себя нѣкоторыя вещи, признаваемыя вредными, или отчуждать ихъ (напр. яды—*mala venena*, книги—*libri improbatæ lectionis*, напр., *magicæ*). За храненіе у себя волшебныхъ книгъ у римлянъ полагалось строгое наказаніе, а самыя книги уничтожались ²⁷. Вслѣдствіе подобныхъ распоряженій закона вещи не дѣлаются неправоспособными, но перестаютъ быть способными къ обороту ²⁸.

²¹ L. 1 § 3 D. 43, 12.

²² L. 1 § 4 D. 43, 12... nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.

²³ Такъ *Hölder*, стр. 141 сл. и *Regelsberger*. § 113, VIII, 2. *Dernburg*, I § 73 пр. 4 и здѣсь признаетъ собственность государства. Особое воззрѣніе у *Ferrini* § 221.

²⁴ § 22—24 J. 2, 1.

²⁵ L. 14 § 2 D. 8, 1. L. 17 D. 8, 3 L. 2 § 15. 16 D. 43, 8. О рыбной ловлѣ см. § 2 J. 2, 1.

²⁶ См. объ этомъ *Regelsberger*, § 114. *Accarias*, т. II стр. 1200 сл.

²⁷ Paul. S. R. V. 23, 18. L. 4 § 1. D. 10, 2.

²⁸ Такъ *Regelsberger* § 111 и *Dernburg* I § 69 пр. 6. Иначе *Windscheid* I § 147 пр. 8.

ОТДѢЛЪ IV.

Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе субъективныхъ гражданскихъ правъ.

I Глава. Общія понятія.

§ 34. Фактической составъ и юридическія слѣдствія.

I. Когда мы говоримъ о возникновеніи, измѣненіи или прекращеніи правъ, то мы выражаемъ слѣдующую мысль: наступилъ тотъ *фактической составъ*, съ которымъ объективное право связываетъ юридическое слѣдствіе, состоящее въ возникновеніи, измѣненіи или уничтоженіи субъективнаго права. Фактической составъ, съ которымъ объективное право связываетъ подобныя слѣдствія, обыкновенно сложенъ и состоитъ не изъ одного какого-либо событія или дѣйствія, но изъ нѣсколькихъ событій или изъ событія, при наступленіи котораго должны быть налицо еще другія условія и предположенія (occupatio: захватъ вещи + безхозяйность ея = возникновеніе права собственности; furtum: захватъ вещи + состояніе ея въ чужой собственности = возникновеніе oblig. ex delicto). Изъ факческаго состава обыкновенно выдѣляется наиболѣе характерное для даннаго отношенія событіе, и оно на юридическомъ языкѣ получаетъ названіе *основанія* наступившихъ юридическихъ послѣдствій (кража, завладѣніе).

Юридическіе факты, т.-е. факты, образующіе фактической составъ, могутъ быть разнаго рода. *По содержанію* выдѣляются: 1) человѣческія дѣйствія дозволенныя и недозволенныя; 2) истеченіе времени; 3) смерть или рожденіе лица; 4) гибель вещи и т. д. Изъ этихъ фактовъ въ особомъ разсмотрѣніи нуждаются юридическія сделки, какъ видъ дозволенныхъ дѣйствій, и недозволенныя дѣйствія лица, а также истеченіе времени. Общей характеристикѣ этихъ фактовъ будутъ посвящены главы II, III и IV настоящаго отдѣла. *По послѣдствіямъ* различаются: факты, производящіе *пріобрѣтеніе* или *возникновеніе*, *уничтоженіе* и *измѣненіе* правъ. Выясненію общихъ понятій пріобрѣтенія, уничтоженія и измѣненія права будутъ посвящены слѣдующіе параграфы этой главы.

II. Фактической составъ, который необходимъ для возникновенія извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій, можетъ слагаться изъ нѣсколькихъ фактовъ, слѣдующихъ одинъ за другимъ. При этомъ возможно, что факты эти будутъ отдѣлены другъ отъ друга болѣе или менѣе продолжительными про-

межутками времени (напр., заключеніе договора между отсутствующими путем пересылки писемъ; сдѣлка, заключенная подѣ условіемъ). Пока не наступятъ всѣ необходимыя факты, тотъ юридическій эффектъ, который является свойственнымъ *всему* юридическому составу, не можетъ наступить. Однако уже наступившіе факты могутъ производить до окончательнаго восполненія всего фактическаго состава *извѣстное* неполное юридическое дѣйствіе ¹. Они могутъ давать право требовать представленія обезпеченія (*cautio legatorum serv. causa* при условныхъ легатахъ; *tit. Dig 36, 3*); они могутъ ограничивать силу распоряженій, содержаніе которыхъ несогласно съ юридическимъ эффектомъ, ожидаемымъ по восполненіи фактическаго состава (отчужденіе вещи, сдѣланное собственникомъ, уже отчудившимъ свою вещь подѣ суспензивнымъ условіемъ, въ періодъ до наступленія условія,—теряетъ силу по наступленіи условія, см. § 41, III).

Состояніе сдѣлки, пока ея фактическій составъ, который долженъ вызвать извѣстное юридическое слѣдствіе, не восполненъ, и пока неизвѣстно, будетъ ли онъ восполненъ, называется состояніемъ *pendentia* (*Schwebe*): юридическій эффектъ, связанный съ полнымъ фактическимъ составомъ, *pendet, in pendentia, in suspensio est* ².

III. Съ окончательнымъ восполненіемъ фактическаго состава иногда связывается *обратная сила*. Это значить, что законодатель предписываетъ такъ относиться къ юридическимъ послѣдствіямъ этого состава, какъ будто они наступили въ какой-либо моментъ, который предшествуетъ моменту полнаго завершенія даннаго фактическаго состава ³.

О состояніи *pendentiae* и объ обратной силѣ говорятъ также въ тѣхъ случаяхъ, когда фактическій составъ уже восполненъ и производитъ свой юридическій эффектъ, но въ немъ присутствуетъ элементъ, который можетъ впоследствии уничтожить его юридическій эффектъ; въ такомъ случаѣ *pendentia* и обратная сила относятся не къ возникновенію юридическаго эффекта, а къ *продолженію существованія* уже возникшихъ юридическихъ слѣдствій ⁴.

§ 35. Приобрѣтеніе правъ.

1. Такъ какъ субъективное право предполагаетъ наличность субъекта, а безсубъектное существованіе права встрѣчается лишь какъ временное и

¹ § 4 J. 3, 15. *Sub condicione stipulatio fit, cum in aliqua casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti „si Titius consul fuerit, quinque aureos dare spondes?“ Si quis ita stipulatur „si in Capitolium non ascendero, dare spondes?“ perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.*

² L. 8 D. 12, 1. L. 3 § 5 D. 40, 7. L. 18 D. 8, 4. L. 42 pr. D. 44, 7. L. 12 § 5 L. 25 § 1 D. 7, 1. L. 20 D. 24, 1. L. 86 § 2 D. 30. L. 14 § 1 D. 49, 17. L. 43 § 10 D. 21, 1.

³ L. 15 (16) D. 34, 5 *Marcian, 2 reg.* *Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est. C. 25 C. 5, 16... confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.*

⁴ L. 21 § 2 D. 5, 2. *Paulus 3 resp.* *Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compensationem debiti. L. 57 pr. D. 7, 1.*

сравнительно рѣдкое исключеніе (см. § 11 въ концѣ), то *возникновеніе* права есть въ то же время *приобрѣтеніе* этого права опредѣленнымъ лицомъ. Приобрѣтеніе права есть установленіе связи права съ лицомъ.

Факты, имѣющіе послѣдствіемъ приобрѣтеніе права, могутъ быть различнаго рода. Они могутъ быть дѣйствіями приобретающаго лица, но могутъ носить и другой характеръ. Возможно даже приобрѣтеніе помимо воли: приобрѣтеніе легата съ наступленіемъ *dies veniens*, т.-е. со вступленіемъ наслѣдника въ наслѣдство (Насл. пр. § 30, I); или противъ воли приобретателя: приобрѣтеніе наслѣдства со стороны *heres necessarius* (Насл. пр. § 19, I, *V: sui heredes* имѣютъ *beneficium abstinendi*, но у *servus institutus cum libertate* и его нѣтъ).

Въ составѣ тѣхъ фактовъ, которые въ своей совокупности ведутъ къ приобретению права, было принято различать: 1) факты, на основаніи которыхъ возникло *притязаніе* объ установленіи права—*titulus acquirendi*; 2) факты, при посредствѣ которыхъ совершилось самое приобретеніе права—*modus acquirendi*. (Напр., договоръ купли-продажи есть для покупателя *titulus acquirendi* права собственности на проданный предметъ, а *traditio* проданной вещи покупателю на основаніи предшествовавшаго договора купли-продажи есть *modus acquirendi* права собственности). Но далеко не при всякомъ приобретеніи права можно различать *titulus* и *modus*.

II. Большое значеніе имѣетъ дѣленіе способовъ приобретенія права на *первоначальные* или *оригинарные* и на *производные* или *деривативные*. Различіе состоитъ въ томъ, что при *производномъ* приобретеніи право приобретателя опирается на право, существовавшее у другого лица. Это другое лицо называется *auctor*, новый приобретатель *successor*, а самое деривативное приобретеніе права именуется съ точки зрѣнія *auctor'a*—*передачей права*, а съ точки зрѣнія *successor'a*—*преемствомъ въ правѣ*—*successio*¹ (см. L. 177 pr. D. 50, 17). Практически *successio* отличается отъ оригинарнаго приобретенія правъ тѣмъ, что при *successio* право приобретателя *всегда зависитъ отъ того, какое право имѣлъ его auctor*. *Successio* характеризуется извѣстнымъ афоризмомъ: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (L. 54 D. 50, 17). *Successor* приобретаетъ поэтому право со всеми тѣми свойствами, которыя оно имѣло у *auctor*, т.-е. какъ съ преимуществами, такъ и съ недостатками этого послѣдняго².

Различаются два вида *successio*: *транслативная* и *конститутивная*. Первая состоитъ въ томъ, что *auctor* переноситъ на *successor'a* свое право въ полномъ его объемѣ: тутъ, слѣдовательно, мы имѣемъ переходъ права отъ одного лица къ другому (L. 15 § 2 L. 67 D. 18, 1: *dominium transit, transfertur*). *Конститутивная сукцессія* состоитъ въ томъ, что *auctor*, на основаніи своего права и сохраняя его за собою, устанавливаетъ для *successor'a* другое право, которое ограничиваетъ затѣмъ право *auctor'a*, пока существуетъ (напр., собственникъ устанавливаетъ предіальной сервитутъ на свою вещь). Здѣсь нѣтъ *successio* въ тѣсномъ смыслѣ, т. к. нѣтъ перехода

¹ См. *Mitteis Röm. Privatrecht*, I, § 6.

² L. 175 § 1 D. 50, 17. Paul. 11 Plaut. Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. Напр., если собственность ауктора ограничена резолютивнымъ условіемъ, то съ этимъ ограниченіемъ она переходитъ и на преемника. Неправильно, однако, мотивируетъ свое рѣшеніе Ульпіанъ въ L. 20 § 1 D. 41, 1 См. объ этомъ *Dernburg I § 81 пр. 4 и пр. 1.*

права отъ одного лица къ другому; установленное въ пользу successor'a право не является составною частью права, принадлежащаго самому auctor'у, ибо это послѣднее не исчерпывается суммой отдѣльныхъ, болѣе узкихъ правъ, которыя могутъ быть установлены на его основаніи въ пользу другихъ лицъ³. Но понятіе successio здѣсь примѣнимо, потому что приобрѣтенное право и въ данномъ случаѣ опирается на производящее его право auctor'a, и на немъ отражаются пороки права, принадлежащаго auctor'у.

Путемъ successio переходятъ не только права, но и обязанности, даже сложныя правоотношенія, порождаящія изъ себя права и обязанности. Но во всѣхъ случаяхъ приобрѣтенныя successor'омъ правоотношенія зависятъ отъ объема правъ auctor'a.

По объему передаваемыхъ правъ и обязанностей различаются два вида successio: *successio singularis* и *successio universalis*. Различіе состоитъ въ томъ, что при *successio universalis* лицо *однимъ актомъ* своей воли или въ силу *единого событія* приобрѣтаетъ сразу *цѣлый комплексъ правъ и обязанностей*, все имущество извѣстнаго лица. Если для приобрѣтенія правъ такимъ способомъ необходимо участіе его воли, то правопреемникъ долженъ направить свою волю не на приобрѣтеніе каждаго права или обязанности въ отдѣльности, а на приобрѣтеніе всего имущества въ совокупности; въ результатъ онъ приобрѣтаетъ даже такія правоотношенія, о существованіи которыхъ не знаетъ.

При *successio singularis* совершается особый актъ приобрѣтенія по отношенію къ каждому отдѣльному праву.

Главный случай *successio universalis* есть *наслѣдованіе* (см. Насл. пр. § 1, III).

Слѣдуетъ помнить, что въ этихъ случаяхъ говорится о приобрѣтеніи *имущества*, но на самомъ дѣлѣ приобрѣтаются лишь отдѣльныя права и обязанности, входящія въ составъ имущества, однако единымъ, общимъ для всѣхъ нихъ актомъ: источники говорятъ о *successio per universitatem*, а не *in universitatem* (ср. выше § 29, III)⁴.

§ 36. Измѣненіе и уничтоженіе правъ. Отчужденіе и отказъ отъ права.

I. Отъ уничтоженія субъективнаго права и замѣны его новымъ правомъ слѣдуетъ отличать *измѣненіе* субъективнаго права. Различіе состоитъ въ слѣдующемъ: при измѣненіи право продолжаетъ существовать со всѣми своими преимуществами и недостатками, опираясь на прежнее основаніе своего возникновенія; только нѣкоторыя его свойства мѣняются¹. *При уничтоженіи права съ послѣдующей замѣной* его другимъ правомъ, напротивъ,

³ L. 63 D. (de usufr.) 7, 1 Paulus: Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest.

⁴ Gai. II. 97. L. 1 § 1 D. 23, 5 Paul. 36 ed. L. 62 D. 41, 1 Paul. 2 man. L. 1 § 13 D. 43, 3. Ulp. 67 ed.

¹ Т. напр. обязательство доставить опредѣленную вещь измѣняется, если должникъ умышленно уничтожитъ эту вещь, такъ какъ предметомъ предоставленія будутъ уже деньги; но обязательство остается прежнимъ; слѣдовательно, остаются въ силѣ обезпечивающіе его залоги и поручительства. *Dernburg*. I § 83 пр. 2. Ср. объ измѣненіи права соображенія *Hölder*'a Pand. стр. 174—182.

прежнее право погибает со всеми его свойствами и на его мѣсто устанавливается новое, которое какъ въ существѣ, такъ и въ деталяхъ можетъ отличаться отъ стараго права.

Измѣненія въ правѣ бываютъ двухъ родовъ. 1) Измѣненіе можетъ коснуться его *субъектовъ*: прежній субъектъ замѣняется другимъ; это т. н. транслативная сукцессія, о которой рѣчь была выше (въ § 35, II). 2) Измѣненіе можетъ коснуться *содержанія* права; влѣдствіе измѣненія, можетъ измѣниться объектъ права, право можетъ расширяться по содержанію (требованіе процентовъ при *morae debitoris*, т.-е. при просрочкѣ должника въ исполненіи обязательства) или сузиться (собственникъ устанавливаетъ для кого-либо *jus in re* на свою вещь, напр. сервитутъ, и тѣмъ стѣсняетъ себя въ осуществленіи своего права собственности);—усилиться (къ обязательству прибавлено поручительство) или лишиться части своей силы (кредиторъ даетъ отсрочку должнику).

II. Между полною гибелью права и сохраненіемъ имъ прежней силы возможно нѣчто среднее: нѣкоторые факты, не уничтожая права *вполнѣ*, *стѣсняють его осуществленіе*, т.-е. препятствуютъ или возникновенію *притязанія* изъ права, или полному осуществленію притязанія изъ даннаго права. Такими основаніями, стѣсняющими право (*Hemmungsgründe*), является, напр., дарованіе должнику отсрочки, право компенсаціи (т.-е. зачета двухъ обязательствъ), *exceptio non adimpleti contractus*², *beneficium competentiae*³ и т. п.

Различіе между правомъ стѣсненнымъ и уничтоженнымъ очень большое. Право стѣсненное не перестаетъ существовать. Поэтому тотъ, кто уплатилъ деньги сполна, не воспользовавшись *benef. competentiae*, не считается уплатившимъ недожное (L. 8. 9 D. 12, 6). Кромѣ того, право стѣсненное *ipso jure* возстановляется въ полной силѣ, когда уничтожится причина стѣсненія; право же уничтоженное не можетъ воскреснуть: чтобы возстановить его эффектъ, нужно установить новое право (см. напр. L. 18 D. 8, 1. L. 7 § 1 D. 23, 5).

III. *Полное уничтоженіе права или потеря* (даннаго) *субъектомъ* наступаетъ въ силу разнообразныхъ событій. Право можетъ погибнуть въ силу гибели управомоченнаго субъекта, объекта, обязаннаго субъекта, истеченія времени. Наибольшій интересъ представляютъ слѣдующіе виды уничтоженія или потери права, основанныя на *дѣйствіяхъ самого субъекта*:

1. Право можетъ быть *утрачено* субъектомъ влѣдствіе его собственныхъ дѣйствій, но *помимо его воли* (*Verwirkung des Rechts*). Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда объективное право, въ наказаніе за какія-либо неодобряемыя имъ дѣйствія, предписываетъ, что субъективное право должно или уничтожиться, или перейти къ другимъ лицамъ. (Примѣръ уничтоженія: при самоуправномъ осуществленіи обязательства кредиторъ теряетъ свое обязательственное право L. 12 § 2 D. 4, 2; примѣръ перехода: конфискація

² Т.-е. ссылка должника по двустороннему обязательству на то, что онъ не выполнитъ своей обязанности, пока другая сторона въ свою очередь не исполнитъ обязанности, которая возникла для нея изъ того-же договора; напр. продавецъ отказывается выдать вещь по требованію покупателя, пока послѣдній не уплатитъ дѣны. *Дерибуръ*, Обяз. пр. § 21.

³ Т.-е. ссылка должника на представляемое ему закономъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ право уплатить долгъ не въ полномъ размѣрѣ, а лишь настолько, насколько онъ можетъ это сдѣлать, не лишая себя самыхъ необходимыхъ средствъ къ жизни. *Дерибуръ*, *or. cit.* § 57.

собственности за неуплату таможенной пошлины L. 14 D. 39, 4; Вещн. пр. § 8, III).

2. *Отчуждение права (alienatio, Veräußerung)*. Въ широкомъ смыслѣ слова ⁴ подъ отчужденіемъ понимается *всякая умышленная утрата права или ограниченіе права* путемъ установленія правъ въ пользу третьихъ лицъ (залога, сервитута). Обыкновенно сюда относится также допущенное съ умысломъ прекращеніе права въ силу *давности, non usus* а и т. п. ⁵. *Завѣщательныя распоряженія* не включаются въ понятіе alienatio, ибо наследодатель при посредствѣ этихъ распоряженій не лишаетъ чего-либо ни себя, ни своихъ кредиторовъ ⁶. Въ этомъ смыслѣ понимается слово отчужденіе (alienatio), когда говорится о *запрещеніи отчуждать*, о *способностяхъ* къ отчужденію, объ оспариваніи отчужденій, сдѣланныхъ *in fraudem creditorum*. Слѣдуетъ замѣтить, однако, что въ этихъ случаяхъ понятіе отчужденія не всегда понимается одинаково ⁷: иногда оно охватываетъ и такія дѣйствія, которыя не подходятъ подъ наше опредѣленіе (напр. заключеніе обязательственнаго договора) ⁸.

Въ *тѣсномъ* смыслѣ слова подъ отчужденіемъ (alienatio) разумѣется лишь одинъ видъ умышленной утраты права — *переносъ права на другое лицо*, т. е. дѣйствіе, въ силу котораго прекращается принадлежность права одному лицу и въ то же время устанавливается принадлежность этого права другому лицу. Такъ какъ отчужденіе составляетъ единую сдѣлку, то право не утрачивается отчуждающимъ, если какія-нибудь обстоятельства воспрепятствуютъ возникновенію права въ лицѣ пріобрѣтателя ⁹.

3. *Отказъ отъ права (renuntiatio, Verzicht)*. Такъ называется *умышленное прекращеніе права его субъектомъ безъ установленія какого-либо права для другого лица*. Однако, вслѣдствіе отказа одного лица отъ своего права, для другого лица можетъ возникнуть возможность пріобрѣсти подобное же право (напр. при отказѣ собственника отъ своего права на вещь, послѣдняя становится res nullius, и каждый желающій можетъ ее оккупировать и пріобрѣсти въ собственность), или же вслѣдствіе отказа отъ права можетъ непосредственно улучшиться положеніе правъ другого лица (отказъ отъ jus in re улучшаетъ положеніе собственника вещи, отказъ отъ отрицательнаго права улучшаетъ положеніе субъекта отрицаемаго права: см. выше § 16, III). Въ подобныхъ случаяхъ говорятъ *объ отказѣ въ пользу другого лица*.

⁴ См. къ послѣдующему Regelsberger § 123. Windscheid 1 § 69 пр. 8—12. Hölder, стр. 182 слл.

⁵ L. 28 D. 50, 16. L. 3 § 1. L. 4. 5 D. 42, 8.

⁶ Ср. L. 8 § 3 D. 4, 7.

⁷ Такъ, отказъ отъ пріобрѣтенія легата есть alienatio въ L. 5 § 8 L. 27, 9 и не имѣетъ этого значенія въ L. 6 § 4 D. 42, 8.

⁸ L. 42 D. 41, 3. См. Windscheid I § 172 а пр. 1. Dernburg I § 217 пр. 7, 8 Czychlarz, Dotalrecht, стр. 204.

⁹ Такъ, по крайней мѣрѣ, рѣшаютъ относительно юридическаго владѣнія, possessio, Ульпіанъ (L. 34 пр. D. 41, 2) и Папиніанъ (L. 18 пр. D. 43, 16); иное мнѣніе высказываетъ Цельзъ (L. 18 § 1 D. 41, 2), но сомнительно, относятся-ли слова Цельза ко всемъ случаямъ отчужденія, или же только къ особымъ обстоятельствамъ даннаго случая (передача владѣнія сумасшедшему). Рѣшеніе Ульпіана гласитъ: Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianus miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus... sed non puto errantem acquirere: ergo nec amittet possessionem qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Ср. Regelsberger § 123 пр. 12. Dernburg I § 182 пр. 12. Windscheid I § 156 пр. 10. Brinz, 1 стр. 523 сл.

Отказываться можно отъ правъ, отдѣльныхъ правомочій и т. п., но всегда лишь отъ того, что приноситъ выгоду субъекту: нельзя отказываться отъ *обязанностей* и отъ такого юридическаго положенія, съ которымъ связаны какъ права, такъ и обязанности. — Отказываться можно и отъ открывающейся возможности пріобрѣтенія права¹⁰.—Когда, въ какой формѣ¹¹ и въ какихъ размѣрахъ допустимъ отказъ отъ права,—это можно рѣшить лишь при изученіи отдѣльныхъ институтовъ.

II глава. Юридическія сдѣлки.

§ 37. Юридическія дѣйствія. Юридическія сдѣлки. Виды и содержаніе послѣднихъ.

I. *Юридическимъ дѣйствіемъ* именуется обыкновенно поступокъ чело-вѣка, вызванный внутреннимъ актомъ воли и снабженный, какъ таковой, юридическими послѣдствіями (ср. § 19 выше). Дѣйствіе собственника, уничтожающаго свою вещь, хотя и ведетъ къ юридическимъ послѣдствіямъ (къ уничтоженію права собственности), но не является юридическимъ дѣйствіемъ, ибо эти послѣдствія связаны не съ дѣйствіемъ, какъ таковымъ, а съ гибелью вещи, отъ какихъ бы причинъ она ни послѣдовала. Юридическимъ дѣйствіемъ, впрочемъ, можетъ быть и *упущеніе*, т.-е. воздержаніе отъ активныхъ поступковъ, если инертное состояніе вызвано внутреннимъ актомъ воли. Иногда, однако, право связываетъ юридическія послѣдствія и съ такими упущеніями, которыя не являются дѣйствіями въ нашемъ смыслѣ, т.-е. устанавливаетъ эти послѣдствія независимо отъ того, вызвано ли упущеніе сознательною во-лею даннаго лица или нѣтъ (non usus при сервитутахъ); однако, въ нѣко-торыхъ изъ этихъ случаевъ необходимо, по крайней мѣрѣ, *знаніе* лица о фактахъ, требующихъ съ его стороны активного вмѣшательства¹.

II. Юридическія дѣйствія дѣлятся на два класса: 1) Дѣйствія *недозво-ленные* и именно въ силу этой недозволенности снабженные юридическими послѣдствіями. 2) Дѣйствія *дозволенные*; послѣднія въ свою очередь дѣлятся на два класса:

а) Дозволенные дѣйствія, снабженные юридическими послѣдствіями не-

¹⁰ Недопустимъ по римскому праву отказъ отъ наслѣдства, которое откроется послѣ смерти еще живущаго лица (L. 3 C. 6, 20. L. 16 D. 38, 16). Современное право допускаетъ такой отказъ (Erbverzicht). *Dernburg*, т. III § 127.

¹¹ Первоначально римское право требовало, чтобы права уничтожались въ той же формѣ, въ какой они возникали (L. 1 D. 41, 7); поэтому въ большинствѣ случаевъ для отказа отъ права требовался договоръ. Но затѣмъ было признано, что относительно правъ, которымъ не соотвѣтствуетъ опредѣленный обязанный субъектъ, достаточно односторонняго акта (derelictio, какъ отказъ отъ собственности).—Относительно фактическаго состава дереликціи юристы спорили: L. 2 § 1 D. 41, 7. Paul. 54 ed. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.

¹ Напр., противъ хозяина раба дается а. tributoria, если рабъ ведетъ торговлю съ вѣдома своего хозяина или при отсутствіи запрета со стороны послѣдняго L. 1 § 3 D. 14, 4: non enim velle debet dominus, sed non polle.—Другой примѣръ: отецъ можетъ требовать обратно dos, если дочь, за которой приданое установлено, знаетъ объ этомъ и не противорѣчить: L. 2 § 2 D. 24, 3.—Подробно анализируетъ понятіе дѣйствія *Д. Гриммъ*. Основы ученія о юридич. сдѣлкѣ (1900 г.), стр. 93—300; см. гамъ и обзоръ литературы вопроса.

желательными для дѣйствующаго лица. Именно, съ нѣкоторыми дѣйствіями право связываетъ обязанность къ возмѣщенію убытковъ, хотя дѣйствія эти и не являются недозволенными. Такъ владѣльцы общепасныхъ, но дозволенныхъ, даже поощряемыхъ, предпріятій (желѣзныхъ дорогъ, фабрикъ) обязаны возмѣщать убытки, нанесенные другимъ лицамъ при эксплуатаціи этихъ предпріятій, хотя бы убытки возникли безъ вины хозяевъ предпріятія; лицо, отыскивающее свои вещи, зарытыя на участкѣ другого лица, должно возмѣстить убытки, которые возникнутъ для собственника земли при этихъ поискахъ, хотя бы убытки возникли помимо вины ищущаго лица (L. 15 D. 10, 4).

б) Дозволенные дѣйствія, снабженные юридическимъ эффектомъ, который *не является нежелательнымъ* для дѣйствующаго лица. При этомъ опять слѣдуетъ дѣлать различіе: часто дѣйствующее лицо *стремится* вызвать именно эти юридическія послѣдствія. Примѣромъ можетъ служить заключеніе договора купли—продажи, найма. При другихъ дѣйствіяхъ возникающія въ результатъ послѣдствія не являются нежелательными, но дѣйствующее лицо не имѣло въ виду достигъ именно эти послѣдствія. Напр., при составленіи и напечатаніи научнаго сочиненія авторъ обыкновенно думаетъ только объ установленіи истины и ея оглашеніи; приобретаемое имъ при этомъ авторское право не есть послѣдствіе нежелательное; но объ установленіи его авторъ могъ и не думать. Первые дѣйствія именуется *юридическими сдѣлками*, а вторыя можно назвать *дѣйствіями, подобными юридическимъ сдѣлкамъ*².

Настоящая глава посвящена разсмотрѣнію общихъ положеній о *юридическихъ сдѣлкахъ*, слѣдующая будетъ говорить о недозволенныхъ дѣйствіяхъ.

III. *Юридическая сдѣлка*³ есть, такимъ образомъ, *дозволенное дѣйствіе одного или нѣсколькихъ частныхъ лицъ, посредствомъ котораго эти лица желаютъ вызвать юридическія послѣдствія, соответствующія ихъ интересамъ*. Стремленіе сторонъ достигъ нормальныхъ юридическихъ послѣдствій, притомъ, — *существенно* для возникновенія этихъ послѣдствій (воровство не превращается въ юридическую сдѣлку, хотя-бы воръ совершилъ его съ намѣреніемъ попасть въ тюрьму). Такимъ образомъ, при всякой юридической сдѣлкѣ должно быть на-лицо *намѣреніе сторонъ* вызвать своими дѣйствіями ихъ нормальныя юридическія послѣдствія⁴. Если стороны не желаютъ возникновенія *юридическихъ* послѣдствій, то мы имѣемъ передъ собою не юридическую сдѣлку, а бытовое соглашеніе, которое устанавливаетъ только нравственную обязанность къ его исполненію. Не требуется, чтобы стороны знали точно названіе заключаемой ими сдѣлки и могли перечислить все юридическія слѣдствія, которыя они желаютъ достигъ; достаточно, чтобы изъ ихъ намѣреній юристъ могъ почерпнуть необходимыя данныя для построенія

² См. *Regelsberger* § 129.

³ *Regelsberger* § 135. Ср. *Gierke*, *Deutsch. PR.* I § 33. *Windscheid* I § 69. *Brinz* IV § 522. *Dernburg* I § 91. Ср. *Crome*, *Syst.* I § 72. *Hölder*, стр. 210 слл. Понятію юридической сдѣлкѣ въ римской терминологіи прежде всего соответствуетъ слово „negotium“ (напр., § 8 I. 3, 19) или „gestum“ преторскаго эдикта (L. 1 pr. D. 4, 2. L. 1 § 1 D. 4, 4). См. *Dernburg* I § 91 пр. 3. *Regelsberger*, стр. 488 пр. I. *Ferrini*, стр. 142 пр. 1.

⁴ L. 3 § 1 D. 44, 7 *Paulus* 2 *inst.* Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est.

известной юридической сдѣлки⁵. Юристъ обыкновенно не можетъ даже проникнуть въ конкретное содержаніе воли данныхъ лицъ при совершеніи данныхъ дѣйствій: ему приходится довольствоваться типическимъ намѣреніемъ, т. е. тѣмъ, которое въ жизни обыкновенно связывается съ такого рода дѣйствіями⁶.

IV. Юридическія сдѣлки дѣлятся на нѣсколько видовъ.

1) *Одностороннія сдѣлки и двустороннія или договоры*. Односторонними называются такія, которыя состоятъ въ изъявленіи воли одного только лица (напр., *aditio hereditatis*). Двустороннія сдѣлки или договоры суть тѣ сдѣлки, которыя состоятъ въ согласованіи воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ⁷.

2) Сдѣлки *inter vivos* и *mortis causa*⁸. Различіе состоитъ въ томъ, что сдѣлки *mortis causa* предназначены регулировать судьбу имущества лица послѣ его смерти. Поэтому онѣ вступаютъ въ силу лишь со смертью лица. Большею частью эти сдѣлки могутъ быть отмѣнены до самой смерти лица. Въ виду этого онѣ называются также сдѣлками, содержащими *последнюю волю лица* (*letzwillige Verfügungen*). Обыкновенно (но не всегда: *donatio mortis causa*) эти сдѣлки односторонни (тестамента, кодицилы).

3) Юридическія сдѣлки, касающіяся имущества, дѣлятся на *возмездныя* (*negotia onerosa*) и *безвозмездныя* (*negotia lucrativa*), смотря по тому, преслѣдуетъ ли сдѣлка приобрѣтеніе имущественной выгоды одной стороною за эквивалентъ, получаемый отъ другой стороны, или же одна сторона приобрѣтаетъ выгоду безъ всякаго эквивалента для другой стороны. Источники говорятъ только о приобрѣтеніи *ex causa lucrativa* (L. 83 § 6 D. 45, 1 L. 4 § 31 D. 44, 4 L. 17, 19 D. 44, 7).

V. Относительно *содержанія* каждой юридической сдѣлки слѣдуетъ замѣтить: 1) Въ каждой сдѣлкѣ есть, во-первыхъ, такіе признаки, которые должны быть *непременно* известнымъ образомъ установлены сторонами, чтобы соглашеніе сторонъ можно было отнести къ опредѣленной категоріи признанныхъ правомъ сдѣлокъ: это—*essentialia negotii*. Напр., для купли-продажи *essentialia negotii* состоятъ въ соглашеніи продавца и покупателя о цѣнѣ и товарѣ; только при наличности такого соглашенія сдѣлка признается за куплю-продажу. — 2) Сверхъ этихъ существенныхъ элементовъ, въ составъ сдѣлки могутъ входить и такіе, которые *обыкновенно* въ сдѣлкѣ даннаго рода присутствуютъ, но не являются необходимыми, такъ что они могутъ быть исключены сторонами. Такіе элементы называются *naturalia negotii*. Напр., съ куплей-продажей обыкновенно связывается отвѣтственность про-

⁵ Ср. къ этому *Dernburg*, I § 91, 2. *Regelsberger*, стр. 489 сл.

⁶ L. 7 § 12 D. 2, 14 Ulp. 4 ed. Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: „rogavit Titius, spondit Maevius“, haec vero non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

⁷ L. 1 § 1 D. 2, 14. Ulp. 4 ed. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. Нужно отличать отъ дѣленія сдѣлокъ на одно- и двустороннія, дѣленіе обязательственныхъ договоровъ на односторонніе и двусторонніе: договоръ всегда двусторонняя сдѣлка, но онъ называется одностороннимъ договоромъ, если изъ него возникаютъ обязанности лишь для одной стороны (*mutuum*).—Главною областью примѣненія договоровъ являются обязательственныя отношенія, но есть и *вещные* договоры, устанавливающіе вещныя права (*traditio*), *семейные* договоры, устанавливающіе семейныя отношенія (бракъ).

⁸ L. 25 pr. D. 5, 2. L. 1 pr. D. 38, 4. L. 67 § 1 D. 50, 16.

давца за скрытые недостатки товара; но она может быть исключена по воле сторонъ. 3) Наконецъ, стороны могутъ внести въ сдѣлку какую-либо оговорку, напр., условіе или срокъ, которая не существенна для самого понятія заключаемой сдѣлки, и обыкновенно даже отсутствуетъ, т. к. она не вытекаетъ изъ ея природы. Такія оговорки именуется *accidentalialia negotii*.— Въ отдѣльномъ случаѣ, конечно, стороны могутъ придать такое значеніе какому-либо *naturale* или *accidentale negotii*, что сдѣлка не можетъ считаться заключенной, пока не послѣдуетъ полнаго соглашенія сторонъ относительно этого пункта.

§ 38. Изъявленіе воли. Его сущность и форма.

1) Каждое юридическое дѣйствіе есть, согласно нашему опредѣленію (см. § 37, I), проявленіе воли во внѣ. Таковымъ является и юридическая сдѣлка. Юридическая сдѣлка есть проявленіе во внѣ желанія сторонъ вызвать извѣстныя юридическія послѣдствія; она по существу своему — *изъявленіе воли* (*Willensäusserung*). Поэтому, прежде всего, при анализѣ существа юридической сдѣлки мы должны обратить вниманіе на эту ея сторону.

Для права имѣетъ значеніе не одно только намѣреніе и внутреннее содержаніе воли, но *воля, проявившаяся во внѣ* и такимъ образомъ сдѣлавшаяся доступной для познанія со стороны третьихъ лицъ и органовъ судебной власти. *Способы проявленія воли во внѣ* весьма разнообразны. Главнымъ является, конечно, слово. Но слово не есть самая воля, а лишь способъ ея выраженія (этого различія, кажется, не дѣлало древнѣйшее римское право)¹ и, съ другой стороны, слово не есть единственный способъ изъявленія воли. Воля можетъ быть изъявлена всевозможными способами: разнаго рода движеніями, даже умолчаніемъ². Значеніе *молчанія* современной теоріей опредѣляется такъ: тотъ, кто молчитъ при обстоятельствахъ, когда другая сторона, по воззрѣніямъ, сложившимся въ гражданскомъ оборотѣ, можетъ принять его молчаніе за знакъ согласія, и кто, зная объ этомъ, вопреки добрымъ нравамъ, не заявляетъ о своемъ несогласіи, тотъ признается согласившимся³.

¹ См. *Ihering*, *Geist*, II § 44. *Voigt*, *Jus nat.* III, § 2, § 5.

² Кивокъ головой L. 52 § 10 D. 44, 7, указаніе пальцемъ L. 6 D. 12, 1. — Особый интересъ представляютъ т. наз. *facta concludentia*, т. е. дѣйствія, преслѣдующія по существу свою особую цѣль, но въ то же время позволяющія также умозаключить о наличности еще другой цѣли. Сюда относятся, напр., принятіе процентовъ за слѣдующій годъ, какъ средство выраженія воли отерочить на годъ взысканіе долга L. 57 pr. D. 2, 14; врученіе должнику долгового документа, какъ знакъ прощенія долга L. 2 § 1 D. 2, 14; *pro herede gestio* L. 20 pr. D. 29, 2 (Насл. пр. § 19, I, 4). Конечно, допускается доказательство, что съ такимъ дѣйствіемъ въ данномъ случаѣ не было связано намѣренія, которое изъ него обыкновенно умозаключается: это доказательство можно заранѣе обезпечить *protестомъ*, заявленнымъ при самомъ совершеніи дѣйствія L. 20 § 1 D. 29, 2. Но: *protestatio facto contraria non valet*.

³ Двусмысленно выраженіе въ L. 142 D. 50, 17 Paulus 56 ed. *Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare* (повторено въ с. 44 in VI-to 5, 12); см. объ этомъ отрывкѣ *Dernburg*, I § 98, пр. 14. — Совершенно неправильно положеніе с. 43 in VI-to eod. *Qui tacet, consentire videtur*. — При толкованіи изъявленій воли общимъ правиломъ является, что никто не можетъ освободиться отъ отвѣтственности за свои дѣйствія ссылкой на то, что онъ поступалъ нечестно, противно добрымъ нравамъ. См. напр., L. 4 pr. D 44, 4.

II. Различаются два рода юридических сдѣлокъ, смотря по формѣ изъясненія воли, требуемой закономъ при ихъ заключеніи.

1) *Неформальныя* сдѣлки. Такъ называются тѣ сдѣлки, для дѣйствительности которыхъ законъ не требуетъ никакой опредѣленной формы изъясненія воли во вѣѣ. Эти сдѣлки дѣйствительны, если каждая сторона выразила свою волю въ любой формѣ, лишь бы содержаніе изъясненной воли было понято другой стороной и вообще другими заинтересованными лицами.

2) *Формальныя* сдѣлки. Такъ называются тѣ сдѣлки, дѣйствительность которыхъ поставлена правомъ въ зависимость отъ соблюденія извѣстной формы выраженія воли во вѣѣ⁴. Форма можетъ быть разнаго рода. Въ древнемъ римскомъ правѣ форма сдѣлокъ отличалась образностью и сложностью (*stipulatio, in jure cessio*), и соблюденіе ея предписывалось при большинствѣ сдѣлокъ. Въ новѣйшемъ римскомъ правѣ самая сущность формъ упрощена, и область примѣненія ихъ значительно сужена. Однако, римское право не признавало того принципа, который выработанъ позднѣйшею доктриною и проникаетъ всѣ современныя законодательства. Этотъ принципъ состоитъ въ томъ, что, за исключеніемъ особыхъ случаевъ, гдѣ законъ предписываетъ соблюденіе извѣстной формы, всякое серьезное изъясненіе воли въ любой формѣ имѣетъ юридическое значеніе при наличности соответствующаго намѣренія сторонъ, если изъясненіе воли не противно общимъ принципамъ права и нравственности. Въ римскомъ правѣ полной юридической силой были снабжены только нѣкоторыя неформальныя сдѣлки, прямо предусмотрѣнныя закономъ. (L. 7 § 4 D. 2, 14. Ulpianus: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Paul. 2, 14, 1).

Формы сдѣлокъ, встрѣчающіяся въ новомъ римскомъ правѣ, слѣдующія: привлеченіе свидѣтелей, составленіе письменнаго документа, внесеніе документа въ правительственное учрежденіе (*actis, gestis insinuare*). Эти формы устанавливаются въ развитомъ правѣ по различнымъ соображеніямъ: для того, чтобы заставить сторонъ внимательно обдумать свое рѣшеніе, прежде чѣмъ окончательно связать себя имъ (*инсинуація* при большихъ дареніяхъ); для того, чтобы заставить точно и безспорно выразить свою волю (употребленіе слова *heres* при назначеніи наслѣдника); для того, чтобы обезпечить фактъ заключенія данной сдѣлки отъ оспариванія (свидѣтели, письмо)⁵.

Несоблюденіе предписанной закономъ формы ведетъ къ умаленію юридической силы сдѣлки. Влечетъ-ли несоблюденіе предписанной формы за собой полную недѣйствительность сдѣлки, или же сдѣлка сохраняетъ извѣстное ослабленное значеніе,—зависитъ отъ назначенія и цѣли формы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Иногда сами стороны условливаются, помимо предписанія закона, облечь свою сдѣлку въ извѣстную форму. Въ этомъ случаѣ послѣдствія несоблюденія формы зависятъ отъ толкованія воли сторонъ⁶.

⁴ Это названіе употребляется, впрочемъ, иногда какъ синонимъ абстрактныхъ сдѣлокъ, о которыхъ см. § 43, IV, 2.

⁵ Практическую оцѣнку формализма см. у *Ihering Geist*, т. II стр. 478 слл. *Girard* стр. 418 слл.

⁶ Впрочемъ, Юстиніанъ предписалъ въ С. 17 С. 4, 21 (ср. рг. I. 3, 23), что, если стороны согласились облечь *обязательственный* договоръ въ письменную форму, то эта форма является условіемъ дѣйствительности сдѣлки. См. подробное толкованіе у *Keller, Pand.* (2-е изд. 1866 г.), т. I стр. 485 сл.

§ 39. Соотвѣтствіе воли ея внѣшнему изъявленію.

I. Съ несоотвѣтствіемъ изъявленной воли внутренней воли автора волеизъявленія право, которое (въ отличіе отъ морали см. § 1, II, 1) имѣетъ дѣло преимущественно съ внѣшне-уловимыми фактами, можетъ считаться только въ слѣдующемъ смыслѣ. Воля каждаго лица познается другими лицами лишь на основаніи той внѣшней обстановки, при которой она изъявлена, и на основаніи всего поведенія лица, изъявляющаго ее ¹. Изъ числа всѣхъ этихъ фактовъ, однако, принято выдѣлять лишь нѣкоторые—тѣ, которые даютъ *главный матеріалъ* для познанія содержанія воли; ихъ принято называть изъявленіемъ воли. Такими фактами являются, главнымъ образомъ, *слово* или *письмо*; но эту роль можетъ играть и всякій иной знакъ или движеніе тѣла. Содержаніе воли, выраженной путемъ этихъ *главныхъ* способовъ ея изъявленія, можетъ оказаться несогласнымъ съ тѣмъ содержаніемъ воли, которое обнаруживается изъ разсмотрѣнія *всей остальной обстановки*, при которой совершилось изъявленіе воли. Тогда право признаетъ, что *изъявленіе воли не соотвѣтствуетъ дѣйствительной, внутренней воли лица*, сдѣлавшаго это изъявленіе.

II. При каждомъ изъявленіи воли слѣдуетъ различать волю двоякаго содержанія: *намѣреніе сдѣлать самое изъявленіе воли*, и волю, *которая должна составить содержаніе этого изъявленія*. Сдѣланное изъявленіе можетъ не согласоваться какъ съ той, такъ и съ другой волею ².

A. По внѣшности существуетъ видимость изъявленія воли, но данное лицо *не желало сдѣлать этого изъявленія* воли. Сюда относятся, напр., случаи *vis absoluta*: моею рукою водятъ насильно, для созданія моей подписи на долговомъ документѣ. Сюда относится и такой случай: почтальонъ по ошибкѣ приноситъ мое письмо однофамильцу моего адресата; лицо, получившее письмо, думаетъ, что я именно ему предлагаю вступить въ сдѣлку, о которой говорится въ письмѣ, и съ своей стороны изъявляетъ согласіе на эту сдѣлку. На самомъ дѣлѣ съ моей стороны тутъ не было никакого изъявленія воли (я имѣлъ въ виду другое лицо), и я, очевидно, не связанъ одной лишь видимостью волеизъявленія.

B. Я желаю сдѣлать данное изъявленіе воли, но его *содержаніе* не соотвѣтствуетъ *содержанію* моей дѣйствительной, внутренней воли. Изъявленіе воли можетъ не соотвѣтствовать дѣйствительному содержанію внутренней воли по разнымъ причинамъ.

a) Несоотвѣтствіе можетъ быть вызвано по *намѣренію* лица, изъявляющаго волю. Оно изъявляетъ волю повидимому съ серьезнымъ юридическимъ содержаніемъ, а на самомъ дѣлѣ или вовсе не хочетъ вступить въ юридическую сдѣлку, или хочетъ вступить въ другую сдѣлку. Это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

α) При изъявленіи воли въ *шутку*, на сценѣ, для примѣра при обученіи.

¹ См. объ этомъ *Гриммъ*, *op. cit.* стр. 233 сл.

² Противъ этой терминологіи высказывается *Гриммъ*, стр. 280 сл., предлагая другую—психологическую классификацію случаевъ несоотвѣтствія воли и ея внѣшняго изъявленія: см. тамъ обзоръ литературы, стр. 246—280.

β) При изъявленіи воли съ невыраженнымъ во внѣ намѣреніемъ *обмануть* то лицо, которому воля изъявляется; это возможно не только со злымъ умысломъ, но и безъ злого умысла—*bona mente* (чтобы успокоить больного, я вступаю съ нимъ въ сдѣлку, которую не имѣю въ виду исполнить). Это—случай такъ наз. *reservatio mentalis*.

γ) При изъявленіи воли вступить въ извѣстную юридическую сдѣлку, когда авторъ изъявленія на самомъ дѣлѣ не хочетъ вступить ни въ какую юридическую сдѣлку, или хочетъ вступить не въ ту сдѣлку, которую онъ заключаетъ по внѣшности; тутъ лицо, изъявляющее волю, обманывается не того, кому оно изъявляетъ волю, какъ при *reservatio mentalis*, а *остальныхъ третьихъ лицъ, всѣхъ постороннихъ*.—Это *simulatio*; напр., мнимая продажа имущества злостнымъ банкротомъ; продажа вещи мужемъ женѣ въ обходъ запрета даренія между супругами³.

б) Несоотвѣтствіе содержанія изъявленной воли содержанию внутренней воли автора изъявленія можетъ наступить *безсознательно* для лица, которое изъявляетъ не ту волю, какая у него на самомъ дѣлѣ есть. Это—т. н. *error, заблужденіе*. Въ частности возможны слѣдующіе случаи этого рода:

а) Возможна ошибка въ *механическомъ процессѣ* изъявленія воли: можно проговориться, сдѣлать опіску (напр., контрагентъ говорить Іюнь, вмѣсто: Іюль);

β) можно сказать одно слово вмѣсто другого, вслѣдствіе невѣрнаго представленія о *смыслѣ употребленнаго слова* (напр., австрійскій купецъ говорить въ Голландіи о гульденѣ, не зная, что голландскій гульденъ больше австрійскаго);

γ) можно, наконецъ, сказать при заключеніи договора нѣчто не соотвѣтствующее настоящей волѣ, вслѣдствіе невѣрнаго представленія о *смыслѣ* изъявленія воли, сдѣланнаго *другой стороной*, участвующей въ заключаемой сдѣлкѣ (напр., А говорить, что продаетъ мнѣ *fundus Cornelianus*, а я думаю, что онъ имѣетъ въ виду *fundus Sempronianus*). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ по внѣшности на лицо *consensus*, а на самомъ дѣлѣ есть *dissensus*. Въ современной нѣмецкой литературѣ это явленіе именуется *недоразумѣніемъ* (*Missverständniss*).

III. Слѣдуетъ-ли отдавать предпочтеніе изъявленной волѣ или дѣйствительной волѣ, насколько она можетъ быть обнаружена изъ всѣхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ изъявленіе воли? Вопросъ этотъ очень споренъ въ литературѣ. Источники содержатъ не вполне ясныя указанія. Съ одной стороны естественно видѣть въ изъявленіи воли лишь внѣшнее средство для познанія воли, и переносить центръ тяжести на дѣйствительную волю, поскольку она можетъ быть обнаружена изъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Съ другой стороны необходимо принять во вниманіе, что такимъ рѣшеніемъ вопроса мы бы поставили въ очень невыгодное положеніе лицъ, которыя полагаются на сдѣланныя имъ другими изъявленія воли: въ моментъ воспріятія сдѣланнаго имъ изъявленія эти лица не всегда могутъ знать и оцѣнить всѣ тѣ обстоятельства, при которыхъ сдѣлано воспринимаемое ими изъявленіе, и уяснить себѣ волю изъявляющаго во всѣхъ ея отбѣнкахъ; они по необходимости должны полагаться на то содержаніе воли, которое обнаруживается

³ Т. е. совершая по внѣшности договоръ, оно обманываетъ не своего контрагента по этому договору; совершая по внѣшности одностороннюю сдѣлку, оно обманываетъ не то лицо, на правоотношенія котораго эта сдѣлка должна бы была дѣйствовать, если бы была совершена серьезно.

изъ извѣстнаго, общепринятаго способа ея изъявленія, изъ слова, письма и т. п.

Ради прочности оборота поэтому необходимо иногда связывать лицо, изъявившее волю, не его внутренней волею, а волею, какъ она представилась адресату. Но въ какихъ случаяхъ умѣстно прибѣгать къ такой мѣрѣ? Намъ кажется, что наиболѣе согласный съ источниками отвѣтъ на этотъ вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ ⁴.

Необходимо различать два вида юридическихъ сдѣлокъ: *сдѣлки оборотныя и необоротныя*, т.-е. сдѣлки, составляющія дѣловой, имущественный и возмездный оборотъ, и сдѣлки, не имѣющія такого характера: семейноправовыя, предсмертныя сдѣлки, даренія.

Только при заключеніи первыхъ есть основаніе связывать изъявителя воли той волею, которой онъ на самомъ дѣлѣ не имѣлъ, но которую адресатъ имѣлъ право предположить у него, въ виду доступныхъ адресату обстоятельствъ, сопровождавшихъ изъявленіе воли. Въ результатѣ получаются слѣдующіе общіе принципы:

а) При *необоротныхъ* сдѣлкахъ лицо связано лишь той волею, которую оно на самомъ дѣлѣ имѣло, поскольку ее можно выяснитъ изъ *всѣхъ* обстоятельствъ, сопровождающихъ изъявленіе воли ⁵. Если воля, изъявленная имъ, въ *существенномъ* пунктѣ *отличается* отъ настоящей, п это можно доказать, то изъявленіе воли ничтожно.

б) При *оборотныхъ* сдѣлкахъ лицо, изъявившее волю, несогласную съ его дѣйствительной волей, иногда связано изъявленной волей въ томъ видѣ, какъ ея содержаніе могъ понять адресатъ, относясь къ ней, съ своей стороны, съ должнымъ вниманіемъ. Это имѣетъ мѣсто, въ особенности, въ томъ случаѣ, когда невѣрное содержаніе воли, принятое адресатомъ за правильное, можетъ быть *вмѣнено въ вину* автору изъявленія воли.

Если автору изъявленія воли нельзя вмѣнить въ вину, что его воля неправильно понята адресатомъ, но причина недоразумѣнія заключается все-же въ *дѣйствіи* лица, совершившаго изъявленіе воли, то многіе современные юристы признаютъ умѣстнымъ возлагать отвѣтственность на это лицо за такъ называемый *отрицательный договорный интересъ* (das negative Vertragsinteresse), т.-е. за тѣ убытки, которые возникли для другой стороны отъ того, что она положила на правильность воспринятаго ею изъявленія воли. Для римскаго права существованіе такой нормы не доказано ⁶.

IV. Согласно съ этими общими принципами можно установить слѣдующія правила для *отдѣльныхъ случаевъ* несоотвѣтствія изъявленной воли дѣйствительной.

1) Сдѣлки, заключенныя *въ шутку, для примѣра* и т. п., по общему правилу, не имѣютъ силы. Если же это были оборотныя сдѣлки, и несерьезность лица, изъявляющаго волю, не могла быть ясна адресату даже при

⁴ См. *Regelsberger*, §§ 140 — 142. *Dernburg*. I §§ 99 — 102. Ср. *Windscheid*, I § 75—77. Очень убѣдительныхъ доказательствъ изъ источниковъ нельзя привести въ пользу этой теоріи; но и противъ нея нѣтъ основательныхъ возраженій, опирающихся на источники; съ общимъ же духомъ римской юриспруденціи эта теорія вполне гармонируетъ.

⁵ L. 7 D. 24, 2 (разводъ); L. 2 C. 8, 48 (49) (эманципация); L. 9 pr. D. 28, 5. L. 24 D. 29, 1 (назначеніе наслѣдника); L. 90 pr. D. 30. L. 64 D. 31. L. 69 pr. D. 32 L. 14 pr. C. 5, 16 (легать); L. 10 C. 8, 53 (54) (дареніе) и т. д.

⁶ См. объ этомъ *Ihering*, *Culpa in contrahendo* въ *Gesamm. Aufs.*, т. I стр. 327 см. Ср. *его-же* *Verm. Schr.* стр. 197 пр. 73. *Dernburg*, т. II § 10 пр. 11. *Bürg. Gesetzbuch* § 307.

должномъ вниманіи съ его стороны, то онѣ дѣйствительны при наличности субъективной вины со стороны автора волеизъявленія (при отсутствіи вины возможно лишь требованіе отрицательнаго интереса—*negatives Vertragsinteresse*, по современной теоріи).

2) *Reservatio mentalis* не имѣетъ никакого значенія при оборотныхъ сдѣлкахъ, если ея наличность не была ясна для адресата волеизъявленія. Слѣдовательно, лицо, сознательно умолчавшее въ цѣляхъ обмана о томъ, что оно не имѣетъ въ виду дѣйствительно заключить сдѣлку, о которой идетъ рѣчь, должно исполнить сдѣлку, если адресатъ не могъ догадаться о несерьезности сдѣланнаго ему изъясненія воли ⁷.

3) Сдѣлки *симулированныя* — ничтожны ⁸. Если за симулированной сдѣлкой скрывалась другая, то послѣдняя дѣйствительна, когда налицо всѣ требуемыя для нея условія (чего, обыкновенно, не бываетъ, ибо симуляція совершается, большею частью, для того, чтобы прикрыть ею сдѣлку, почему-либо не допускаемую правомъ ⁹). На ничтожность симулированной сдѣлки могутъ ссылаться какъ сами стороны, такъ и третьи лица; но нельзя на нее ссылаться во вредъ третьимъ лицамъ, которыя *bona fide* возмездно приобрѣли право на основаніи симулированной сдѣлки.

Отъ симулированныхъ сдѣлокъ нужно отличать нѣкоторыя сходныя съ ними явленія. Сюда относятся слѣдующіе виды сдѣлокъ.

а) *Мнимыя сдѣлки*. Такъ называются сдѣлки, которыя въ силу обычая примѣняются не съ той цѣлью, для которой онѣ предназначены по всему своему строю. Въ древнемъ римскомъ правѣ эти сдѣлки были обычнымъ явленіемъ въ виду проникавшаго все право формализма и потребности въ юридической экономіи (*in jure cessio*, напр., есть судебный споръ, примѣненный искусственно для переноса правъ; *testamentum*, совершается въ формѣ *mancipatio*, т.-е. въ видѣ мнимой продажи имущества) ¹⁰.

б) *Фидуціарныя сдѣлки*. Здѣсь стороны примѣняютъ для достиженія извѣстной практической цѣли такую юридическую сдѣлку, эффектъ которой идетъ значительно дальше ихъ цѣли. (*Fiducia cum creditore* состояла, напр., въ томъ, что должникъ переносилъ на кредитора для обезпеченія его права требованія—право собственности на свою вещь, вмѣсто установленія залогового права. Желая поручить кому-либо взысканіе по обязательству, кредиторъ переносилъ для этой цѣли свое обязательственное право на своего представителя, дѣлая его кредиторомъ по обязательству взамѣнъ себя самого). Въ этихъ случаяхъ стороны никого не обманываютъ; онѣ хотятъ заключить ту сдѣлку, которую заключаютъ, но избираютъ слишкомъ сильное средство для своихъ цѣлей. Дѣлается это или за неимѣніемъ въ правѣ болѣе подходящихъ средствъ, или въ виду неудобства существующихъ средствъ.

в) *Сдѣлки въ обходъ закона (in fraudem legis)*. Желая достигъ цѣли, противной закону, стороны заключаютъ сдѣлку, не подходящую по буквѣ подъ текстъ закона, но ведущую къ достиженію того практическаго результата, съ которымъ борется законъ (напр., продается какая либо вещь въ

⁷ Ср. къ этому L. 1 § 1 D. 13, 7 L. 30 pr. D. 16, 1 L. 10 § 1 D. 27, 10. L. 13 D. 39, 5. Вещное пр. § 22 пр. 21.

⁸ L. 36 L. 55 D. 18, 1. L. 4 §§ 5. 6 D. 18, 2. L. 64 D. 24, 1. L. 54 D. 44, 7. L. 21 C. 2, 4. L. 2 C. 4, 22. L. 3 C. 5, 17.

⁹ L. 3. L. 9 C. 4, 38 L. 6 § 2 C. 4, 50.—L. 5 § 5 L. 7 § 6 D. 24, 1. L. 20 C. 5, 16.

¹⁰ *Ihering*, *Geist*, т. II § 46, т. III § 58.

кредитъ, вмѣсто дачи денегъ взаймы, въ обходъ *Setum Macedonianum*, которое запрещало давать деньги взаймы подвластнымъ сыновьямъ семейства). Такія сдѣлки ничтожны, ибо пормы права должны примѣняться не по буквѣ своей, а согласно съ ихъ цѣлью¹¹. Здѣсь нѣтъ симуляціи, ибо стороны дѣйствительно желали заключить ту сдѣлку, которую заключили.

4) При заблужденіи или *dissensus*, касающемся *существеннаго* пункта, необоротныя сдѣлки признаются ничтожными безусловно, если этого потребуетъ лицо заблуждавшееся (то, что сторона заблуждающаяся *хотѣла* сказать, также не имѣетъ силы, ибо она этого не сказала)¹². Оборотныя сдѣлки, въ случаѣ *существеннаго* заблужденія, также уничтожаются по требованію заблуждавшейся стороны, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда другая сторона не могла распознать заблужденія, а самое заблужденіе было *неизвинительнымъ*.

а) Заблужденіе считается *неизвинительнымъ*, когда заблуждавшееся лицо *субъективно виновно* въ своемъ заблужденіи. *Error facti* считается неизвинительнымъ, когда онъ вызванъ *culpa lata* (L. 3 L. 6 L. 9 § 2 D. 22, 6; о *culpa lata* см. § 49). *Error juris* считается неизвинительнымъ всегда, кромѣ случаевъ, когда заблуждавшійся лишенъ былъ возможности получить справку о содержаніи нормъ права, или когда полученная имъ справка была невѣрна, или, наконецъ, когда *error juris* допущенъ извѣстными лицами, которымъ оказывается снисхожденіе, какъ то: женщины, *minores XXV annis*, *milites*, *rustici* (L. 9 pr. § 1—3 D. 22, 6. L. 1 § 5 D. 2, 13). Такимъ образомъ, не вполнѣ вѣрно правило, гласящее: *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*¹³.

б) Что считать *существеннымъ* заблужденіемъ или *существеннымъ dissensus*? Источники не даютъ яснаго отвѣта на этотъ вопросъ. На основаніи ихъ казуистики, однако, можно формулировать *такое положеніе: все зависитъ отъ воззрѣній, установившихся въ оборотъ на значеніе даннаго обстоятельства для отдѣльнаго вида сдѣлокъ*¹⁴.

Существеннымъ является такой пунктъ, который, по господствующимъ въ оборотѣ воззрѣніямъ, не можетъ не имѣть серьезнаго значенія для стороны, сдѣлавшей изъявленіе воли. Если, по господствующимъ воззрѣніямъ, сторона не сдѣлала бы даннаго распоряженія, зная о дѣйствительномъ положеніи дѣла, то заблужденіе относительно даннаго пункта признается *существеннымъ*. Рѣшеніе этого вопроса можетъ быть различнымъ для разныхъ случаевъ. При покупкѣ въ кредитъ, напр., вопросъ о личности покупателя весьма важенъ; при покупкѣ на наличныя этотъ вопросъ обыкновенно не имѣетъ значенія. При наймѣ для извѣстныхъ услугъ личность исполнителя имѣетъ *существенное* значеніе, при наймѣ для другихъ услугъ личность исполнителя можетъ не имѣть значенія. Для поручителя важенъ вопросъ о личности должника, но (обыкновенно) не важенъ вопросъ о личности кредитора. Если заблужденіе касается *свойствъ вещи*, составляющей предметъ сдѣлки, то, судя по примѣрамъ, встрѣчающимся въ источникахъ, *существен-*

¹¹ L. 29 L. 30 D. 1, 3. L. 1 C. 1, 14.— Примѣры: L. 3 § 3 L. 7 pr. D. 14, 6. L. 29 § 1 D. 16, 1. L. 13 § 26 D. 19, 1 L. 5 § 3 D. 26, 8. L. 2 § 1 D. 50, 8.

¹² Источники говорятъ просто: *negotium nullum* (L. 9 § 2. L. 14 D. 18, 1); но это объясняется тѣмъ, что они становятся на точку зрѣнія заблуждающагося, который, конечно, требуетъ уничтоженія сдѣлки. *Regelsberger* § 142, IV.

¹³ L. 9 pr. D. 22, 6 Paul. См. *Regelsberger* § 128, IV. *Windscheid* I § 79 a.

¹⁴ См. *Regelsberger*; стр. 521 ст. Ср. *Dernburg*, I § 102. *Hölder*, § 45.

нымъ считается заблужденіе о такомъ свойствѣ, которое опредѣляетъ не добротность вещи, а принадлежность ея къ извѣстному роду или виду вещей (существенно заблужденіе, если укусъ принять за вино; несущественно заблужденіе, если прокисшее вино принято за хорошее: Ulpianus L. 9 § 2 D. 18, 1). Римскіе юристы по данному вопросу находились, впрочемъ, подъ сильнымъ вліяніемъ греческой натуръ-философій¹⁵.

§ 40. Мотивы воли. 1. Заблужденіе въ мотивахъ. 2. Принужденіе. 3. Обманъ.

I. Рѣшеніе воли является обыкновенно результатомъ сложнаго психическаго процесса. Ему предшествуетъ извѣстный рядъ соображеній, которыя обусловливаютъ окончательное рѣшеніе. Мы называемъ такія соображенія, которыя приводятъ къ извѣстному рѣшенію, *мотивами* этого рѣшенія. При каждомъ изъявленіи воли, поэтому, мы должны различать (согласно изложенному въ § 39, I и II): 1) волю, *изъявленную* во внѣ; 2) *дѣйствительную* волю, какъ она обнаруживается изъ всѣхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ изъявленіе воли; затѣмъ 3) *мотивы*, въ силу которыхъ сложилась эта воля у даннаго лица. Строго говоря, значеніе волеизъявленія должно было-бы *опорочиваться* не только тогда, когда изъявленная воля не соответствуетъ, по своему содержанию, внутренней, дѣйствительной волѣ, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда обнаружится ошибочность представлений, подъ вліяніемъ которыхъ принято данное рѣшеніе. На дѣйствительность изъявленія воли, съ логической точки зрѣнія, должны были бы вліять всѣ тѣ *мотивы*, подъ вліяніемъ которыхъ воля возникла. Однако, право смотритъ на дѣло иначе. Прежде всего, право должно считаться съ тѣмъ, что процессъ образованія рѣшеній обыкновенно совершается въ душѣ человѣка путями, *недоступными для наблюденія другихъ лицъ*. Далѣе, право руководится соображеніемъ, что и въ тѣхъ случаяхъ, когда мотивы, побудившіе лицо къ рѣшенію, извѣстны другимъ, они все-же извѣстны *не всѣ*, и *о важности* каждаго изъ этихъ мотивовъ для даннаго лица другіе не могутъ судить вполне увѣренно. Принимая все это во вниманіе, гражданское право (въ отличіе отъ морали; см. § 1, II) признаетъ, что по общему правилу *каждое изъявленіе воли въ юридическихъ сдѣлкахъ должно обсуждаться независимо отъ его мотивовъ*¹. При обсужденіи юридическихъ сдѣлокъ не принимается во внѣ-

¹⁵ См. также L. 11. 14 D. 18, 1 (Ulpianus). L. 41 § 1 D. eod. (Julianus). L. 10 D. eod. (Paulus). Cf. L. 21 § 2 D. 19, 1 (Paulus) и L. 45 D. 18, 1 (Marcianus); о послѣднихъ фрагментахъ см. *Regelsberger*, стр. 524 пр. 10, 12. Ср. *Dernburg*, I § 102 пр. 11. *Windscheid* I § 76 а пр. 6—10. *Ferrini*, §§ 169—170. *Sokolowski*. Die Philosophie im Privatrecht. I (1902), § 10. Цитированный въ текстѣ фрагментъ Ульпіана гласитъ: *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro 6 dig. emptioem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam venditionem esse puto, quotiens in materia erratur. Acetum — винный укусъ, embamma — укусная эссенція, приготовленная непосредственно химическимъ путемъ.*

¹ Въ L. 52 D. 12, 6 Pomponius 27 Qu. Muc. дѣлаетъ слѣдующее различіе: *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pe-*

маніе, правильны ли мотивы изъявленія воли, или нѣтъ, похвальны они или нѣтъ. Однако, изъ этого общаго правила допускаются *исключенія* въ силу особыхъ практическихъ соображеній. Въ частности различаются заблужденіе въ мотивахъ, принужденіе и обманъ.

II. *Error в мотивахъ*. Онъ сводится къ тому, что извѣстное рѣшеніе принято подъ вліяніемъ ложныхъ представленій о какихъ-либо обстоятельствахъ. При этомъ мы не можемъ сказать, что изъявленіе воли, сдѣланное при такихъ обстоятельствахъ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительному содержанию внутренней воли въ существенномъ пунктѣ, а можемъ только констатировать, что волеизъявленіе не получило бы того содержания, которое оно имѣеть, будь во-время обнаружено заблужденіе. По общему правилу, ради прочности оборота, право не придаетъ никакого значенія такому *заблужденію въ мотивахъ*². Положимъ, я выразилъ волю купить домъ у А, и, изъявляя эту волю, не сдѣлалъ ошибки въ указаніи самаго дома, который я желаю купить; но воля купить этотъ домъ явилась у меня только потому, что я имѣлъ въ виду совершить этимъ домомъ выгодную спекуляцію, которая затѣмъ не удалась; здѣсь имѣло мѣсто заблужденіе въ мотивахъ, и ему не придается юридическаго значенія. Другой примѣръ: я заключаю договоръ товарищества съ А, такъ какъ считаю его опытнымъ и хорошимъ купцомъ; если это предположеніе не оправдывается, договоръ товарищества все-же останется въ силѣ. Третій примѣръ: я покупаю мебель, такъ какъ предполагаю выдать дочь замужъ; но бракъ не состоялся; покупка остается въ силѣ, даже если бы мои мотивы были извѣстны продавцу.—Только при сдѣлкахъ *mortis causa*, которыя не относятся къ оборотнымъ и притомъ односторонни, римское право принимаетъ во вниманіе даже заблужденіе въ мотивахъ и лишаетъ силы распоряженіе, котораго завѣщатель не сдѣлалъ бы, если бы зналъ о ложности своихъ мотивовъ³.

Если лицо желаетъ придать мотивамъ своей воли *юридическое значеніе* при сдѣлкахъ *inter vivos*, то оно должно облечь эти мотивы въ форму условія (см. ниже § 41) или иной дополнительной оговорки, включенной въ самую сдѣлку. (Напр., я покупаю мебель съ оговоркой: „если моя дочь выйдетъ замужъ“)⁴.

unia non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur quo non sequente repetitio competit.— Ср. L. 72 § 6 D. 35, 1 Papinianus 18 quaest. Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.

² L. 52 D. 12, 6 (въ прим. 1). L. 65 § 2 D. eod. Paul. 17 Plaut. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Ср. о заблужденіи въ мотивахъ *Cosack*, Lehrbuch d. deutsch. bürgerl. R. т. I § 64, II, 10

³ L. 72 § 6 D. 35, 1 (въ прим. 1) L. 93 (92) D. 28,5 Paulus. Pactumejus Androsthenes Pactumejam Magnam filiam Pactumeji Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumejo Magno occiso et rumore perlato quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: „quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto“. Pactumeja Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia (qui *Cujacius*) falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. L. 28 D. 5, 2 L. 4 C. 6, 24. См. Насл. пр § 8, I.

⁴ Воля такого рода, конечно, можетъ быть выражена и не словами. См. *Crome*, System I § 78 пр. 5 В. G. B. § 321, 610. Слишкомъ далеко заходить *Windscheid*, съ своимъ ученіемъ о *Voraussetzung*, согласно когорому юридическое значеніе получаетъ всякій серьез-

III. *Metus*. Подъ именемъ принужденія мы разумѣмъ угрозы, психическое принужденіе (*vis compulsiva*), а не чисто механическое принужденіе (о которомъ шла рѣчь въ § 39, II, 1), которое исключаетъ вообще наличность изъявленія воли⁵. При психическомъ принужденіи или угрозахъ волеизъявленіе дѣйствительно совершается; но воля вызвана такими мотивами, которые право, въ видѣ исключенія, принимаетъ во вниманіе, и которымъ оно придаетъ юридическое значеніе, не желая подвергать опасности весь гражданскій оборотъ. Право, однако, не отвергаетъ акта, совершеннаго вслѣдствіе психическаго принужденія, и признаетъ, что воля, возникшая и изъявленная подъ вліяніемъ принужденія, была все-же *налицо* у субъекта (*tamen coactus volui*)⁶; но въ виду того, что она возникла *вслѣдствіе принужденія* со стороны другого лица, потерѣвшему даются средства *уничтожить ея значеніе*⁷.

Слѣдовательно сдѣлки, заключенныя подъ вліяніемъ принужденія, признаются *не ничтожными*, а лишь *оспоримыми* (объ этихъ терминахъ см. ниже § 47)⁸.

A. Средствами оспариванія являются:

1) *Exceptio metus* противъ притязанія, которое предъявляется изъ сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ *metus*; при этомъ безразлично, кто предъявляетъ притязаніе—виновникъ *metus*, или иное лицо (*exceptio in rem*)⁹.

2) *Actio quod metus causa*; она направлена на полное возмѣщеніе убытковъ виновникомъ *metus*. Она дается также противъ *третьяго лица*, которое получило какую-либо выгоду отъ сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ *metus*, даже если оно не знало объ угрозахъ; но въ этомъ случаѣ искъ направленъ не на возмѣщеніе убытковъ, а на выдачу обогащенія, полученнаго третьимъ лицомъ (*actio in rem scripta*). При отказѣ отвѣтчика повиноваться *pronuntiatio iudicis* (т.-е. предложенію судьи добровольно возмѣститъ убытки или выдать обогащеніе) сумма кондемнаціи возрастаетъ вчетверо¹⁰.

3) Если подъ вліяніемъ *metus* заключенъ *обязательственный договоръ bonae fidei* (напр. *emptio-venditio*), то *искъ изъ этого договора* (напр., *actio empti*, *actio venditi*) можетъ быть вчиненъ по поводу *metus* противъ другого контрагента. Если послѣдній самъ виновникъ *metus* или зналъ о немъ, то предметомъ иска является расторгненіе договора и возмѣщеніе убытковъ;

ный для изъявляющаго волю лица мотивъ, если только онъ *извѣстенъ* другой сторонѣ на основаніи заявленій первой. Эта теорія опасна на практикѣ и не оправдывается источниками, а потому въ настоящее время мало къмъ раздѣляется. См. съ одной стороны *Windscheid, die Lehre d. röm. R. von der Voraussetzung* 1850 г. *Evo же Pand.* I § 78 и 96 слл. *Evo же* ст. въ *Arch. f. civ. Praxis* т. 78. Съ другой стороны *Lenel* въ *Arch. f. civ. Praxis* т. 74 и 79. *Dernburg*, I § 15, II; II § 142 пр. 12, *Regelsberger*, стр. 605 слл. *Hölder*, стр. 226 сл. *Хвостовъ*, *Aequitas* стр. 248 пр. 494. *Crome*, *System*, I § 78, пр. 4. См. также ниже § 43.

⁵ См. объ этомъ различіи *Hölder*, стр. 228.

⁶ L. 21 § 5 D. 4, 2. Paulus 11 ed. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

⁷ L. 116 пр. D. 50, 17. Ulp. 11 ed. Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est.

⁸ L. 9 § 7 L. 11 L. 21 § 4. 5 D. 4, 2. L. 85 D. 29, 2. Не противорѣчатъ этому L. 21 § 3. L. 22 D. h. t. О нихъ *Regelsberger*, стр. 534 пр. 6. *Dernburg*, I § 103 пр. 24. *Ничтожными* считаются, впрочемъ, бракъ (L. 22 D. 23, 2) и манумиссія (L. 9 пр. D. 17 пр. D. 40, 9), состоявшіеся подъ вліяніемъ принужденія.

⁹ Tit. Dig. 44, 4 de doli mali et metus exceptione. Выше § 16, IV, 3.

¹⁰ L. 14 § 1—5 D. 4, 2. § 27 J. 4, 6. Выше § 15, I.

если же контрагентъ не зналъ о metus, то искъ направленъ только на расторженіе договора ¹¹.

4) *In integrum restitutio propter metum*. Объ этомъ средствѣ рѣчь будетъ позже (см. § 60).

В. Metus служитъ основаніемъ для оспариванія сдѣлки только при наличности слѣдующихъ *условій*: 1) Угроза должна быть *серьезная*, т.-е. такимъ зломъ, которое угрожающій въ состояніи дѣйствительно нанести, и котораго лицо угрожаемое не можетъ отворотить инымъ путемъ, какъ посредствомъ вступленія въ требуемую отъ него сдѣлку ¹². 2) Угроза должна быть направлена на лишеніе жизни, свободы, нарушеніе тѣлесной неприкосновенности лица угрожаемаго, или его близкихъ родственниковъ ¹³. Не упоминается угроза имущественнымъ ущербомъ. Не считается серьезной угроза опозорить репутацію или начать процессъ ¹⁴. Конечно, эти чисто римскія воззрѣнія не все примѣнимы къ современному праву. 3) Угроза должна быть *противозаконная*, то есть угрожающій не долженъ имѣть права грозить даннымъ зломъ именно для достиженія данной цѣли ¹⁵ (правомѣрна, напр., угроза произвести принудительное взысканіе, чтобы добиться уплаты долга). 4) Угрожаемый долженъ потерпѣть *убытки* отъ угрозы; если онъ подъ вліяніемъ угрозы уплатилъ, напримѣръ, долгъ, уже подлежащій уплатѣ, то послѣдствія metus не возникаютъ; но это не исключаетъ, напр., уголовной кары ¹⁶.

IV. *Dolus*. Обманомъ называется *введеніе кого-либо въ заблужденіе умышленно и вопреки закону*. Ввести кого-либо въ заблужденіе можно двумя путями: во-первыхъ, можно вызвать ложное представленіе о какихъ-либо обстоятельствахъ *активно*, т.-е. сообщая ложныя свѣдѣнія; во-вторыхъ, можно обмануть путемъ *умолчанія*, не выясняя кому-либо его заблужденія при обстоятельствахъ, при наличности которыхъ, согласно господствующимъ въ оборотѣ воззрѣніямъ, контрагентъ долженъ устранить заблужденіе ¹⁷. Если обманъ совершенъ въ сознаніи, что онъ можетъ повредить обманутому лицу и побудить это послѣднее лицо къ совершенію какой-нибудь юридической сдѣлки, то, въ виду безнравственности такого образа дѣйствій и его вреда для общественнаго порядка, обманутое лицо получаетъ слѣдующія *средства*, чтобы уничтожить юридическую силу сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ обмана ¹⁸.

¹¹ См. *Regelsberger*, стр. 535 пр. 8. *Vangerow*, т. III (7 изд.), стр. 279 слл.

¹² L. 6 D. 4, 2. Gajus 4 ed. prov. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus. L. 2 D. eod. Paul. 1 sent. Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest. L. 9 пр. D. eod. L. 7 § 1. L. 8 D. eod. L. 23 пр. D. eod.

¹³ L. 3 § 1. L. 4. L. 5 D. 4, 2. L. 7 § 1. 8 пр.—§ 3 D. eod.

¹⁴ L. 7 пр. D. eod.

¹⁵ L. 3 § 1 D. eod.

¹⁶ L. 14 пр. D. 4, 2 Ulp. 11 ed. Item si, cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coegero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest. L. 12 § 2 D. eod. Ulp. 11 ed. Iulianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit; quamvis negari non possit in Juliam eum de vi incidisse et jus crediti amisisse.

¹⁷ L. 43 § 2 D. 18, 1. Florent. 8 inst. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. L. 11 § 5 D. 19, 1 L. 35 § 8 D. 18, 1.

¹⁸ Сдѣлка становится *оспоримой* L. 9 пр. L. 38 D. 4, 3 L. 13 § 27. 28 D. 19, 1 L. 30 C. 2, 4. L. 5 пр. C. 4, 44. *Regelsberger*, стр. 536 пр. 2. *Windscheid* 1. § 78 пр. 5 и 6 *Vangerow*, III § 605.

1) *Exceptio doli (specialis)*; объ *exceptio doli generalis* смотри § 16 выше) противъ притязанія изъ заключенной подъ вліяніемъ обмана сдѣлки; эта *exceptio* дается противъ виновника обмана, его наслѣдниковъ и, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, противъ его сингулярныхъ преемниковъ въ правѣ, приобрѣтенномъ путемъ обмана ¹⁹.

2) *Actio doli*—деликтный искъ о возмѣщеніи убытковъ противъ виновника *dolus*; какъ *actio famosa* (см. выше § 15, VII) этотъ искъ дается лишь при отсутствіи иного средства для защиты интересовъ потерпѣвшаго. Противъ лицъ, которымъ истецъ долженъ оказывать особое уваженіе (*parentes, patroni*), онъ замѣняется посредствомъ *actio in factum*, осужденіе по которой не ведетъ къ *infamia* ²⁰.

3) Иски изъ *договоровъ bonae fidei*, заключенныхъ подъ вліяніемъ *dolus* со стороны другого контрагента (напр., *actio empti* или *a. venditi*, если заключенъ договоръ купли-продажи; *a. locati* или *a. conducti*, если заключенъ договоръ найма; *a. pro socio* и т. д.): а) Если договоръ *совсѣмъ не былъ бы заключенъ* обманутымъ лицомъ, не будь оно обмануто (*dolus causam dans*), то искъ можетъ быть направленъ на уничтоженіе всего договора и на возмѣщеніе убытковъ, понесенныхъ благодаря заключенію такого договора. б) Если же *dolus* обусловилъ только включеніе въ договоръ какой-либо невыгодной для обманутаго обязанности, которой онъ не принялъ бы на себя при отсутствіи *dolus (dolus incidens)*, то можно требовать только возмѣщенія убытковъ и устраненія этой обязанности, принятой на себя обманутымъ ²¹.

4) *Restitutio in integrum propter dolum*. Объ этомъ рѣчь будетъ ниже (въ § 60).

§ 41. Условныя сдѣлки.

I. *Понятіе*. Условными сдѣлками называются сдѣлки, *юридическій эффектъ которыхъ поставленъ сторонами въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія въ будущемъ событія, относительно котораго неизвѣстно, наступитъ ли оно или нѣтъ* ¹. Условіемъ называется какъ это событіе, такъ и та оговорка, путемъ которой стороны ставятъ юридическій эффектъ сдѣлки въ зависимость отъ этого событія. У римскихъ юристовъ слово „*condicio*“ имѣло еще другія значенія (напр., оно имѣло значеніе вообще всякой статьи или оговорки въ составѣ юридической сдѣлки) ².

Отличительными чертами условія являются слѣдующіе признаки:

1) Условія суть оговорки, включенныя въ составъ юридической сдѣлки *по волю сторонъ*. Поэтому не являются настоящими условіями такія предположенія для дѣйствительности сдѣлки, которыя необходимы *по природѣ* сдѣлки, или же *по предписанію объективнаго права* (напр., заключеніе брака необходимо для дѣйствительности установленія приданаго; вступленіе

¹⁹ L. 2 § 1. 2. L. 4 §§ 27—31 D. 44,4.

²⁰ См. Tit. Dig. 4, 3. Cod. 2, 20. Барона, Система § 318. Dernburg, т. II § 136.

²¹ L. 13 § 4 D. 19, 1. L. 7 пр. D. 4, 3. Самое различіе между *dolus e. dans* и *incidens* установлено не римскими юристами. См. о немъ съ одной стороны Windscheid, I § 78 пр. 7. Regelsberger стр. 537 сл., съ другой—Dernburg I § 104 пр. 11. Hölder, стр. 245 сл.

¹ См. Mitteis Röm Privatrecht, I, § 11.

² См. Heumann-Seckel, Handlexicon zu den Quellen d. röm. R. s. h. verbo. Pernice, Labeo III, 1 стр. 26 сл. Leonhard, у Pauly-Wissowa s. h. v..

наслѣдника въ наслѣдство необходимо для дѣйствительности легатовъ). Такія предположенія, необходимыя по закону или по природѣ сдѣлки для ея дѣйствительности, не считаются условіями даже въ томъ случаѣ, если эти предположенія особо оговорены сторонами при заключеніи сдѣлки (такое упоминаніе, конечно, излишне)³. Это—такъ называемыя *condiciones juris* въ противоположность настоящимъ условіямъ—*cond. facti*; источники ихъ называютъ: *condiciones, quae tacite insunt, condiciones tacitae, supervacuae*⁴. Эти названія, кромѣ послѣдняго, грѣшатъ въ томъ отношеніи, что могутъ дать поводъ смѣшать эти условія съ настоящими условіями, которыя *молчаливо* включены сторонами въ самую сдѣлку при ея заключеніи.

2) Условіе ставитъ эффектъ сдѣлки въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія *неизвѣстнаго будущаго событія*. Поэтому не являются условіями:

а) *Condicionēs in praesens* или *in praeteritum collatae*, т. е. оговорки, ставящія эффектъ сдѣлки въ зависимость отъ событій, относительно которыхъ при заключеніи сдѣлки объективно извѣстно, наступили ли они или нѣтъ ко времени заключенія сдѣлки. Примѣръ: *si Titius consul fuit* или *est*⁵. Даже если сами стороны не знаютъ при заключеніи самой сдѣлки о наступленіи или ненаступленіи такого событія къ этому именно моменту и представляютъ себѣ это событіе какъ будущее, то и въ такомъ случаѣ ихъ оговорка не будетъ условіемъ⁶. Сдѣлка на самомъ дѣлѣ съ самаго начала или вполне дѣйствительна или вполне недѣйствительна, смотря по тому, совершилось ли, или не совершилось событіе. Здѣсь нѣтъ того состоянія неопредѣленности—*pendentiae*—до рѣшенія судьбы условія, которое характеризуетъ настоящія условныя сдѣлки, во время котораго фактической составъ сдѣлки является неполнымъ, и сдѣлка производитъ лишь ограниченный эффектъ до окончательнаго рѣшенія вопроса о наступленіи условія.

б) *Condicionēs necessariae*, т. е. такія событія, которыя непременно должны наступить. (Примѣръ: *Heres meus, si morietur Titius, centum Maevio dato*). Сюда относится и ненаступленіе невозможнаго событія. Такія сдѣлки съ самаго начала дѣйствительны⁷.

в) *Condicionēs impossibiles*, т. е. такія событія, о которыхъ при заключеніи сдѣлки объективно извѣстно, что они не могутъ наступить; знаніе самихъ сторонъ объ этомъ не имѣетъ значенія. Невозможность бываетъ *физическая* (*si coelum digito tetigerit*) или *юридическая* (*cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint*)⁸. Прибавленіе невозможнаго суспензивнаго (см. ниже) условія дѣлаютъ всю сдѣлку съ самаго начала ничтожною⁹. Только въ распоряженіяхъ *mortis causa*, содержащихъ въ себѣ *послѣднюю волю умершаго*, римское право считаетъ невозможныя *условія какъ-бы написанными* и, такимъ образомъ, сохраняетъ въ силѣ распоряженія, къ которымъ они прибавлены¹⁰.

³ См. однако L. 65 § 1 D. 30. L. 69 D. 35, 1.

⁴ L. 21 D. 23, 3. L. 8 D. 24, 1. L. 12 D. 28, 7. L. 1 pr. § 3 L. 99 D. 35, 1.

⁵ L. 16 D. 28, 3. L. 10 § 1 D. 35, 1. L. 3 § 13 D. 38, 2 § 6 J. 3, 15.

⁶ L. 120 D. 45, 1.

⁷ L. 79 pr. D. 35, 1. L. 9 § 1 D. 46, 2.

⁸ L. 137 § 6 D. 45, 1. L. 31 D. 44, 7 § 11 J. 3, 19.

⁹ § 11 J. 3, 19. L. 1 § 11 L. 31 D. 44, 7. L. 29 D. 46, 1. L. 137 § 6 D. 45, 1.

¹⁰ Gai III, 98. § 10 I. 2, 14. L. 3 L. 6 D. 35, 1. L. 16. 20 pr. D. 28, 7.

Причина этого различія между сдѣлками *inter vivos* и *mortis causa* не была ясна для самихъ классическихъ юристовъ. Гай говоритъ объ этомъ: „*Vix idonea ratio diversitatis reddi potest*“ (Gai III, 98).

Къ невозможнымъ условіямъ римское право приравниваетъ условія *противныя нравственности* (*turpes condiciones*). Папиніанъ ихъ прямо называетъ невозможными. L. 15 D. 28, 7: „*Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*“ т. е. „Поступковъ, которые нарушаютъ почтеніе, честь и благочестіе, и, говоря вообще, противны добрымъ нравамъ,—ихъ, слѣдуетъ полагать, мы и не можемъ совершать“. Эти слова Папиніанъ запечатлѣлъ впослѣдствіи собственною смертію. По преданію онъ былъ казненъ за отказъ оправдать убійство Геты, совершенное братомъ — императоромъ Каракаллою. Онъ сказалъ императору: *non tam facile parricidium excusari posse, quam fieri*¹¹.

Противнымъ нравственности должно быть, однако, содержаніе не самого условія, взятаго въ отдѣльности, а *всей условной сдѣлки*¹². Безнравственными считаются условія, путемъ которыхъ кто-либо побуждается совершить запрещенное дѣйствіе¹³, или воздержаться отъ предписаннаго закономъ или добрыми нравами дѣйствія¹⁴; иногда даже такія, по смыслу которыхъ награда обѣщана за исполненіе долга (*ob maleficium ne fiat*)¹⁵; безнравственны условія, которыя клонятся къ стѣсненію свободы рѣшеній человѣка въ такихъ вопросахъ, въ которыхъ онъ долженъ быть свободенъ (обѣщаніе уплатить штрафъ въ случаѣ отказа вступить въ бракъ съ опредѣленнымъ лицомъ)¹⁶; противными добрымъ нравамъ считаются, далѣе, въ виду особыхъ мѣръ противъ безбрачія, принятыхъ *lex Iulia et Papia Poppaea*, всѣ условія, поощряющія безбрачіе¹⁷.

Включеніе безнравственнаго условія дѣлаетъ сдѣлки *inter vivos* ничтожными. Въ сдѣлкахъ *mortis causa* такія условія считаются неписанными, и сдѣлка остается въ силѣ, какъ безусловная.

Къ невозможнымъ условіямъ приравниваются, далѣе, такія условія, исполненіе которыхъ необычайно трудно¹⁸.

Если условіе при заключеніи сдѣлки было возможнымъ и лишь впослѣдствіи, по заключеніи сдѣлки, станетъ невозможнымъ, то это значитъ, что условіе не наступило¹⁹.

Если условіе, которое было невозможнымъ при заключеніи сдѣлки, стало впослѣдствіи возможнымъ, то это не имѣетъ значенія, развѣ бы стороны уже при заключеніи сдѣлки имѣли въ виду, что въ будущемъ оно сдѣлается возможнымъ. (Напр., въ завѣщаніи оставляется легать рабынѣ подъ условіемъ:

¹¹ См. *Krüger*, *Gesh. d. Quellen* § 25 пр. 63.

¹² Отсюда рѣшеніе напр. въ L. 121 § 1 D. 45, 1.

¹³ L. 123 D. 45, 1 L. 8 § 1 D. 7, 8.

¹⁴ L. 1 C. 6. 41.

¹⁵ L. 7 § 3 D. 2, 14.

¹⁶ L. 71 § 1 D. 35, 1. Ср. L. 134 пр. L. 97 § 2 D. 45, 1.

¹⁷ L. 22. 63 пр. L. 64. 72 § 4 L. 77 § 2 L. 79 § 4 L. 100 D. 35, 1. См. также о *condicio jurisjurandi* при легатахъ: L. 8 D. 28, 7. L. 20 L. 26 пр. D. 35, 1. L. 19 § 6 D. 39, 5. Ко всему изложенному *Windscheid*, I § 94.

¹⁸ L. 6 D. 28, 7.

¹⁹ L. 19 L. 25 § 3 D. 40, 7 L. 23 § 2 D. 9, 2.

„si purserit“, имѣя въ виду, что рабыня будетъ отпущена на волю и получить возможность вступить въ бракъ) ²⁰.

II. *Виды условій*. Настоящія условія дѣлятся на слѣдующія категоріи:

1) *Положительныя и отрицательныя условія*,—смотря по тому, состоитъ ли условіе въ наступленіи или ненаступленіи какого-либо событія (напр., если будетъ объявлена война, если не будетъ объявлена война).. Практическое значеніе этого дѣленія не значительно (см. ниже въ этомъ §, IV).

2) *Произвольныя, случайныя и смѣшанныя условія*, — смотря по тому, зависитъ ли наступленіе условія исполнѣ отъ произвола той стороны, которой поставлено условіе, или не исполнѣ зависитъ отъ ея произвола, или зависитъ отъ ея произвола и вмѣстѣ съ тѣмъ еще отъ какой-либо причины ²¹.

3) *Отлагательныя условія—condiciones suspensivae—и отмѣнительныя—condiciones resolutivae*. Это—самое важное дѣленіе.

При *суспензивномъ* условіи сдѣлка по ея заключеніи не получаетъ полного юридическаго эффекта; ея эффектъ долженъ *наступить* въ будущемъ въ томъ только случаѣ, если условіе осуществится (примѣръ: decem dare spondes, si navis ex Asia venerit)?

При *резолютивномъ* условіи сдѣлка получаетъ полный юридическій эффектъ съ самаго начала; но этотъ эффектъ долженъ исполнѣ *уничтожиться*, если въ будущемъ осуществится условіе (напр., fundus emptus esto; si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus esto, т. е. „участокъ купленъ; но если деньги не будутъ уплачены въ срокъ, пусть онъ считается некупленнымъ“) ²².

Такимъ образомъ, при суспензивномъ условіи въ зависимость отъ условія ставится *возникновеніе эффекта сдѣлки*, а при резолютивномъ — *продолженіе существованія уже возникшаго эффекта*. При этомъ слѣдуетъ замѣтить,—и это очень важно,—что резолютивное условіе не менѣе тѣсно связано со сдѣлкой, чѣмъ суспензивное. Его наступленіе не устанавливаетъ одной лишь *обязанности уничтожить* возникшія уже изъ сдѣлки послѣдствія; оно само собою *уничтожаетъ* ихъ. *Обязательство*, заключенное подъ резолютивнымъ условіемъ, при наступленіи его *ipso jure теряетъ силу* (fundus inemptus esto) ²³; *вещныя* права, установленныя самой сдѣлкой и на основаніи ея, также *теряютъ силу* и прежнее состояніе восстанавливается ²⁴. Это выражается афоризмомъ, что наступленіе резолютивнаго условія имѣетъ *не обязательственное, а вещное дѣйствіе* ²⁵.

III. *Состояніе сдѣлки до рѣшенія вопроса о наступленіи условія (pendentia)*. До рѣшенія вопроса о наступленіи условія судьба условной сдѣлки является *неопредѣленной*; фактическій составъ, который долженъ произвести желаемый сторонами юридическій эффектъ, при *суспензивномъ* условіи является еще *неполнымъ* и, быть можетъ, никогда не получить надлежащей

²⁰ L. 58 D. 35, 11. Требуется впрочемъ, чтобы ожиданіе такой возможности не было contra bonos mores. L. 83 § 5. L. 137 § 6 D. 45, 1. L. 34 § 2 D. 18, 1.

²¹ Ср. къ этому L. 4 § 1 D. 28, 5.

²² L. 2 L. 4 pr. D. 18, 3. L. 2 § 3 D. 41, 4.

²³ L. 4 pr. L. 6 § 1 D. 18, 3.

²⁴ L. 41 pr. D. 6, 1. L. 3 D. 20, 6. L. 4 § 3 D. 18, 2. L. 9 D. 39, 3. L. 12 § 1 C. 3, 33.—L. 8 D. 18, 3. L. 1 L. 5 C. 4, 54.

²⁵ См. къ этому Regelsberger, § 152. Windscheid § 90 пр. 1. Girard, стр. 713—718, стр. 939. Ср. Dernburg, I § 106, 2, с. § 112.

полноты; при *резолутивномъ* условіи этотъ составъ заключаетъ въ себѣ такой элементъ, который *можетъ привести къ полному уничтоженію* вытекающихъ изъ него юридическихъ слѣдствій.

До наступленія *резолутивнаго* условія, условная сдѣлка производитъ полный юридическій эффектъ²⁶. Можно только требовать извѣстныхъ *мѣръ обезпеченія* на случай возможнаго наступленія условія и уничтоженія этого эффекта.

Производитъ ли сдѣлка, заключенная подь *суспензивнымъ* условіемъ, какой-либо эффектъ до наступленія этого условія? *Извѣстный эффектъ*, хотя и не полный, сдѣлка *производитъ* уже въ это время. На лицо нѣтъ еще тѣхъ правоотношеній, которыя должны возникнуть изъ нея въ случаѣ наступленія условія: право собственности не возникаетъ изъ традиціи, совершенной подь суспензивнымъ условіемъ; условное приобрѣтеніе собственности до наступленія суспензивнаго условія не служитъ даже достаточнымъ титуломъ для *циссаріо*²⁷; уплата, сдѣланная по заблужденію для погашенія условнаго обязательства до наступленія суспензивнаго условія, считается уплатою *недолжнаго* (возникаетъ *condictio indebiti*)²⁸; при условной куплѣ подь суспензивнымъ условіемъ рискъ гибели вещи несетъ до наступленія условія продавецъ, тогда какъ при законченной куплѣ-продажѣ рискъ гибели вещи лежитъ на покупателѣ²⁹. Тѣмъ не менѣе, уже до наступленія суспензивнаго условія есть на лицо *надежда (spes) на возникновеніе въ будущемъ этихъ правоотношеній*; фундаментъ для этихъ правоотношеній уже заложенъ (§ 4 J. 3, 15; текстъ см. въ § 34 пр. 1). Это приводитъ къ слѣдующимъ частнымъ послѣдствіямъ:

1) Условно управомоченный можетъ уже требовать, при наличности достаточнаго основанія, представленія ему *обезпеченія (cautio)* на случай наступленія условія³⁰.

2) Условное правомочіе и обязанность *переходятъ къ наследникамъ* той и другой стороны³¹. Исключеніе составляютъ только условныя правомочія изъ распоряженій, содержащихъ въ себѣ послѣднюю волю. (Таковы, прежде всего, легаты; если легатарій умретъ до наступленія условія, которое прибавлено къ легату, то его наследники не получаютъ права требовать легата даже послѣ наступленія условія)³².

3) Условныя права требованія (обязательства) могутъ быть *переданы другимъ лицамъ*, подлежатъ *novatio*, погашаются путемъ *solutio* и *acceptilatio*. Но всѣ эти сдѣлки производятъ свой эффектъ, конечно, лишь по наступленіи условія³³.

4) Условно *обязанное* лицо окончательно еще не связано до наступле-

²⁶ L. 41 пр. D. 6, 1. L. 4 пр. § 4 D. 18, 2. L. 2 § 3—5 D. 41, 4. L. 11 § 10 D. 43, 24.

²⁷ L. 2 § 2 D. 41, 4. L. 8 пр. D. 18, 6.

²⁸ L. 16. L. 18. L. 48 D. 12, 6.

²⁹ L. 8 пр. D. 18, 6.

³⁰ L. 41 D. 5, 1. L. 38 пр. D. 17, 2 и къ этому Windscheid, § 89 пр. 13. *Regelsberger*, стр. 673 пр. 4.

³¹ § 4 J. 3, 15. L. 8 пр. D. 18, 6. L. 57 B. 45, 1. Объ условной традиціи такъ рѣшаетъ Юліанъ L. 2 § 5 D. 39, 5, и въ противномъ смыслѣ—Ульпіанъ L. 9 § 1 D. 23, 3. *Windscheid* § 89 пр. 6.

³² L. 5 пр. § 2 D. 36, 2. L. 1 § 7 C. 6, 51. Насл. пр. § 30, I, 1.

³³ L. 17 L. 19 D. 18, 4. L. 8 § 1 D. 46, 2. L. 16 D. 46, 3. L. 12 D. 46, 4. L. 21 § 4 D. 2, 14.

нія условія; но оно уже не можетъ односторонне отступитъся и не подчинитъся дѣйствию наступившаго условія. Поэтому оно должно относиться къ предмету условной обязанности съ той-же заботливостью, которая была бы обязательна въ случаѣ наступленія условія ³⁴.

Лицо, совершившее отчужденіе подъ суспензивнымъ условіемъ, ограничено въ правѣ дѣлать *такія распоряженія относительно вещи, которыя по своему содержанію противорѣчатъ условному отчужденію*. Допустимъ, что кто-либо передалъ право собственности на извѣстную вещь другому лицу подъ суспензивнымъ условіемъ; затѣмъ, пока вопросъ о наступленіи условія не рѣшенъ (*pendente condicione*), отчуждатель передаетъ право собственности на ту же вещь третьему лицу. Сдѣлка будетъ дѣйствительна, ибо до наступленія условія отчуждатель продолжаетъ оставаться собственникомъ и можетъ сдѣлать собственникомъ всякое иное лицо. Но если наступитъ условіе, подъ которымъ сдѣлано первое отчужденіе, то второе отчужденіе *ipso jure* теряетъ силу, т. к. оно сдѣлано *pendente condicione*. Собственникомъ вещи дѣлается первый приобрѣтатель ³⁵. Если условно установлено залоговое право, то при наступленіи условія другое залоговое право, установленное на ту же вещь до наступленія условія, т.-е. *pendente condicione*, уступаетъ свое мѣсто (старшинство) условно установленному залогу ³⁶.

Напротивъ, тѣ распоряженія, сдѣланныя въ промежуточное время до наступленія условія, которыя не противорѣчатъ содержанію условнаго отчужденія, остаются въ силѣ и по наступленіи условія (напр., приобрѣтеніе сервитутовъ для условно отчужденнаго участка) ³⁷.

IV. *Наступленіе условія*. А. Условіе считается наступившимъ, когда наступило то событіе, которое является содержаніемъ условія. Въ частности:

1) *Отрицательное* условіе считается наступившимъ, когда не случилось то событіе, которое не должно было наступить по содержанію условія, и когда выяснится, что это событіе не можетъ больше наступить.

2) Условіе считается *ненаступившимъ*: а) При *положительномъ* условіи—если не случилось и не можетъ случиться событіе, составляющее содержаніе условія; б) при *отрицательномъ* условіи—если произошло то, что по содержанію условія не должно было произойти ³⁸.

3) Иногда право *считаетъ условіе наступившимъ, хотя на самомъ дѣлѣ не произошло того, что должно было случиться для наступленія условія* согласно тексту сдѣлки, а именно:

а) Условіе считается наступившимъ, если то лицо, которое заинтересовано въ *ненаступленіи* условія, *умышленно препятствуетъ* наступленію условія. (Напр., легать данъ подъ условіемъ „*si decem heredi dedero*“, а *heres* отказывается принять десять; библиотека продана мнѣ подъ условіемъ, если мнѣ будетъ дано извѣстнымъ лицомъ помѣщеніе для нея, и затѣмъ продавецъ дѣлаетъ невозможнымъ приобрѣтеніе помѣщенія L. 50 D. 18, 1) ³⁹.

³⁴ Arg. L. 4 pr. D. 18, 3.

³⁵ L. 69 § 1 D. 30. L. 105 D. 35, 1. L. 3 § 3 C. 6, 43. L. 12 § 2 D. 10, 2. L. 11 § 1 D. 8, 6.

³⁶ L. 9 § 1. L. 11 § 1 D. 20, 4. Вещ. пр. § 46, II, 2. Ср. L. 4 § 3 D. 18, 2. L. 3 D. 20, 6.

³⁷ L. 11 § 1 D. 8, 6.

³⁸ Многое зависитъ здѣсь отъ толкованія воли сторонъ; см. *Regelsberger* стр. 567 сл.

³⁹ L. 161 D. 50, 17. L. 5 § 5 D. 36, 2 Ulp. Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat, quominus impleatur, sed an per heredem aut per ejus personam, in

b) Favore libertatis установлено, что если *рабу дана въ завѣщаніи свобода* подъ условіемъ, исполненіе котораго зависить не только отъ воли раба, но и еще отъ какой-либо причины (*condicio mixta*), то рабъ получаетъ свободу, если онъ съ своей стороны сдѣлалъ для выполненія условія все, что зависѣло отъ него, но исполненіе стало невозможно безъ его вины (при томъ по *любой* причинѣ), напр., при условіи—*si Titio centum dederis*: рабъ готовъ дать 100, а Тицій умеръ ⁴⁰.

с) Если дѣло идетъ о *condicio mixta* при *иного рода* завѣщательныхъ распоряженіяхъ, и исполненіе ея зависить какъ отъ воли условно управомоченнаго, такъ отъ воли еще *третьяго* лица, въ интересахъ котораго прибавлено условіе, то въ случаѣ отказа со стороны третьяго лица оказать необходимое содѣйствіе, право предполагаетъ, что условіе наступило, если со стороны условно управомоченнаго лица было сдѣлано все, что зависѣло отъ него самого. Напримѣръ, легатъ оставленъ подъ условіемъ, чтобы легатарій женился на опредѣленной женщинѣ; но эта женщина отказывается вступить въ бракъ съ нимъ ⁴¹.

В. Наступленіе или ненаступленіе условія имѣетъ слѣдующее значеніе.

1) При *резолутивномъ* условіи—*наступленіе* условія *уничтожаетъ* весь послѣдствія, уже произведенныя условной сдѣлкой, и при томъ, какъ уже сказано было выше (см. въ этомъ § II, 3), оно имѣетъ вещный, а не обязательственный эффектъ. *Ненаступленіе* условія окончательно закрѣпляетъ наступившій вслѣдствіе сдѣлки эффектъ.

2) При *суспензивномъ* условіи съ *наступленіемъ* условія сдѣлка производитъ *весь свойственный ей эффектъ* ⁴². *Ненаступленіе* условія выясняетъ, что сдѣлка *никогда не получитъ этого эффекта*; поэтому прекращается и то особое дѣйствіе, которое сдѣлка производила *pendente condicione* въ виду ожиданія наступленія условія.

Мы видѣли уже (см. въ этомъ §, III, 4), что при наступленіи суспензивнаго условія, прибавленнаго къ *отчужденію* имущества, всѣ распоряженія, сдѣланныя *pendente condicione* и несогласныя со смысломъ условной сдѣлки, теряютъ свою силу или разсматриваются такъ, какъ будто бы они были сдѣланы уже по наступленіи условія (залогъ, установленный *pendente condicione*, уступаетъ старшинство залогу, установленному раньше подъ условіемъ). Кроме того, нѣкоторые признаки условныхъ сдѣлокъ и по наступленіи условія *обсуждаются примѣнительно къ моменту заключенія сдѣлки*; напр., дѣеспособность лица, сдѣлавшаго распоряженія ⁴³. На основаніи этого современная теорія утверждаетъ, что, въ видѣ общаго правила, *исполненіе условія имѣетъ обратную силу*: разъ условіе наступило, оно считается исполненнымъ какъ-бы въ *моментъ заключенія сдѣлки*.

Это правило, однако, не достаточно обосновано; не во всѣхъ отношеніяхъ исполненію условія придается такое значеніе. Многія условія дѣйстви-

cujus persona jussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si jussus sum heredi decem dare et ille accipere nolit. Sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quominus paream condicioni, sed per alium stat, quominus impleatur condicio.

⁴⁰ L. 20 § 3. L. 39 § 4 D. 40, 7.

⁴¹ L. 23 D. 28, 7. Къ изложенному ср. Баронъ, § 54. Windscheid, 92 пр. 5—9.

⁴² Сдѣлка „perficitur“ (L. 7 пр. D. 18, 1 L. 2 пр. D. 18, 2) или „impletur“ (L. 10 § 5 D. 23, 3. L. 2 § 3 D. 41, 4).

⁴³ L. 26 D. 45, 3. Смотри также L. 78 пр. D. 45, 1.

тельности сдѣлки обсуждаются по моменту наступленія условія: напр., предметъ условной сдѣлки долженъ быть на лицо въ моментъ исполненія условія; сдѣлка не будетъ имѣть силы, если ея предметъ, существовавшій въ моментъ заключенія сдѣлки, къ моменту исполненія условія погибъ; сдѣлка не останется въ силѣ, если въ моментъ ея заключенія предоставленіе, которое составляетъ ея предметъ, было юридически возможно, а къ моменту исполненія условія оно стало невозможнымъ ⁴⁴; теченіе давностнаго срока для притязанія изъ условнаго обязательства начинается лишь по наступленіи условія ⁴⁵; права, установленныя pendente condicione въ пользу отчужденной подъ условіемъ вещи (напр., сервитуты), продолжаютъ существовать, какъ уже было сказано выше, и по наступленіи условія ⁴⁶. Указанное правило не примѣняется, наконецъ, къ условнымъ распоряженіямъ mortis causa.

V. *Допустимость условій*. Мы уже говорили, какое значеніе имѣетъ включеніе въ сдѣлку невозможныхъ и безирравственныхъ условій. Намъ остается замѣтить слѣдующее:

1. Ничтожными считаются сдѣлки, когда къ нимъ прибавлены условія, содержаніе которыхъ *противорѣчитъ содержанію всей сдѣлки*: такія сдѣлки не имѣютъ смысла (*condiciones perplexae*, вѣрнѣе: *negotia perplexa*: напр., *si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto* L. 16 D. 28, 7).

2. Совершенно не допускаютъ включенія условій *нѣкоторыя сдѣлки* древняго *jus civile* (*actus legitimi*): *emancipatio*, *acceptilatio*, *hereditatis aditio*, *datio tutoris*. Эти сдѣлки теряютъ силу даже тогда, когда стороны при ихъ заключеніи *открыто оговорили ихъ какимъ-либо ненастоящимъ условіемъ*, напр., *condicio juris* или *condicio in praesens vel praeteritum collata* (L. 77 D. 50, 17).

3. Нѣкоторыя сдѣлки не допускаютъ прибавленія *извѣстныхъ условій*. Напр., при *heredis institutio* не допускаются и считаются неписанными *резюлютивныя* условія ⁴⁷.

§ 42. Срочныя сдѣлки.

I. *Понятіе*. Отъ условныхъ сдѣлокъ слѣдуетъ отличать срочныя сдѣлки. Такъ называются тѣ сдѣлки, *юридическій эффектъ которыхъ по волю сторонъ долженъ наступить лишь по истеченіи извѣстнаго времени съ момента заключенія сдѣлки, или же, наоборотъ, долженъ прекратиться съ наступленіемъ извѣстнаго момента*. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ *отлагательный срокъ—dies a quo*, во второмъ—*отмѣнительный срокъ—dies ad quem* ¹. Сходство съ суспензивнымъ и резолютивнымъ условіемъ очевидно. Но между срокомъ и условіемъ есть существенное различіе: при настоящемъ срокѣ, не осложненномъ условіемъ (объ этомъ ниже), всегда *извѣстно съ самого начала, что онъ наступитъ въ будущемъ*, хотя можетъ быть неизвѣстно, *когда* именно онъ наступитъ; для условія же харак-

⁴⁴ L. 61 D. 18, 1. L. 8 pr. D. 18, 6 L. 10 § 5 D. 23, 3. L. 31 L. 98 pr. D. 45, 1. L. 14 pr. L. 27 D. 46, 2.

⁴⁵ L. 213 D. 50, 16. L. 7 § 4 C. 7, 39.

⁴⁶ Выше пр. 37. Къ изложенному см. *Regelsberger*, стр. 574. Ср. *Dernburg*. I § 111.

⁴⁷ *Arg.* L. 89 D. 28, 5. L. 17 § 4 D. 29, 1. *Dernburg*, III § 82 пр. 2.

¹ Въ источникахъ: *ex die*, *ex tempore* и *in diem*, *ad diem*, *ad tempus*. § 2 I. 3, 15. L. 213 pr. D. 50, 16. L. 4 pr. D. 8, 1. L. 1 pr. D. 17, 2.

терною чертою является неизвѣстность наступленія событія, составляющаго его содержание.

II. Принято различать *виды сроковъ*.

1) *Dies certus an certus quando*. Такъ называется срокъ, продолжительность котораго точно извѣстна съ самаго начала; этотъ срокъ опредѣляется календарными единицами (уплатить 1 января 1903 года; уплатить черезъ три мѣсяца по заключеніи сдѣлки) ².

2) *Dies certus an incertus quando*. Въ этомъ случаѣ съ самаго начала извѣстно, что срокъ наступитъ, но неизвѣстно точно, когда именно онъ наступитъ (*cum Titius morietur*) ³.

3) *Dies incertus an certus quando*. Этотъ случай состоитъ въ томъ, что извѣстно, когда наступитъ событіе, если оно наступитъ, но неизвѣстно, наступитъ ли оно (къ 21-му году Тиція отъ рожденія; неизвѣстно, доживетъ ли Тицій до 21 года) ⁴.

4) *Dies incertus an incertus quando*. Неизвѣстно какъ то, наступитъ ли событіе, такъ и то, когда оно наступитъ (когда у Тиція родится сынъ) ⁵.

Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ мы имѣемъ не простой срокъ, но *сроки, осл женный условіемъ*. Часто это важное различіе трудно установить въ отдѣльныхъ случаяхъ. Все сводится къ толкованію воли сторонъ. Напр., если въ завѣщаніи сказано: „я отказываю Тицію 100 черезъ три года послѣ моей смерти“, то въ такомъ распоряженіи можетъ заключаться какъ *dies certus an incertus quando*, такъ и *dies incertus an et quando*. Для рѣшенія этого вопроса нужно выяснитъ, имѣлъ ли завѣщатель въ виду выразить своей оговоркою ту мысль, что легатъ окончательно приобрѣтается въ день его смерти и только выдача его откладывается еще на три года; тогда мы имѣемъ *сроки*, и если Тицій умретъ послѣ смерти завѣщателя, то это не помѣшаетъ *наследникамъ Тиція* приобрѣсти легатъ. Но завѣщатель, быть можетъ, имѣлъ въ виду поставить приобрѣтеніе легата въ зависимость отъ того, будетъ ли живъ самъ Тицій черезъ три года по смерти завѣщателя; въ такомъ случаѣ это будетъ *условіе* ⁶.

III. *Дѣйствіе срока*. 1) При *отлагательномъ* срокѣ права и обязан-

² § 2 J. 3, 15: „decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?“

³ L. 79 pr. L. 35, 1. L. 1 § 2 D. eod.

⁴ L. 21 pr. L. 22 pr. D. 36, 2.

⁵ L. 21 pr. cit. „cum in familiam nupserit“, „cum magistratum inierit“.

⁶ L. 79 § 1 D. 35, 1 Papinianus 1 defin. „Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato“. Legatum sub condicione relicto est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedit et non est certum ad eum legatum perventurum. L. 75 D. eod. Papin 34 quaest. Dies incertus condicionem in testamento facit.—Ср. съ другою стороны L. 48 (46) D. 36, 1 Javolenus 11 epist. Sejus Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Sejus Oceanus antequam impleteret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seji Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierarchus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere jussus erat. quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant, an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. respondi: si Sejus Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seji Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleteret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisset, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.—О выраженіи „dies legati cedit“ см. Наслѣдствен. право § 30; также L. 213 D. 50, 16 (ниже пр. 10).

ности, которыя должны возникнуть изъ срочной сдѣлки, до наступленія срока не возникаютъ. Но существуетъ *увѣренность* въ томъ, что эти права и обязанности возникнуть въ будущемъ (при суспензивномъ условіи, какъ мы видѣли въ § 41, III, *pendente condicione* существуетъ не увѣренность въ возникновеніи правъ и обязанностей изъ сдѣлки, а только *надежда* на ихъ возникновеніе). Поэтому (въ отличіе отъ условной сдѣлки) уплата до срока по обязательству не считается уплатою недолжнаго ⁷; залогъ, установленный въ обезпеченіе срочнаго обязательства, порождаетъ *actio hypothecaria* ⁸; лицо, отчуждившее вещь къ извѣстному сроку, можетъ до наступленія срока совершать акты распоряженія относительно нея лишь съ тѣмъ, чтобы ихъ значеніе уничтожалось по наступленіи срока ⁹. Въ виду этого можно было-бы сказать, повидимому, что при заключеніи срочной сдѣлки право, установленное сдѣлкой, уже *возникло*, но до наступленія срока оно *не можетъ быть осуществляемо*. Подобное воззрѣніе отражается и въ источникахъ ¹⁰, но оно не вполне точно: относительно права собственности, установленнаго *ex die*, источники прямо говорятъ, что оно возникаетъ лишь съ наступленіемъ срока ¹¹. По наступленіи отлагательнаго срока сдѣлка производитъ полный свой юридическій эффектъ.

2) *Отмѣнительный срокъ*. До его наступленія сдѣлка производитъ полный эффектъ. Наступленіе его уничтожаетъ весь этотъ эффектъ съ тою же силою, какъ наступленіе резолютивнаго условія, но только начиная съ момента наступленія срока; о какомъ бы то ни было *обратномъ дѣйствіи* здѣсь не можетъ быть рѣчи ¹².

IV. Допустимость срока.

1. Никакой срокъ не допускается при тѣхъ *actus legitimi*, которые не допускаютъ условія; эти сдѣлки теряютъ силу при включеніи срока (L. 77 D. 50, 17; выше § 41, V, 2).

2. *Отмѣнительный срокъ* допускался при большинствѣ *jura in re aliena* и при большинствѣ обязательствъ. Переносъ *собственности ad tempus* сначала считался ничтожнымъ ¹³. Юстиніанъ допустилъ отмѣнительный срокъ при переносѣ собственности посредствомъ *donatio* или *legata*; по наступленіи срока собственность должна возвратиться къ отчуждателю или его наслѣдникамъ ¹⁴. *Современная теорія* признаетъ, что все имущество

⁷ L. 10 ср. L. 16 пр. D. 12, 6.

⁸ L. 14 ср. L. 13 § 5 D. 20, 1. Windscheid, I § 235 пр. 3.

⁹ L. 12 § 2 D. 20, 4. L. 3 § 2 3. C. 6. 43.

¹⁰ L. 46 пр. D. 45, 1 Paul. Praesens obligatio in diem autem dilata solutio... L. 213 D. 50. 16 Ulp. I reg. „Cedere diem“ significat incipere deberi pecuniam; „venire diem“ significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ср. къ этому Dernburg, I § 114 пр. 7.

¹¹ L. 9 § 2 D. 7, 9. Ulp. 51 eod. Plane si ex die proprietatis alicui legata sit, usufructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem ejus *perventuram*. Къ этому Dernburg, I. c. пр. 11.—О залогахъ и сервитутахъ см. съ одной стороны Dernburg, I. c. пр. 9 и 10,—съ другой Regelsberger, стр. 579 пр. 7. Вообще къ вопросу о конструкціи права, ограниченнаго отлагательнымъ срокомъ, ср. Windscheid, I § 96 пр. 5 Dernburg, I. c. пр. 6. Regelsberger, стр. 577 пр. 1 Баронъ, § 59, III.

¹² Узуфруктъ Fr. Vat. § 48. 50. 52 L. 15 D. 7, 4. L. 16 § 2 D. 10, 2. Залогъ L. 6 пр. D. 20, 6 Emphyteusis L. 3 D. 6, 3. Superficies L. 1 § 3 D. 43, 18 Мандатъ, societas наемъ L. 3 D. 3, 3 L. 1 пр. D. 17, 2. L. 14 D. 19, 2. При предѣльныхъ сервитутахъ и estipulacіяхъ этотъ срокъ дѣйствуетъ *ope exceptionis* L. 4 пр. D. 8, 1.—§ 3 J. 3, 15. L. 44 § 1 D. 44, 7. L. 56 § 4 D. 45, 1. Вещное пр. § 35, V.

¹³ Fr. Vat. 283. О другихъ правахъ см. прим. 12.

¹⁴ L. 2 C. 8, 54 (55) L. 26 C. 6, 37. Girard стр. 333 пр. 2.

права могутъ быть устанавливаемы до срока, съ наступленіемъ котораго они ipso jure прекращаются.

3. При *heredis institutio* всякій срокъ считается неписаннымъ: dies a quo порвалъ бы континуитетъ при смѣнѣ наслѣдникомъ наслѣдодателя; dies ad quem противорѣчилъ бы основному правилу: *semel heres, semper heres*¹³.

§ 43. Causa имущественныхъ предоставленій. 1. Понятіе о предоставленіи и о causa. Виды causarum. Значеніе ихъ.

1. Подъ именемъ „предоставленія“ (*Zuwendung*) мы будемъ понимать, слѣдуя за *Беккеромъ*¹, главнымъ образомъ, тѣ *юридическія сдѣлки*, путемъ которыхъ совершается непосредственно переходъ какого-либо права изъ состава одного имущества въ другое. Для совершенія предоставленія въ этомъ смыслѣ обыкновенно необходимы два волеизъявленія: съ одной стороны передача права изъ своего имущества предоставителемъ, съ другой—полученіе права въ свое имущество получателемъ. Предоставленія могутъ быть сдѣланы разными *путями*: сюда относятся транслятивная и конститутивная передача всякихъ имущественныхъ правъ въ пользу другого лица (отказъ отъ *jus in re aliena*, прощеніе долга). При этомъ подъ конститутивной передачей обязательственныхъ правъ изъ одного имущества въ другое *Беккеръ* понимаетъ также установленіе новыхъ обязательствъ однимъ лицомъ за счетъ своего имущества въ пользу другого.

Терминъ „предоставленіе“ можно понимать и въ болѣе *широкомъ* смыслѣ и относить его ко *всякому* увеличенію имущества одного лица на счетъ другого, хотя бы не въ силу *юридической сдѣлки*, а въ силу фактическихъ дѣйствій (напр., *satio, plantatio, inaedificatio*), а также въ силу всякихъ дозволенныхъ дѣйствій, путемъ которыхъ одно лицо доставляетъ другому оцѣнимыя на деньги выгоды (оказаніе разнаго рода услугъ, подача совѣтовъ).

II. Каждое предоставленіе (понимая это слово даже въ широкомъ смыслѣ) совершается всегда *для достиженія какой-нибудь опредѣленной цѣли* или даже *для достиженія нѣсколькихъ цѣлей*, одна другую обусловливающихъ. Безъ цѣли нормальный человекъ ничего не дѣлаетъ. Изъ этихъ цѣлей предоставленія съ точки зрѣнія гражданскаго права имѣютъ особый интересъ тѣ, которыя являются *непосредственными и главными цѣлями предоставленія*; эти цѣли опредѣляютъ *юридическій характеръ, который должно получить предоставленіе для получателя*. Въ сравненіи съ этими цѣлями остальные цѣли предоставленія являются *отдаленными и второстепенными*. Примѣры: 1) Я покупаю вещь, т. е. принимаю на себя обязательство уплатить ея цѣну. Ближайшая цѣль моего предоставленія (которое состоитъ въ принятіи мною на себя обязательства уплатить цѣну) это—приобрѣсти такое же обязательство о предоставленіи мнѣ вещи отъ продавца. Отдаленная цѣль: я хочу перепродать эту вещь или употребить ее для подарка, для личнаго пользованія. 2) Я переношу собственность на вещь безвозмездно; моя ближайшая цѣль: проявить щедрость къ покупателю (*donandi causa*);—отдаленная цѣль: отблагодарить получателя за услугу, помочь ему въ нуждѣ и т. д.

¹³ L. 34 D. 28, 5. § 9. J. 2, 14.

¹ См. *Bekker*, System т. II § 100.

Ближайшая и непосредственная цѣль имущественнаго предоставленія, опредѣляющая юридическое положеніе предоставленія для получателя, носитъ названіе *causa имущественнаго предоставленія*². Обыкновенно очень трудно установить, какое значеніе имѣли для предоставителя тѣ болѣе отдаленныя цѣли, которыя онъ преслѣдовалъ своимъ предоставленіемъ; въ частности, неизвѣстно, сдѣлалъ ли бы предоставитель данное предоставленіе, если бы зналъ, что отдаленныя цѣли этого предоставленія не будутъ достигнуты. Для того, чтобы не затруднять расчетовъ лицъ, участвующихъ въ оборотѣ, и суда, допускается предположеніе, что предоставитель совершилъ бы свое предоставленіе, даже если бы зналъ, что болѣе отдаленная цѣль его не будетъ достигнута (разъ онъ самъ не включилъ условія, срока или иной оговорки, которыя бы поставили силу сдѣлки въ зависимость отъ достиженія даже этой отдаленной цѣли). Напротивъ, главной и непосредственной цѣли, опредѣляющей юридическое положеніе предоставленія у получателя, придается, по общему правилу, рѣшающее значеніе: предполагается, что предоставитель *не сдѣлалъ бы предоставленія, если бы зналъ, что его главная цѣль не будетъ достигнута*, и предоставленіе не получить въ рукахъ получателя того юридическаго характера, который желалъ придать ему предоставитель³.

III. Эти главныя цѣли предоставленій могутъ быть *раздѣлены на двѣ группы*.

а) Предоставитель желаетъ *проявить щедрость* лично получателю. Если онъ осуществляетъ это свое намѣреніе посредствомъ сдѣлки *inter vivos*, то признается, что послѣдняя совершена *donandi causa*; это будетъ *donatio* въ широкомъ смыслѣ термина (см. § 44).

б) Обыкновенно предоставитель не имѣетъ въ виду, однако, оказать своимъ предоставленіемъ щедрость получателю, а руководится хозяйственнымъ расчетомъ или желаетъ одарить не получателя, а кого-либо другого. Въ этихъ случаяхъ предоставитель *или* рассчитываетъ получить эквивалентъ за свое предоставленіе отъ получателя, либо отъ какого-нибудь иного источника, *или* ставить свое предоставленіе въ тѣсную причинную связь съ полученнымъ уже раньше предоставленіемъ (установленіе обезпеченія возникшаго уже раньше долга, *cautio*), *или* проявляетъ свою щедрость не къ получателю лично (установленіе *dos* не самой женою).

Въ этихъ, преобладающихъ въ гражданскомъ оборотѣ, случаяхъ главною цѣлью предоставленія (*causa*) могутъ быть рядъ *отдѣльныхъ типичныхъ causarum*. Сюда относятся въ частности слѣдующія *causae*:

1) Предоставленіе дѣлается для того, чтобы при его посредствѣ было *уничтожено обязательство* предоставителя или третьяго лица по отношенію къ получателю: *solvendi causa*.

2) Предоставленіе совершается какъ необходимое условіе *для возник-*

² См. о *causa Windscheid, Voraussetzung* (см. выше § 40, II пр. 4). *Pand.* т. I § 98 пр. 1. *Witte. Bereicherungsklagen* стр. 55 сл. *Lotmar. Ueber causa in röm. R.* *Brinz. Pand.* т. IV § 559, *Bekker, Syst.* т. II §§ 100, 10'. *Regelsberger, § 167. Dernburg, I § 95. Lenel, Arch. f. civ. Pr.* т. 74 и 79. *Хвостовъ, Aequitas*, стр. 241 сл. *Crome, System I § 74, 5; § 75.*

³ Второстепенныя, дальнѣйшія цѣли предоставленія *этого* значенія въ глазахъ права не имѣютъ; это не значитъ, однако, что ихъ юридическое значеніе ничтожно: оно проявляется, напр., въ ученіи объ отчужденіяхъ *creditoris fraudandi causa*, о *donatio remuneratoria*.

новенія какого-либо права, для приобрѣтенія этого права: напр., *mutui datio*, т. е. предоставленіе *credendi causa*; *condicionis implendae causa datio*, т. е. предоставленіе, совершенное для исполненія условія, въ зависимость отъ котораго въ завѣщаніи поставлено приобрѣтеніе наслѣдства или легата.

3) Предоставленіе дѣлается, чтобы получатель въ свою очередь предоставилъ что либо въ видѣ эквивалента въ пользу предоставителя: напр. *contractus innominati*, т. е. двусторонніе договоры, при которыхъ одна сторона дѣлаетъ другой предоставленіе, чтобы этимъ побудить послѣднюю къ встрѣчному предоставленію.

4) Предоставленіе дѣлается для выполненія какой-либо иной *функции* у получателя: напр., для того, чтобы оно стало въ рукахъ получателя приданымъ — *dotis causa*; для того, чтобы оно обезпечивало доказательство какого-либо юридическаго факта (расписка о полученіи денегъ взаймы) или обезпечивало возможность взысканія по какому-либо обязательству (заключеніе съ этой цѣлью стипуляціи).

IV. *Значеніе causa* для отдѣльныхъ сдѣлокъ различно.

1. Есть *сдѣлки*, въ составъ которыхъ непременно входитъ определенная *causa*, и онѣ немислимы при другой *causa*⁴. Такъ напр., при купль-продажѣ фактической составъ таковъ: каждая сторона дѣлаетъ предоставленіе, принимая на себя обязательство предъ другой стороной, и *цѣль*, для которой каждая сторона дѣлаетъ это предоставленіе другой, состоитъ именно въ томъ, чтобы, благодаря принятію на себя обязательства, она сама приобрѣла обязательственное право требовать вещь или уплату цѣны отъ противной стороны. При *займѣ* заимодавецъ переноситъ на заемщика посредствомъ *traditio* право собственности на извѣстное количество потребляемыхъ вещей для того, чтобы получить противъ него требованіе о возвратѣ такого же количества такихъ же вещей. По этимъ *causae* подобныя сдѣлки и получаютъ свое названіе. Таковы реальные и консенсуальныя контракты, а также *solutio*, *novatio* и т. д.

Другія сдѣлки могутъ совершаться для самыхъ разнообразныхъ *цѣлей*; въ самый составъ ихъ не входитъ определенная, всегда имъ свойственная цѣль: таковы *traditio* (т.-е. переносъ права собственности посредствомъ передачи вещи); *stipulatio* (т.-е. договоръ въ формѣ вопроса и отвѣта, устанавливающий обязательственное право); *acceptilatio* (т.-е. уничтоженіе стипуляціоннаго обязательства посредствомъ вопроса и отвѣта); установленіе сервитута или отказъ отъ него; *cessio obligationis* (т.-е. переносъ обязательственнаго права отъ одного кредитора на другого) и т. д. Такъ, напр., перенести собственность путемъ *traditio* можно, какъ мы сейчасъ видѣли, для установленія договора займа (*traditio credendi causa*), для совершенія даренія (*traditio donandi causa*), для уплаты долга (*traditio solvendi causa*), для установленія приданаго (*traditio dotis causa*), для исполненія завѣщательнаго условія (*condicionis implendae causa*).

2) Въ зависимости отъ болѣе или менѣе тѣсной связи сдѣлокъ съ ихъ *causa*, сдѣлки могутъ быть раздѣлены на двѣ категоріи.

а) *Казуальныя сдѣлки*. Для действительности этихъ сдѣлокъ необходима *наличность* и *осуществленіе той цѣли*, для которой онѣ совер-

⁴ *Brinz*, I. с. стр. 240. So enthalten sämtliche Familiengeschäfte, z. B. Ehe, Adoption, Emancipation in ihrem Inhalte zugleich ihre causa. Von einem Theil der Vermögensgeschäfte, nämlich von Consensual-und Realcontracten, gilt dasselbe.

шаются или которая входитъ въ ихъ составъ. Когда causa, входящая въ составъ этихъ сдѣлокъ, не осуществляется, то нѣтъ налицо и самой каузальной сдѣлки.

б) *Абстрактныя сдѣлки*. Для дѣйствительности этихъ сдѣлокъ осуществленіе той цѣли, для которой онѣ совершаются, *не требуется*. Онѣ сохраняютъ силу и производятъ свое дѣйствіе даже въ томъ случаѣ, если цѣль, для которой онѣ заключены, *не будетъ достигнута*. Такой характеръ могутъ имѣть только сдѣлки, которыя могутъ заключаться для *разныхъ цѣлей*. Такъ какъ подобныя сдѣлки дѣлаются *независимыми* отъ ихъ цѣли, какъ бы отвлекаются отъ нея, то онѣ и называются *абстрактными* сдѣлками. Такими были: римская *traditio, stipulatio* (по крайней мѣрѣ въ видѣ общаго правила въ эпоху классич. юристовъ), *acceptilatio*; въ современномъ правѣ таковъ вексель. Собственность переходитъ по *traditio*, обязательство изъ стипуляціи возникаетъ, долгъ погашается акцептиляціей, хотя бы цѣль традиціи, стипуляціи или акцептиляціи не была достигнута. (Напр., *acceptilatio* совершена *dotis causa*, т.-е. установлено приданое посредствомъ прощенія долга, лежащаго на женихѣ; но бракъ не состоялся, слѣдовательно не можетъ быть и приданого; тѣмъ не менѣе, прощеніе долга, сдѣланное жениху для установленія приданого, остается въ силѣ. Или *traditio* сдѣлана *solvendi causa*, а затѣмъ оказывается, что погашенный долгъ былъ мнимый; цѣль предоставленія не достигнута, но собственность перешла) ⁵.

Однако, мы уже замѣтили выше, что право во всякомъ случаѣ придаетъ causa т.-е. *непосредственной* цѣли имущественнаго предоставленія рѣшающее значеніе, въ отличіе отъ болѣе *отдаленныхъ* цѣлей предоставленія, даже тогда, когда при заключеніи сдѣлки объ этомъ не было открыто заявлено. По отношенію къ абстрактнымъ сдѣлкамъ значеніе causa сказывается въ слѣдующемъ. Хотя эффектъ *абстрактныхъ* сдѣлокъ наступаетъ независимо отъ осуществленія главной цѣли этихъ сдѣлокъ, но предоставителю даются средства на случай недостиженія главной цѣли предоставленія, чтобы *уничтожить хозяйственный результатъ этого эффекта* для получателя: а) *exceptio* противъ иска получателя изъ предоставленнаго ему путемъ абстрактной сдѣлки (*stipulatio*) права требованія ⁶, или б) особый *обязательственный искъ* противъ получателя о возвратѣ того, что онъ получилъ

⁵ Впрочемъ, и стипуляціи, и традиціи можно было придать каузальный характеръ, включая условіе. Объ акцептиляціи см. L. 4. 5 D. 46, 4.—Безусловно абстрактный характеръ носили такія сдѣлки, какъ *mancipatio, in jure cessio, nexum*. См. къ изложенному *Girard*, стр. 543 сл. *Dernburg*, I § 95, 3. Абстрактный характеръ *акцептиляціи* выраженъ въ слѣд. текстѣ: L. 4 D. 12, 4 Ulp. 39 ed. Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto sit liberatus. —Приведенный въ текстѣ примѣръ заимствованъ изъ L. 10 D. 12, 4. *Javolenus* 1 *Plaut*. Si mulier ei cui nuptura erat cum dote dare vellet, pecuniam, quae sibi debebatur, acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum siue causa an per acceptilationem pervenit. Ср. однако именно объ *acceptilatio dotis causa* L. 43 pr. D. 23, 3. *Accarias*, т. I стр. 818.—Объ абстрактномъ характерѣ *традиціи* см. съ одной стороны L. 36 D. 41, 1, съ другой—L. 18 D. 12, 1 и къ этому Вещное право § 7, 3.—О *стипуляціи* см. *Gai* IV, 116a. Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Ср. впрочемъ, L. 3 C. 4, 30 и L. 25 § 4 D. 22, 3 и ко всему вопросу *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 22 пр. 6. *Сабининъ*. О договорѣ займа по рим. пр. (1905 г.), стр. 175 сл.—Спорный вопросъ является ли *cessio obligationis* абстрактной сдѣлкой? См. *Дернбургъ* Обяз. пр. § 49 пр. 2.

⁶ *Gai* IV, 116a.

по сдѣланному ему предоставленію—*condictio* ⁷. Этимъ искомъ можно, напр., вытребовать у лица, которому былъ прощенъ долгъ (черезъ *acceptilatio*) *dotis causa*, сумму долга въ томъ случаѣ, если бракъ не состоится, и *causa dotis*, для которой совершенно было прощенье долга, не осуществится; или вытребовать у мнимаго кредитора полученное имъ въ видѣ платежа.

Ясно, такимъ образомъ, насколько *различно дѣйствіе*, оказываемое на юридическую сдѣлку, съ одной стороны, неосуществленіемъ главной цѣли предоставленія (*causa*) и, съ другой стороны, наступленіемъ *резолютивнаго условія* или *отмѣнительнаго срока*. Наступленіе резолютивнаго условія или отмѣнительнаго срока (какъ было показано въ §§ 41 и 42) имѣетъ *вещный эффектъ*, т.-е. послѣдствія сдѣлки прекращаются *ipso jure*; нѣтъ необходимости требовать этого прекращенія искомъ или экцепціей. Напротивъ, недостиженіе *causa* абстрактной сдѣлки имѣетъ только *обязательственный эффектъ*: здѣсь возникаетъ или обязательственный *искъ* о возвратѣ обогащенія, полученнаго по предоставленію, или же *экцепція* противъ иска, предъявляемаго лицомъ, которому сдѣлано предоставленіе въ формѣ установленія въ его пользу абстрактнаго обязательства.

§ 44. Продолженіе. 2. *Donandi causa (donatio)*.

Изъ отдѣльныхъ *causae* заслуживаетъ разсмотрѣнія въ общей части *donandi causa* или *donatio*. Эта *causa* придаетъ предоставленію особый отпечатокъ и подчиняетъ его особымъ юридическимъ правиламъ. *Donandi causa* должна разсматриваться въ *общей части*, т. к. она осуществляется путемъ совершенія самыхъ разнообразныхъ юридическихъ сдѣлокъ: съ цѣлью даренія могутъ быть установлены вещныя права, обязательства, можетъ быть совершенъ отказъ отъ правъ и т. д.; наконецъ, оно можетъ быть осуществлено путемъ доставленія чисто фактическихъ выгодъ (можно съ цѣлью даренія вспахать чужое поле, кормить чужой скотъ). Поэтому дареніе или *donandi causa* не стоитъ въ особомъ тѣсной связи ни съ однимъ изъ специальныхъ отдѣловъ *особенной части* Пандектъ ¹.

I. *Понятіе*. Подъ именемъ *donatio* источники разумѣютъ иногда *всякое безмездное и добровольное предоставленіе какой-либо имущественной выгоды*; въ этомъ смыслѣ и *legatus* называется *donatio testamento relicta* ². Но практическое значеніе имѣетъ лишь понятіе *donatio въ тѣсномъ смыслѣ*. *Этимъ именемъ называется такое безмездное представленіе права или фактической выгоды, которое уменьшаетъ имущество дарителя и совершается дарителемъ не ради исполненія какой-либо юридической обязанности, а исключительно для проявленія щедрости и благоволенія лично къ одаренному, и которое въ этомъ смыслѣ принимается послѣднимъ*. Отсюда вытекаютъ слѣдующіе признаки даренія.

⁷ L. 66. D. 12, 6. См. также L. 3 D. 12 7. *Дернбургъ*, Обяз. пр. §§ 138 слл.

¹ Въ общую часть помѣщаютъ даренія *Savigny*, System т. IV стр. 2 слл. *Puchta*, Pand. § 68 пр. d. *Sintenis*, das praktische gem. Civilrecht, т. I § 23 пр. 1. *Vangerow*, I § 121. *Arndts*. § 80 пр. 5. *Keller*, Pand. т. I § 63 слл. *Wendt*, Pand. § 63 слл. *Hölder* § 55. *Bekker* II § 102 слл. *Regelsberger* § 169 пр. 13. *Mitteis* Röm. Privatrecht, т. I, § 10. *Азаревичъ*, Система рим. пр. т. I стр. 234 сл. Институція Юстиніана говорятъ о дареніи по поводу ученія о способахъ приобрѣтенія собственности (I. 2, 7). Въ обязательственное право, безъ достаточныхъ основаній, помѣщаютъ дареніе *Windscheid* II § 365 пр. 18. *Dernburg* II § 106 пр. 2. *Умовъ*, Дареніе, его понятіе etc. (1876 г.), стр. 132 сл.

² L. 36 D. 31.

1) Дареніе есть *безмездное предоставленіе*. Если въ двусторонней сдѣлкѣ одна сторона выговариваетъ себѣ отъ другой, сознательно и съ намѣреніемъ одарить другую, особенно незначительное вознагражденіе за свое предоставленіе, то имѣются двѣ сдѣлки: возмездный договоръ и дареніе—*negotium mixtum cum donatione* (напр., нѣкто сознательно, съ цѣлью одарить, продаетъ вещь много дешевле, чѣмъ она стоитъ) ³.

2) Дареніе должно быть сдѣлано *не ради исполненія юридической обязанности* ⁴. Наличие нравственной обязанности (помощь бѣднымъ родственникамъ) не исключаетъ даренія.

3) Дареніе должно быть сдѣлано съ цѣлью *проявить благоволеніе и щедрость дарителя къ одаренному лично*, а не въ силу обычныхъ хозяйственныхъ, дѣловыхъ расчетовъ ⁵. Не будетъ дареніемъ, слѣдовательно, уплата долга до срока или установленіе должникомъ залога въ пользу кредитора, ибо тутъ должникъ руководится хозяйственнымъ расчетомъ (устанавливая залогъ, онъ надѣется облегчить себѣ полученіе кредита; платя долгъ раньше срока, должникъ желаетъ избавиться отъ уплаты процентовъ и т. п.) *Dotis datio* не есть дареніе мужу, ибо мужъ получаетъ *dos* лишь для несенія опера *matrimonii* и большею частью обязанъ вернуть *dos* по окончаніи брака женѣ или установителю. Не считаются дареніями тѣ предоставленія, которыя по обычаю дѣлаются въ извѣстномъ размѣрѣ въ качествѣ вознагражденія за услуги, обыкновенно оплачиваемыя деньгами (вознагражденіе лакею на чай или лицу, нашедшему потерянную вещь). Нѣтъ даренія и въ такихъ случаяхъ, когда вещь продана несоразмѣрно дешево по незнанію цѣны или по нуждѣ.

4) Дареніе должно *уменьшать имущество дарителя* ⁶. Поэтому не составляетъ даренія, напр., предоставленіе *reseratum*, а также легаты и другія предоставленія, устанавливаемые послѣдней волею. Такъ наз. *donatio mortis causa*, т.-е. дареніе, сила котораго зависить отъ того, переживетъ-ли одаренный дарителя, занимаетъ въ этомъ отношеніи среднее мѣсто между дареніемъ и легатомъ, и стоитъ ближе къ послѣднему. (Насл. пр. § 34).

5) Дареніе, по господствующему воззрѣнію, должно *увеличивать имущество одареннаго* ⁷. Но намъ представляется болѣе правильнымъ воззрѣніе тѣхъ изслѣдователей, которые считаютъ этотъ признакъ существеннымъ только для даренія между мужемъ и женой ⁸.

6) Дареніе должно быть *принято, какъ таковое, одаряемымъ*. Никому нельзя навязывать даренія ⁹, а дарителя нельзя связывать актомъ даренія, если одаряемый не признаетъ его. Если кто-либо переносить собственность *donandi causa*, а другая сторона принимаетъ вещи, думая, что получаетъ ихъ взаймы, то дареніе не можетъ состояться, и даритель можетъ посред-

³ L. 5 § 5 D. 24, 1 L. 38 D. 18, 1 см. *Regelsberger* § 168 пр. 3.

⁴ L. 29 пр. D. 39, 5 *Papinianus* 10 resp. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.* L. 82 D. 50, 17.

⁵ L. 1 пр. D. 39, 5 *Julianus* 17 dig. *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur...* § 1... *liberalitatis gratia aliquid dat...*

⁶ L. 31 пр. § I, § 6 D. 24, 1.

⁷ L. 5 § 8 12, 16 D. 24 1. *Windscheid*, II § 365 пр. 2. *Hölder*. стр. 284.

⁸ *Regelsberger* § 168 пр. 8. *Dernburg*, II § 106 пр. 5 и 12 См. Семейн. пр. § 11, II, 1.

⁹ L. 19 § 2 D. 39, 5 *Ulp.* 76 ed. *Non potest liberalitas nolenti adquiri.*

ством *condictio sine causa* потребовать обратно полученное изъ его имущества предоставленіе, цѣль котораго не достигнута ¹⁰.

II. *Ограниченія дареній*. Римляне, какъ народъ разсчетливый, относились къ даренію неблагоклонно. Дареніе не составляетъ обычнаго хозяйственнаго распоряженія экономнаго человѣка. Поэтому римляне не относили даренія къ области обычной *administratio*; право совершать даренія не входило въ полномочія лица, которому она была предоставлена ¹¹. Дареніе можетъ служить поводомъ къ расточительности. Человѣкъ, легко поддающійся увлеченіямъ, при полной свободѣ дареній можетъ быстро растратить свое имущество. Наконецъ, свобода дареній можетъ вызвать безнравственные происки, можетъ способствовать обращенію интимныхъ узъ въ средство эксплуатаціи одною стороною имущественныхъ средствъ другой. Въ виду этихъ соображеній дареніе въ римскомъ правѣ изстари подвергалось ограниченіямъ.

1) Въ 550 г. а. н. с. ¹², т.-е. къ концу второй Пунической войны, когда въ Римѣ уже замѣчался упадокъ нравовъ и семейной жизни, была издана *lex Cincia de donis et muneribus*. Этотъ законъ ограничилъ сумму дозволенныхъ дареній опредѣленнымъ предѣломъ (fr. Vat. 304), высота котораго однако не указана въ источникахъ, и установилъ для дареній опредѣленную форму (переносъ собственности и установленіе юридическаго владѣнія—fr. Vat. 311). Только въ пользу *personae exceptae*, т.-е. ближайшихъ когнатовъ и *affines*, и въ пользу патрона можно было дѣлать даренія безъ ограниченій ¹³. Иски противъ дарителя по поводу другихъ дареній обезсилывала созданная преторомъ *exceptio legis Cinciae* ¹⁴. Она допускалась лишь до тѣхъ поръ, пока не умеръ даритель или одаренный (*morte Cincia remouetur*) ¹⁵.—*Lex Cincia* запрещала, далѣе, брать *munera*, т. е. подарки, за веденіе судебныхъ дѣлъ (Tac. Ann. 11, 5: *ne quis ob causam orandam rescuniam donumve accipiat*). Это постановленіе клонилось къ тому, чтобы поддержать обычай лицъ высокаго общественнаго положенія (сенаторовъ), занимавшихся юриспруденціей, даромъ вести дѣла своихъ кліентовъ и вообще бѣднаго люда.

Послѣ классической эпохи lex Cincia утратила силу. При христіанскихъ императорахъ ее замѣнило постановленіе—*объ инсинуаціи крупныхъ дареній*. Мѣста въ Пандектахъ, гдѣ говорится о мѣрѣ дареній, у классическихъ юристовъ относились къ *lex Cincia*, но компиляторамъ они были отнесены къ новому праву. Согласно послѣднему все даренія на сумму *выше 500 солидовъ* (4666 марокъ 67 пфен., т.-е. около 2200 р.) ¹⁶ подлежали заявленію суду и занесенію въ протоколъ (*insinuatio apud acta*). Если не соблюденъ этотъ обрядъ, дареніе считалось ничтожнымъ въ части, превышающей 500 солидовъ; въ остальной части оно было дѣйствительно. Поэтому, если предметомъ даренія были не деньги, а цѣнные вещи, то въ случаѣ неисполненія закона объ инсинуаціи образовывалось *condominium* дарителя и

¹⁰ L. 18 pr. D. 12, 1. Спорный вопросъ. Такъ *Windscheid* I § 365 пр. 5. *Dernburg* I. с. пр. 14. *Hölder* § 55 прим. 2. *Regelsberger* § 168 пр. 12. Иначе *Savigny* IV стр. 145 сл. *Bekker* § 102 Veil. V. *Girard*, стр. 932 пр. 4.

¹¹ Ст. L. 7 пр. D. 39, 5. L. 8 § 5 D. 20. 6.

¹² *Girard*, стр. 934 пр. 1. *Karlowa*, R. RG. II 2 стр. 585.

¹³ Fr. vat. 298. 309.

¹⁴ Fr. vat. 310.

¹⁵ Fr. vat. 259.

¹⁶ L. 36 § 3 C. 8, 53 (54). Подробности у *Windscheid* § 367, 2. *Дернбургъ*, Обяз. пр. § 108, 1. О дареніи ренты см. L. 34 § 4 C. 8, 53 (54).

одареннаго: одаренный становился собственникомъ вещи, поскольку цѣнность вещи не превышала 500 солидовъ; прежній собственникъ сохранялъ право собственности на остальную часть вещи¹⁷. *Свободны отъ инсинуаціи были:* а) даренія государя и въ его пользу; б) даренія на возстановленіе разрушеннаго зданія; в) даренія на выкупъ плѣнныхъ и д) дареніе женщинѣ для установленія приданаго¹⁸.

2) Чтобы питимная связь мужа и жены не обращалась въ средство имущественной эксплуатаціи одного супруга другимъ, *дареніе между супругами* (donatio inter virum et uxorem) еще до начала имперіи было безусловно запрещено, главнымъ образомъ, въ виду свободы развода въ Римѣ¹⁹.

3) Дареніе можетъ быть *оспорено наследниками*, если оно умалило ихъ обязательную долю²⁰, и *кредиторами*, если оно совершено для уменьшенія конкурсной массы²¹.

4) Даръ подлежитъ *возврату по неблагодарности* одареннаго по отношенію къ дарителю. Неблагодарностью одареннаго признается: тяжкая обида на словахъ, нападеніе дѣйствіемъ на дарителя, угроза, неисполненіе возложеннаго дарителемъ *modus* (о *modus* см. § 45)²². Искъ довѣрителя о возвратѣ разсматривается какъ средство отомстить за неблагодарность. Какъ *actio vindictam spirans* этотъ искъ не дается противъ наследниковъ одареннаго, а наследники дарителя могутъ его вчинить лишь, если даритель при жизни изъявилъ серьезное намѣреніе потребовать обратно даръ. Искъ ограниченъ размѣромъ наличнаго обогащенія одареннаго²³. Если дареніе сдѣлано въ благодарность за спасеніе жизни, оно не подлежитъ возврату за неблагодарность одареннаго (*donatio remuneratoria*). Такое дареніе свободно отъ ограниченій *lex Cincia* и не подлежитъ инсинуаціи²⁴.

§ 45. Modus.

I. Къ безмездному¹ *предоставленію имущества* предоставителемъ можетъ быть прибавлена оговорка такого содержанія, что получатель долженъ дать этому имуществу опредѣленное назначеніе, или что онъ долженъ выполнить какое-либо дѣйствіе въ интересахъ предоставителя, третьяго лица или въ общественномъ интересѣ. Это дѣйствіе *не является эквивалентомъ сдѣланнаго предоставленія*; послѣднее сохраняетъ характеръ безвозмезд-

¹⁷ L. 34 § 1. 2 C. 8, 53 (54).

¹⁸ L. 34 § 1a. L. 36 pr. § 2 C. 8, 53 (54). L. 31 pr. C. 5, 12.

¹⁹ Tit. Dig. 24, 1. Cod. 5, 16. Подробности см. въ Семейномъ правѣ § 11.

²⁰ *Querela inofficiosae donationis*. Cod. 3, 29. См. Наслѣдст. право § 17 in fine.

²¹ *Дернбургъ*, Обяз. пр. §§ 144 сл.

²² L. 10 C. 8, 55 (56).

²³ L. 7. 10 C. 8, 55 (56). Объ особомъ положеніи матери, ведущей безнравственный образъ жизни или вступившей во второй бракъ см. L. 7 § 4 C. 8, 55 (56). Nov. 22 c. 35. *Regelsberger* § 169 пр. 15.

²⁴ L. 34 § 1 D. 39, 5... haec donatio irrevocabilis est. *Dernburg* II § 109 пр. 19. *Windscheid* § 368 пр. 11. Ср. *Regelsberger* § 170 пр. 8. О дареніи *цѣлаго имущества* см. *Regelsberger* § 170, II. *Windscheid* II § 368.

¹ См. *Mitteis Röm. Privatrecht*, т. I, § 12. *Regelsberger*, стр. 604. Mithin verbleibt für die Auflage als eigentümliche Rechtsform nur die iener unentgeltlichen Vermögenszuwendung beigefügte Verpflichtung, welche unter ienen anderen Rechtsbegriff nicht fällt und nur einen Nebenzweck der Zuwendung bildet.—Ср. впрочемъ *Bekker System* § 118 пр. e. *Dernburg* I § 115 пр. 3.

наго предоставленія. Съ другой стороны, предоставитель долженъ придавать исполненію этой оговорки такое *серьезное* значеніе, что не сдѣлалъ бы самаго предоставленія, если бы зналъ, что оговорка не будетъ исполнена получателемъ². Подобная оговорка называется *modus*³. Близость *modus* къ только что разсмотрѣнной нами *causa* очевидна.

Modus означаетъ, что предоставитель преслѣдуетъ своимъ предоставленіемъ одновременно *два causa*: онъ хочетъ изъяснить *щедрость* къ получателю (при *donatio* или легатѣ), или сдѣлать его *преемникомъ* своей имущественно-правовой личности послѣ своей смерти (въ случаѣ *heredis institutio*), но въ то же время хочетъ побудить его къ *совершенію извѣстнаго дѣйствія* въ свою пользу, въ пользу опредѣленнаго третьяго лица, или на пользу всего общества. (Напр., я назначаю Тицію легатъ съ тѣмъ, чтобы онъ заботился о воспитаніи моихъ дѣтей. Я назначаю своимъ наследникомъ Тиція съ тѣмъ, чтобы онъ поставилъ мнѣ памятникъ)⁴. Эта *вторая* цѣль въ этихъ случаяхъ *тоже непосредственная цѣль предоставленія (causa)*, какъ и *первая*; она не можетъ быть отнесена къ числу тѣхъ отдаленныхъ цѣлей, которыя имѣютъ сравнительно незначительное юридическое значеніе (см. § 43, II). Тѣмъ не менѣе, эта вторая *causa* предоставленія, по сравненію съ первой цѣлью, *считается лишь дополнительной; характеръ* сдѣлки *опредѣляется* на основаніи первой цѣли, а наличность второй обозначается прибавкой „*sub modo*“. Такимъ образомъ, получается *donatio sub modo, legatum sub modo, heredis institutio sub modo*.

II. Лица, получившія предоставленіе *sub modo*, *принуждаются къ исполненію modus'a*. Необходимо только, чтобы *modus* не былъ недозволенный или безнравственный или не былъ фактически невыполнимъ. Подобный *modus* въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ считается неписаннымъ. При дареніи онъ также не имѣетъ значенія, т. к. кондикція о возвратѣ дара вслѣдствіе неисполненія *modus'a* исключается, если невозможность исполнить *modus* наступила безъ вины одареннаго⁵.

Средства принужденія къ исполненію *modus'a* различны.

1) Если *modus* прибавленъ къ *heredis institutio* (напр., на наследника возложена обязанность поставить памятникъ завѣщателю, воспитать его дѣтей), то возможно принужденіе въ административномъ порядкѣ *heres'a* къ исполненію возложенной на него обязанности⁶. Затѣмъ каждое третье лицо, къ которому наследникъ предъявитъ наследственный искъ, можетъ противопоставить этому иску *exceptio dilatoria* до исполненія наследникомъ *modus*⁷.

2) Если *modus* прибавленъ къ *legatum*, то *heres* можетъ потребовать отъ легатарія представленія обезпеченія (*cautio*) въ томъ, что *modus* будетъ

² L. 2 § 7 D. 39, 5 Julianus 60 dig. Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam juris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, *aliter non daturus*, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, *causa magis donationis, quam condicio dandae pecuniae existimari* debet et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit. L. 1 § 3 D. 27, 2.

³ Техническое значеніе слова „*modus*“ установилось только въ компиляціи Юстиниана: Tit. Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata; tit. Cod. 8. 54 de donationibus, quae sub modo; tit Dig. 35, 1. *Perme*, Labeo III, 12 сл.

⁴ L. 7 D. 33, 1. L. 1 § 3 D. 27, 2.

⁵ L. 8 C. 4, 6. L. 1 C. 6, 45. L. 71 § 2 D. 35 1.

⁶ L. 7 D. 33, 1 L. 50 § 1 D. 5, 3. L. 92 D. 35, 1.

⁷ L. 1 § 3 D. 27, 2. Сонаслѣдникъ въ *jud. fam. erc.* L. 7 cit. L. 18 § 2 D. 10, 2.

исполненъ, и до представленія этой *cautio* можетъ задержать выдачу легата⁸. Кромѣ того, преторъ можетъ принудить легатарія къ исполненію *modus'a* и другими средствами⁹.

3) При *donatio sub modo* даритель имѣетъ противъ одареннаго *actio praescriptis verbis* объ исполненіи *modus'a*¹⁰, а если *modus* прибавленъ въ интересахъ третьяго лица, это третье лицо имѣетъ искъ о его исполненіи противъ одареннаго¹¹.

При *дареніи sub modo* предоставитель располагаетъ иногда еще *другимъ средствомъ*. *Modus* можетъ разсматриваться, какъ мы видѣли, какъ вторая *causa*, прибавленная къ *causa donandi*. По общему правилу, если *causa* предоставленія не осуществилась, то предоставителю дается особый *искъ о возвратѣ предоставленія* (*condictio sine causa*), такъ какъ предоставленіе не получило надлежащаго юридическаго назначенія. Такое же вліяніе можетъ имѣть неисполненіе *modus'a*¹². Если даже *modus* былъ второй *causa* предоставленія, то въ случаѣ неисполненія его возвращается не часть предоставленія, а *все* предоставленіе, ибо даритель связалъ эти двѣ *causae*, и за отсутствіемъ особыхъ оговорокъ нельзя предположить, чтобы онъ сдѣлалъ предоставленіе, или хотя-бы часть его, зная, что *modus* не будетъ исполненъ.

При *heredis institutio* иска о возвратѣ наслѣдства не дается. Искъ о возвратѣ всего наслѣдства несправнымъ наслѣдникомъ противорѣчилъ-бы правилу, согласно которому лицо, разъ сдѣлавшись наслѣдникомъ, уже не можетъ перестать быть наслѣдникомъ (*semel heres semper heres*; Насл. пр. § 1, V). Затѣмъ, въ случаѣ даренія *sub modo* есть основаніе предполагать у дарителя намѣреніе удержать предоставленіе *у себя*, если *causa* этого предоставленія не осуществится; но неизвѣстно, *кому* бы завѣщатель оставилъ наслѣдство, если бы зналъ, что назначенный имъ *heres* не выполнитъ возложеннаго на него *modus*.

Послѣднее соображеніе примѣнимо и къ *легату*; неизвѣстно кому дать искъ о возвратѣ легата при неисполненіи *modus* легатаріемъ, ибо неизвѣстно, кому бы отдалъ этотъ легатъ завѣщатель, если бы зналъ, что легатарій не выполнитъ порученія.

III. Изъ сказаннаго видно, что *modus*, несмотря на нѣкоторое внѣшнее сходство, имѣетъ совершенно другое юридическое значеніе, нежели *отлагательное условіе*. *Modus* не отсрочиваетъ возникновенія права, какъ отлагательное условіе, и не уничтожаетъ права, если онъ осуществится. Онъ устанавливаетъ только *обязанность исполнить возложеніе*, а иногда также обязанность *вернуть* полученное обогащеніе при виновномъ неисполненіи его¹³. Въ тѣхъ случаяхъ, когда есть средство принудить одаренное лицо къ *исполненію* *modus'a*, и другое средство — *вернуть* предоставленіе въ случаѣ неисполненія *modus'a*, управомоченное лицо можетъ избрать то или другое средство. Такъ, напр., при дареніи *sub modo* даритель можетъ вчинить про-

⁸ L. 40 § 5 L. 71 pr. § 1 D. 35, 1. L. 80 D. eod. L. 19 D. 32.

⁹ *Pernice* Labeo т. III стр. 37 сл.: взятіе залога, наложеніе штрафа.

¹⁰ L. 9. L. 22 § 1 C. 8, 53 (54).

¹¹ L. 3 C. 8, 54 (55). *Дерибургъ*, Обяз. пр. § 18 пр. 5 (договоръ въ пользу третьяго лица). Наже § 46 I, 3.

¹² L. 3 L. 8 C. 4, 6 L. 2 § 7 D. 39, 5 (въ прим. 2).

¹³ *Savigny*, System т. III стр. 231. Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendirt aber nicht.

тивъ одареннаго a. praescr. verbis объ исполненіи modus'a, или путемъ condictio sine causa истребовать даръ велѣдствіе неисполненія modus'a.

§ 46. Представительство при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ.

I. Представителемъ называется лицо, заключающее юридическую сдѣлку *вмѣсто другого лица (принципала)*, которая эта сдѣлка касается. Представительство нужно отличать отъ нѣкоторыхъ сходныхъ съ нимъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ явленій.

1) Представителя слѣдуетъ отличать отъ тѣхъ лицъ, которыя дѣйствуютъ при заключеніи сдѣлки не *вмѣсто, а на ряду* съ тѣми лицами, которыхъ касается сдѣлка. Таковы свидѣтели, приглашенные сторонами для подтвержденія заключенной сдѣлки; свидѣтели, приглашенные для соблюденія формы по требованію закона (mancipatio); опекунъ, дающій свою auctoritas, чтобы придать юридическую силу сдѣлкѣ pupilla.

2) Представителя нужно отличать, далѣе, отъ тѣхъ лицъ, которыя *не заключаютъ* сдѣлку, касающуюся матеріально другихъ лицъ, а являются только *органами для передачи рѣшеній* этихъ послѣднихъ. Такой органъ для передачи воли носить техническое названіе *nuntius'a, вѣстника*. Его роль можетъ быть двояка: nuntius или передаетъ *письмо*, заключающее въ себѣ рѣшеніе принципала, или же онъ уполномоченъ передать другому лицу *содержаніе* рѣшенія своего принципала¹. Въ послѣднемъ случаѣ ему могутъ быть даны и болѣе широкія полномочія, напр., полномочіе сдѣлать выборъ среди предлагаемыхъ ему образцовъ товара. Его положеніе все же рѣзко отличается отъ положенія представителя, хотя бы послѣднему были даны самыя детальныя полномочія. Nuntius не рѣшаетъ вопроса о томъ, будетъ ли заключена сдѣлка; этотъ вопросъ уже заранѣе рѣшенъ принципаломъ. Nuntius только передаетъ волю послѣдняго и можетъ рѣшить вопросъ лишь о нѣкоторыхъ подробностяхъ уже заключенной его принципаломъ сдѣлки (сдѣлать напр., выборъ между образцами товара). Представитель, напротивъ, въ предѣлахъ данныхъ ему инструкцій, рѣшаетъ вопросъ о самомъ возникновеніи сдѣлки; онъ *заключаетъ* сдѣлку².

3) Представитель отличается и отъ лица, которое заключаетъ съ другимъ лицомъ договоръ въ *пользу третьяго лица*, то-есть обязываетъ по отношенію къ самому себѣ второе лицо, совершить какое-либо дѣйствіе въ пользу третьяго лица, въ договорѣ не участвующаго. Хотя на основаніи такого договора, при извѣстныхъ условіяхъ, третье лицо можетъ получить право на искъ противъ второго, но первое лицо не выступаетъ въ качествѣ представителя третьяго: оно заключаетъ договоръ, хотя и въ *пользу* третьяго, но не *вмѣсто* него; оно поэтому не нуждается ни въ полномочіи, ни въ ratihabitio со стороны третьяго лица. Второе лицо обязывается первому и, принимая на себя это обязательство, дѣлаетъ предоставленіе ему, а первое

¹ Nuntius перваго рода есть, напр., почта, тогда какъ телеграфъ является nuntius'омъ втораго рода. *Regelsberger*, § 160 пр. 1; о роли маклера см. тамъ-же пр. 4. Въ русск. лит. о представительствѣ см. *Казанцевъ*, Ученіе о представительствѣ въ гражд. пр. 1879. *Ело-же*, Свободное представительство въ римск. гражд. пр. 1884. *Гордонъ*, Представительство въ гражд. пр. 1879. *Нерсесовъ*, Понятіе добровольнаго представительства. 1878 г.

² *Derenburg* § 1 117. *Regelsberger*, стр. 581, 587. Римляне различаютъ „per liberam personam acquirere“ и „ministerium tantummodo praestare“ L. 15 D. 13, 5. L. 1 § 1 D. 3, 3.

лицо, направляя послѣдствія договора въ пользу третьяго, дѣлаетъ уже отъ себя предоставленіе этому третьему лицу (возмездно или безвозмездно). Заключая сдѣлку, первое лицо дѣйствуетъ за свой счетъ и въ своемъ интересѣ³.

Представитель, такимъ образомъ, не передаетъ только чужихъ рѣшеній, но *заключаетъ* сдѣлку; *заключаетъ* ее *за счетъ и въ интересахъ* принципала, вмѣсто послѣдняго. Онъ связанъ данными ему инструкціями, но эти инструкціи только ограничиваютъ содержаніе его воли, устанавливаютъ тѣ предѣлы, въ которыхъ его воля будетъ обязательна для принципала; но, заключая сдѣлку, представитель во всякомъ случаѣ самъ изъясняетъ волю.

II. Представительство *не допускается* при сдѣлкахъ семейнаго права (заключеніе брака, *adoptio*, *emancipatio*), при совершеніи завѣщанія, при *mancipatio*, *in jure cessio*, иногда также при вступленіи въ наслѣдство.

III. Представительство возможно въ *двухъ видахъ*:

1) Какъ *открытое* представительство, когда представитель при заключеніи сдѣлки прямо объявляетъ, что онъ заключаетъ ее для другого лица (принципала). 2) Какъ *скрытое* представительство, когда представитель умалчиваетъ при заключеніи сдѣлки о томъ, что онъ выступаетъ какъ представитель, т.-е. заключаетъ сдѣлку, хотя въ чужихъ интересахъ, но на свое имя. Нѣкоторые современные ученые выдѣляютъ скрытое представительство, или коммисіонерство; изъ понятія представительства⁴.

IV. *Дѣйствіе* представительства можетъ быть двойное.

1) *Непосредственное дѣйствіе*. О непосредственномъ дѣйствіи представительства говорится въ томъ случаѣ, когда юридическія послѣдствія сдѣлки (права и обязанности изъ нея) возникаютъ *прямо въ лицъ представляемаго*. Спрашивается, кого считать въ этомъ случаѣ *контрагентомъ* по заключенной сдѣлкѣ — представляемое лицо, участіе котораго въ заключеніи сдѣлки выразилось въ установленіи полномочія на ея заключеніе, или представителя? Можно сказать, что въ этомъ случаѣ сдѣлка заключена *представителемъ* (который завершилъ ея заключеніе) *совмѣстно съ представляемымъ* (который далъ полномочіе на ея заключеніе)⁵. Поэтому вопросы, касающіеся *дѣеспособности* и психическаго состоянія сторонъ во время заключенія сдѣлки (напр., о знаніи сторонами пороковъ покупаемой вещи, о заблужденіи сторонъ при изъясненіи воли), обсуждаются *по личности представителя и представляемаго*, смотря по степени участія каждаго изъ нихъ въ заключеніи сдѣлки. Участіе представляемаго въ заключеніи сдѣлки тѣмъ значительнѣе, чѣмъ подробнѣе инструкція, данная имъ представителю. Но *юридическія послѣдствія* сдѣлки возникаютъ прямо и всецѣло между *ли-*

³ *Regelsberger*, стр. 588, 591. *Дернбургъ*, Обяз. пр. § 18. Выше § 45 пр. 12.

⁴ См. *Regelsberger*, § 161.

⁵ Это воззрѣніе подробно развилъ и обосновалъ *Mitteis*, die Lehre von der Stellvertretung (1885 г.) §§ 13 и 14. Его раздѣляютъ *Dernburg* I. § 117 пр. 10. *Hölder*, Pand. стр. 297. По другой теоріи, защитниками которой являются *Windscheid* I § 73 пр. 16а и *Regelsberger*, стр. 582 слл., дѣйствіе исходитъ отъ представителя, а послѣдствія возникаютъ для представляемаго (см. также *Нерсеговъ*, ор. cit., стр. 81—106). Это—во всякомъ случаѣ не есть воззрѣніе римскихъ юристовъ, которые и представляемаго считали дѣйствующимъ лицомъ. L. 22 D. 40, 2 Paul. 12 quaest. Если сынъ отпускаетъ раба на волю съ разрѣшенія отца, то „solam electionem filio concessit (отецъ), ceterum ipse manumittit“. L. 7 pr. D. 3, 6. Paulus 10 ed. Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor.

цомъ представляемымъ и вторымъ контрагентомъ, и вопросъ о правоспособности обсуждается по личности представляемаго⁶. Заключивъ сдѣлку, представитель выходитъ изъ нея: не онъ считается стороной въ заключенной сдѣлкѣ, напр., покупателемъ, а представляемое лицо.

2) *Посредственное дѣйствіе*. Юридическія послѣдствія заключенной сдѣлки возникаютъ въ *лицъ представителя*; онъ приобретаетъ права изъ заключенной сдѣлки, и на него ложатся обязанности изъ нея. Вопросъ о правоспособности обсуждается поэтому по его личности. Но онъ имѣетъ въ виду и обязанъ особымъ юридическимъ актомъ (путемъ переноса собственности, цессіи обязательства и т. п.) *перенести* экономическій эффектъ заключенной сдѣлки (т. е. всѣ права и обязанности) на своего принципала. Эта обязанность представителя возникаетъ на основаніи того юридическаго отношенія, которое существуетъ между нимъ и принципаломъ, и въ силу котораго онъ принялъ на себя роль представителя (напр., договора *mandatum*).

V. Когда по римскому праву наступаетъ *непосредственное*, и когда *посредственное* дѣйствіе представительства?

1) При *скрытомъ* представительствѣ возможно только *посредственное* дѣйствіе.

2) При *открытомъ* представительствѣ также, по общему правилу, возможно лишь *посредственное* дѣйствіе. Римское право, вѣроятно опасаясь осложнений и опасности для прочности оборота, съ которыми связано непосредственное дѣйствіе представительства, и не ощущая особой нужды въ этомъ институтѣ, гл. обр., вслѣдствіе существованія рабства, которое давало возможность непосредственно приобретать черезъ рабовъ имущественныя права,⁷ въ принципѣ не допускало такого дѣйствія⁸.

Исключенія составляли: приобретение владѣнія⁹; приобретение собственности способами, основанными на приобретеніи владѣнія (*occupatio, traditio, давностное владѣніе*)¹⁰; приобретение обязательственныхъ правъ, которыя устанавливаются черезъ переносъ владѣнія и собственности (*mutuum, condictio indebiti*¹¹, а также (по Юстиніанову праву) залогъ, установленный

⁶ Источники, относящіеся, впрочемъ, большею частью, къ посредственному дѣйствію представительства: L. 12. 13 D. 18, 1. L. 51 D. 21, 1. L. 16 § 3. 4. L. 22 D. 40, 12—Герм. ул. § 166. „Поскольку вопросъ о порокахъ воли или о томъ, знала ли сторона и должна ли она была знать о какихъ-либо обстоятельствахъ, вліяетъ на послѣдствія волеизъявленія, во вниманіе принимается не личность представляемаго, а личность представителя. Если представитель, получившій полномочіе въ силу юридической сдѣлки, дѣйствовалъ согласно прямымъ указаніямъ довѣрителя, то послѣдній не вправе сослаться на невѣдѣніе представителя относительно такихъ обстоятельствъ, которыя довѣрителю были извѣстны. То же правило примѣняется къ обстоятельствамъ, о которыхъ довѣритель долженъ былъ знать, поскольку эта обязанность знать приравнивается къ самому знанію“.

⁷ Исторію развитія представительства въ римскомъ правѣ излагаютъ *Mitteis Röm. Privatrecht I, § 13*, и въ позднѣйшее время *Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri (1906)*. См. *Regelsberger § 162* пр. 1. *Нерсесовъ, op. cit.* стр. 140 сл. *Mitteis, §§ 1 и 2*.

⁸ *Per liberam personam adquiri nobis non potest*. Gai. 2, 95. Paul. 5, 2, 2. L. 11 § 6 D. 13, 7. L. 126 § 2 D. 45, 1. L. 1 пр. C. 4, 27—L. 7 § 4 D. 50, 17 Qu. Muc. Scaevola. *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri caveri potest.*—Ср. L. 6 C. 4, 50. L. 26 C. 5, 12.

⁹ L. 1 § 20 D. 41, 2. L. 1 C. 4, 27. L. 1 C. 7, 32. L. 11 § 6 D. 13, 7. § 5 J. 2, 9. Paul. 5, 2, 2.

¹⁰ L. 5 J. 2, 9. L. 20 § 2 D. 41, 1. L. 23 D. 3, 5. L. 57 § 1 D. 12, 6.

¹¹ L. 2 § 4 L. 9 § 8 D. 12, 1. L. 3 (2) C. 4, 27.

въ обезпеченіе этихъ обязательствъ)¹²; наконецъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, вступленіе въ наслѣдство¹³. Во всѣхъ этихъ случаяхъ изъ сдѣлокъ, заключенныхъ представителемъ, права и обязанности возникаютъ *непосредственно* для принципала.

Подвластные по классическому праву приобрѣтаютъ изъ своихъ сдѣлокъ права (но не обязанности) не себѣ, а своему домовладыкѣ¹⁴. Но тутъ не было *представительства* въ техническомъ смыслѣ: подвластные приобрѣтаютъ права для домовладыки независимо отъ того, имѣли ли они, при заключеніи сдѣлокъ, намѣреніе дѣйствовать за счетъ и въ интересахъ домовладыки; точно также домовладыка приобрѣтаетъ права изъ сдѣлокъ, заключенныхъ подвластными, независимо отъ того, хотѣлъ-ли онъ приобрѣсти эти права и зналъ-ли онъ о заключенныхъ сдѣлкахъ.

При заключеніи *обязательствъ* римское право, за исключеніемъ упомянутого выше договора *mutuum*, вообще не допускало непосредственнаго дѣйствія представительства. Однако, подъ вліяніемъ потребностей оборота, на послѣдней стадіи своего развитія, оно стало допускать обходъ его, хотя все еще сохраняло принципъ недопустимости непосредственнаго дѣйствія представительства: оставляя представителя лично *управомоченнымъ*, представляемому, при извѣстныхъ условіяхъ (*causa cognita*), давалась *a. utilis* противъ втораго контрагента, даже безъ предварительной *cessio* этого иска со стороны представителя; оставляя представителя лично *обязаннымъ*, преторъ давалъ другому контрагенту особаго *a. adjecticiae qualitatıs* противъ представляемаго¹⁵. Подробности объ этомъ относятся къ обязательственному праву.

Современное право допускаетъ непосредственное дѣйствіе при открытомъ представительствѣ въ широкихъ размѣрахъ.

VI. *Основанія*, въ силу которыхъ одно лицо можетъ выступить въ качествѣ представителя другого, т. е. заключать юридическія сдѣлки вмѣсто послѣдняго, различны. Основаніемъ можетъ быть:

1) *Должность или законное полномочіе*. Въ силу публичнаго назначенія, напр., опекуны являются представителями малолѣтнихъ опекаемыхъ. Въ силу законнаго полномочія въ нѣкоторыхъ современныхъ правахъ отецъ является представителемъ своихъ дѣтей.

2) *Частное полномочіе*. Принципаль (dominus negotii) можетъ дать полномочіе другому лицу заключать сдѣлки вмѣсто него (mandatum). Объемъ полномочія бываетъ различенъ: оно можетъ быть *спеціальнымъ* полномочіемъ для веденія одного какого-либо дѣла, или же *общимъ полномочіемъ*; наиболѣе общее полномочіе имѣетъ *procurator omnium bonorum*; онъ управляетъ всѣмъ имуществомъ принципала и можетъ даже отчуждать вещи принципала, когда этого требуетъ ходъ дѣлъ принципала (напр., торговля)¹⁶, или свойства вещи (легко портящіеся предметы)¹⁷, или это необходимо для погашенія долговъ принципала¹⁸; но онъ не можетъ совершать дареній¹⁹;

¹² L. 3 (2) C. 4, 27.

¹³ L. 3 § 7. L. 15. 16 D. 37, 1. L. 18 pr. § 2 C. 6, 30. L. 1 § 2 D. 1, 19.

¹⁴ L. 45 pr. D. 45, 1. Gai 2, 86 слл. Pr. § 3 J. 2, 6.

¹⁵ См. *Дерибуръ*, Обяз. пр. §§ 13, 14. *Girard*, стр. 662—674.

¹⁶ L. 12 D. 13, 7.

¹⁷ L. 63 D. 3, 3.

¹⁸ L. 59 D. 3, 3.

¹⁹ L. 7 pr. D. 39, 5. L. 22. L. 46 § 7 D. 26, 7. Выше § 44 пр. 11.

онъ не можетъ также отчуждать вещи принципала по сдѣлкѣ съ самимъ собою ²⁰.

3) *Ratihabitio*. Можно заключать сдѣлку отъ имени и за счетъ другого лица, не имѣя отъ него полномочія (*negotiorum gestio*).

а) Если контрагентъ не зналъ объ отсутствіи полномочія и разсчитывалъ на немедленное вступленіе сдѣлки въ силу, онъ во всякое время можетъ отступить отъ сдѣлки ²¹; было бы несправедливо связывать его заключенной сдѣлкой, а принципалу дать возможность воспользоваться, на примѣръ, пониженіемъ или повышеніемъ цѣнъ на рынкѣ въ теченіе времени отъ заключенія сдѣлки до срока, когда принципаль долженъ одобрить сдѣлку или отказать въ ея одобреніи ²².

б) Если же контрагентъ зналъ объ отсутствіи полномочія, то онъ связанъ сдѣлкою до истеченія того срока, въ теченіе котораго принципаль можетъ одобрить или не одобрить заключенную на его имя сдѣлку. Одобреніе принципаломъ сдѣлки носитъ техническое названіе „*ratihabitio*“ ²³. Если принципаль одобрить сдѣлку, то она разсматривается такъ, какъ если-бы она съ самого начала была заключена по его порученію (*ratihabitio mandato comparatur*) ²⁴. Къ этому сводится такъ называемая „обратная сила“ одобренія сдѣлки со стороны принципала. Впрочемъ, права, bona fide приобрѣтенныя третьими лицами въ теченіе промежуточнаго времени, не уничтожаются.

§ 47. Пороки юридическихъ сдѣлокъ.

I. Для того, чтобы сдѣлка вызвала юридическія послѣдствія, которыя желали достигнуть стороны, необходима наличность ряда условій формальнаго и матеріальнаго характера. Отсутствие нѣкоторыхъ изъ этихъ условій можетъ привести къ тому, что сдѣлка воплиѣ или отчасти, посредственно или непосредственно, лишится способности производить, ожидавшійся сторонами, нормальный юридическій эффектъ, свойственный этого рода сдѣлкамъ при наличности всѣхъ необходимыхъ условій.

Такия сдѣлки называются *порочными*; въ такихъ случаяхъ говорится о *порокахъ* въ составѣ юридической сдѣлки ¹. Не нужно смѣшивать этихъ

²⁰ L. 34 § 7. L. 46 D. 18, 1.

²¹ L. 58 D. 46, 3. Ulp. 80 ed. Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? et ait Julianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extinguere conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset.

²² *Regelsberger*, стр. 598. — Если представитель (при непосредственномъ дѣйствіи представительства) ложно выдавалъ себя за уполномоченнаго, то онъ отвѣчаетъ за всѣ убытки, на основаніи своего *dolus*; если же онъ самъ заблуждался, то во всякомъ случаѣ, по современной теоріи, обязанъ возмѣстить отрицательный интересъ (объ этомъ понятіи см. выше § 39, III). *Regelsberger*, стр. 600. *Hölder*, стр. 295.

²³ *Ratihabitio* есть односторонняя сдѣлка: это значитъ, что одобреніе, выраженное принципаломъ, не нуждается въ принятіи его другою стороною.

²⁴ L. 12 § 4 D. 46, 3. L. 60 D. 50, 17. L. 7 пр. C. 4, 23. L. 25 in fine C. 5, 16: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.

¹ У римскихъ юристовъ: *negotia vitiosa*. L. 29. L. 201 D. 50, 17. Теорію классическихъ римскихъ юристовъ о порокахъ сдѣлокъ излагаетъ *Mitteis Röm. Privatr. I, § 14*.

случаевъ съ тѣми случаями, когда сдѣлка не производитъ эффекта не въ силу предписанія права и вопреки воли сторонъ, но *согласно этой воли*, напр., въ силу ненаступленія включеннаго сторонами суспензивнаго условія.

II. Изъ числа различныхъ видовъ порочности юридическихъ сдѣлокъ особаго вниманія заслуживаютъ двѣ: ничтожность и оспоримость².

1. *Ничтожность*. Она состоитъ въ томъ, что сдѣлка сама собою считается лишенною юридическихъ послѣдствій въ силу порока въ ея составѣ³. Для лишенія сдѣлки силы не требуется заявленія или просьбы съ чьей бы то ни было стороны. Судья обязанъ принять во вниманіе ничтожность сдѣлки, разъ наличность ея обнаружится при производствѣ процесса⁴. Ничтожная сдѣлка не производитъ юридическаго эффекта, поскольку она ничтожна. Права сторонъ остаются въ прежнемъ состояніи. Поэтому вещи, переданныя въ собственность на основаніи ничтожной *donatio inter virum et uxorem* (запрещеннаго даренія между мужемъ и женою), даритель можетъ потребовать обратно посредствомъ *rei vindicatio*, т. к. собственность не перешла на основаніи, ничтожной въ этомъ случаѣ, *traditio*⁵.

То, что предоставлено на основаніи ничтожной сдѣлки, можетъ быть потребовано обратно путемъ обязательственнаго иска—*condictio sine causa* даже тогда, когда сама *traditio* дѣйствительна.

2. *Оспоримость*. Ея отличіе отъ ничтожности состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что сдѣлка теряетъ свою юридическую силу не *ipso jure*, но только *по требованію лица, которому предоставлено право оспорить ее*. Это право дается обыкновенно тому участнику ея, въ чью юридическую сферу сдѣлка вторгается (*a. doli*; см. выше § 40); иногда оно дается только однимъ косвенно заинтересованнымъ лицамъ (*actio Pauliana* по поводу отчужденія, совершеннаго несостоятельнымъ должникомъ *in fraudem creditorum*, дается только кредиторамъ, но не самимъ сторонамъ); иногда, наконецъ, это право дается косвенно заинтересованнымъ лицамъ наряду съ непосредственно затронутымъ сдѣлкою лицомъ (*honorum possessio contra tabulas commissio per alium edicto L. 3 § 11 L. 10 § 6 D. 37, 4*; если въ завѣщаніи обойденъ необходимый наслѣдникъ, то право оспорить это завѣщаніе и требовать *honorum possessio contra tabulas* дается не только обойденному лицу, но и другимъ лицамъ, которыя по уничтоженіи завѣщанія должны получить долю въ *honorum possessio contra tabulas*; Насл. пр. § 16, II).

² Объ основаніяхъ ничтожности и оспоримости въ римскомъ правѣ (*leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae*) см. *Wendt*, стр. 169 сл.

³ Въ источникахъ *negotium nullum, nullius momenti* (L. 1 § 3 D. 2, 14. L. 1 D. 28, 3); въ отличіе отъ *negotium rescissum* (L. 9 § 4 D. 4, 2. L. 23 D. 19, 2 L. 1 § 12 D. 38, 5); впрочемъ, эта терминологія не выдержана строго. L. 3 § 3 D. 17, 2 L. 64 § 1 D. 35, 1.

⁴ Иногда, при неясности обстоятельствъ дѣла, полезенъ преюдиціальныи искъ о констатированіи ничтожности сдѣлки. L. 30. D. 42, 5. Такой искъ необходимъ по современному германскому праву при ничтожности брака, заключеннаго вопреки абсолютному препятствію (С. Р. О. §§ 563 сл.), и при ничтожности судебного рѣшенія (С. Р. О. §§ 541 сл.). *Dernburg* I § 120 пр. 9 и 10. Ср. однако *Wendt*, стр. 166.

⁵ L. 5 § 18 D. 24, 1.

⁶ *Windscheid* I § 82 пр. 6. *Regelsberger* § 174 пр. 10. О понятіи „относительной ничтожности“ (*relative Nichtigkeit*), предлагаемомъ *Дернбургомъ* I § 120 для тѣхъ случаевъ, когда сдѣлка лишается эффекта лишь по отношенію къ нѣкоторымъ лицамъ (напр. дѣйствія, предпріятыя несостоятельнымъ должникомъ по открытіи конкурса, не имѣютъ силы относительно конкурсныхъ кредиторовъ—KO § 7), см. *Regelsberger* § 174 пр. 17—19. Ср. также *Wendt*, стр. 159 сл.

Оспариваніе совершается рѣдко путемъ простаго внѣсудебнаго заявленія управомоченнаго лица; чаще оно совершается путемъ вчинанія особаго иска — *actio* — со стороны управомоченнаго, или путемъ заявленія *exceptio*, или же путемъ заявленія просьбы объ *in integrum restitutio*. Помимо такого заявленія заинтересованнаго и управомоченнаго лица судья въ этихъ случаяхъ *не можетъ принимать во вниманіе основаніе*, которое лишаетъ сдѣлку силы.

Оспариваніе направлено обыкновенно *противъ того именно лица*, въ пользу котораго непосредственно дѣйствуетъ оспариваемая сдѣлка, т.-е. противъ другаго контрагента по договору или противъ лица, назначеннаго наследникомъ по завѣщанію. Но встрѣчаются также случаи оспариванія *in rem*, когда оно направляется противъ всякаго третьяго лица, извлекашаго выгоду благодаря сдѣлкѣ, какъ, напр., *a. quod metus causa* (§ 40, III выше).

Дѣйствіе предъявленія такого спора можетъ быть двойное.

а) *Непосредственное дѣйствіе*. Оно состоитъ въ томъ, что въ случаѣ признанія спора основательнымъ всѣ слѣдствія оспоренной сдѣлки считаются ненаступившими, т. е. возникшія изъ нея права и обязанности уничтожаются вполнѣ, а уничтоженныя ею — оживаютъ. (Примѣромъ можетъ служить дѣйствіе *querela inofficiosi testamenti*)⁷.

б) *Посредственное дѣйствіе*. Оно выражается въ томъ, что въ случаѣ основанности спора противникъ *обязанъ возстановитъ* состояніе, которое имѣло бы мѣсто, если бы сдѣлка не была совершена; онъ долженъ традировать обратно переданныя ему вещи, возстановитъ уничтоженныя права, уничтожитъ права, возникшія по сдѣлкѣ и т. д. Права, пріобрѣтенныя третьими лицами въ промежуточное время, остаются неприкосновенными. (Примѣромъ такого посредственнаго дѣйствія оспариванія можетъ служить *restitutio* на основаніи эдикта эдиловъ при куплѣ-продажѣ порочной вещи)⁸.

Иногда оспоримость или ничтожность приводятъ къ тому, что эффектъ сдѣлки уничтожается лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ; напр., при *donatio*, сдѣланной безъ инсинуаціи его, дареніе въ суммѣ до 500 солидовъ остается въ силѣ, а въ остальной части (свыше 500 с.) оно ничтожно (см. выше § 44).

III. Разъ сдѣлка оказалась *ничтожною*, то *послѣдующее устраненіе основанія ея ничтожности обыкновенно не придаетъ сдѣлкѣ дѣйствительности*; ничтожная сдѣлка уже не можетъ получить силы: *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*⁹. Нельзя допустить, на примѣръ, чтобы сдѣлки, заключенныя сумасшедшимъ во время сумасшествія, входили въ силу по его выздоровленію, или чтобы завѣщаніе, составленное малолѣтнимъ, вступило въ силу, если онъ умретъ по достиженіи имъ совершеннолѣтія. Даже желаніе самихъ сторонъ придать силу ничтожной сдѣлкѣ не имѣетъ такого значенія: въ этомъ случаѣ необходимо совершить новую сдѣлку¹⁰. Только въ извѣстныхъ случаяхъ ничтожность сдѣлки *исцѣляется*

⁷ L. 21 § 2 D. 5, 2. (См. выше § 34 пр. 4) L. 57 пр. D. 7, 1. Насл. пр. § 17, II 4.

⁸ L. 43 § 8 D. 21, 1. L. пр. D. 20, 6 *Дерибургъ*, Обяз. пр. § 101, 1.

⁹ L. 29 D. 50, 17 Paulus 8 Sab. Cf. L. 201 D. eod. Javol. 10 epist. L. 210 D. eod. Licin. Ruf. 2 reg.

¹⁰ Т.-е. при подтвержденіи ничтожной сдѣлки должны быть налицо всѣ условія, необходимыя для заключенія этой сдѣлки; если эта сдѣлка — договоръ, то подтвержденіе должно быть принято другою стороною; обратной силы подтвержденіе не имѣетъ, хотя стороны могутъ обязаться произвести тотъ практическій эффектъ, который наступилъ бы, если бы сдѣлка уже въ первый разъ была заключена съ полною силой. Послѣднее въ случаѣ сомнѣнія счи-

съ истечениемъ времени (*donatio inter virum et uxorem*, т.-е. запрещенное и потому ничтожное дарение между мужемъ и женой, входитъ въ силу, если даритель умретъ раньше одареннаго во время брака, не измѣнивъ своей воли сдѣлать дарение) ¹¹.

Что касается *оспоримыхъ* сдѣлокъ, то онѣ получаютъ полную силу, т.-е. способны произвести свой нормальный эффектъ, если управомоченное лицо откажется отъ оспариванія, или если право на оспариваніе будетъ погашено давностью, наконецъ, если онѣ будутъ подтверждены сторонами (*ratihabito*) ¹².

IV. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможна такъ наз. *конверсія юридическихъ сдѣлокъ*. Иногда ничтожная или оспоримая сдѣлка отвѣчаетъ по своему составу всѣмъ условіямъ для возникновенія какой-либо другой сдѣлки, вполне дѣйствительной. Если эта другая сдѣлка можетъ вызвать эффектъ, аналогичный съ тѣмъ, который хотѣли вызвать стороны заключенной ими сдѣлкой, и если эта сдѣлка приводитъ практически къ той же цѣли, которую преслѣдовали стороны, то право можетъ признать наличной и дѣйствительной именно эту вторую сдѣлку. Такъ, ничтожная по несоблюденію формы *asseritatio* можетъ быть признана за *pactum de non petendo* ¹³; ничтожное обыкновенное завѣщаніе, составленное солдатомъ, можетъ быть сохранено въ силѣ какъ *testamentum militare* ¹⁴. Но, конечно, такое превращеніе сдѣлки не допускается противъ воли сторонъ; иногда право требуетъ даже для возможности конверсіи прямой оговорки о томъ въ самой сдѣлкѣ. (Въ завѣщаніи, напр., должна быть помѣщена особая оговорка—*clausula codicillaris*,—чтобы ничтожное завѣщаніе могло быть превращено въ дѣйствительный кодициллъ) ¹⁵.

§ 48. Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.

I. Смыслъ юридическихъ сдѣлокъ выясняется, прежде всего, на основаніи высказанныхъ сторонами *словъ*. При этомъ принимается во вниманіе особое словоупотребленіе той мѣстности, гдѣ заключена сдѣлка, той профессіи, которою занимаются стороны, даже индивидуальное словоупотребленіе сторонъ, если только оно не противорѣчитъ законамъ языка ¹. При оборотныхъ сдѣлкахъ (объ оборотныхъ сдѣлкахъ см. выше § 39, III), впрочемъ, ссылка одной стороны на мѣстное и профессиональное или свое собственное слово-

таетъ за намѣреніе сторонъ гражд. ул. Герм. имп. § 142, которое въ общемъ стоитъ на изложенной точкѣ зрѣнія.—Напротивъ, *Windscheid* I § 83 пр. 10 и *Dernburg* I § 122, 3 видятъ на основаніи L. 25 C. 5, 16 и L. 7 пр. C. 4, 28 въ подтвержденіи ничтожной сдѣлки самостоятельную сдѣлку, которая имѣетъ обратную силу, за исключеніемъ подтвержденія сдѣлокъ, ничтожныхъ по несоблюденію формы или по требованію общественной пользы. Противъ этого см. *Regelsberger*, § 176 пр. 7.

¹¹ L. 32 D. 24, 1. (см. пр. § 10 пр. 24). — Другіе примѣры см. у *Wendt*. § 60. Относительно L. 17 D. 23, 5 *Marcianus* 7 dig. *Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit: si in matrimonio mulier decesserit et dos lucro mariti cessit fundus emptori avelli non potest*. См. тамъ-же прим. 3.

¹² L. 3 § 1 D. 4, 4. L. 4 C. 5, 19 (20).

¹³ L. 5 пр. D. 18, 5. L. 8 пр. L. 19 пр. L. 23 D. 46, 4. *Дернбургъ*. Обяз. пр. § 54.

¹⁴ L. 3 D. 29, 1.

¹⁵ L. 1. L. 13 § 1 D. 29, 7. Насл. пр. § 28, II, 2.

¹ L. 21 § 1 D. 28, 1. L. 50 § 3 D. 30. L. 65 § 7 L. 69 § 1 D. 32. L. 18 § 3 D. 23, 7. L. 34 D. 50, 17.

употребленіе недопустимо, если противная сторона, по извинительному заблужденію, не знала о такомъ словоупотребленіи другой стороны ².—Кромѣ словъ, къ выясненію смысла заключенной сдѣлки служатъ *многія обстоятельства, которыя сопровождали заключеніе сдѣлки или следовали за нимъ* (напр., обязанное лицо нѣкоторое время по заключеніи сдѣлки уже исполняло извѣстнымъ образомъ обязанности изъ этой сдѣлки). Важно для толкованія сдѣлки, по общему правилу, не то, что выясняется изъ однихъ только словъ сторонъ, но то, что выясняется *изъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла*, не то, „*quod dictum vel scriptum est*“, а то, „*quod actum est*“ ³.

II. Если по всѣмъ этимъ даннымъ нельзя сдѣлать достовѣрнаго заключенія о содержаніи воли сторонъ, то при толкованіи сдѣлокъ приходится руководствоваться нѣкоторыми *вспомогательными правилами* (Interpretationsregeln).

а) Въ возмездныхъ договорахъ двусмысленное выраженіе толкуется во вредъ той сторонѣ, которая его употребила, *quia clarius loqui debuit*. Поэтому въ источникахъ часто говорится, что при стипуляціи нужно толковать противъ стипулятора, при куплѣ или наймѣ — противъ *venditor'a* или *locator'a* ⁴; это нужно понимать *cum grano salis*: противъ этихъ лицъ сдѣлка можетъ быть истолкована постольку, поскольку отъ нихъ исходила редакція договора ⁵.

б) Изъ нѣсколькихъ возможныхъ толкованій, въ случаѣ сомнѣнія, нужно принимать то, которое наиболѣе обезпечиваетъ достиженіе практическаго эффекта, намѣченнаго сторонами (L. 80 D. 45, 1. *Ulp. Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit*).

в) Когда невозможно безспорно опредѣлить объемъ возникшихъ изъ сдѣлки обязанностей, принимается меньшая сумма (L. 39 § 6 D. 30: изъ двухъ участковъ, которые оба называются „*fundus Cornelianus*“, предметомъ легата, возложеннаго на наследника, признается болѣе дешевый участокъ).

д) Есть отношенія и сдѣлки, пользующіяся особымъ покровительствомъ права; сюда относятся упоминаемые часто въ источникахъ *favor libertatis* ⁶, *dotis* ⁷, *testamenti* ⁸.

² См. *Regelsberger* § 177 пр. 2. Ср. *Windscheid* I § 84 пр. 11 *Derenburg* I § 123 пр. 3.

³ L. 34 D. 50, 17 *Ulp.*: *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est, frequentatur. quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est redigenda summa est. L. 12 D. eod. L. 219 D. 50, 16. Papinianus: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad „heredem“ ejus, qui suscepit, pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. Ср. однако L. 25 § 1 D. 32 Paulus 1 Ner. Cum in verbis nulla ambiguitas est. non debet admitti voluntatis quaestio. L. 69 пр. D. eod. Marcellus: Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.*

⁴ L. 33 D. 18, 1. L. 26 (27) D. 34, 5. L. 38 § 18 D. 45, 1.

⁵ L. 39 D. 2, 14 L. 99 пр. D. 45, 1. См. поэтому L. 34 пр. D. 18, 1. L. 29 D. 19, 2. L. 110 § D. 45, 1. — Къ этому ср. *Kuntze*, die Oblig. und jus extraord., стр. 217 сл. 228.

⁶ См. источники въ моей книгѣ „Натур. обяз.“, стр. 86 сл.

⁷ L. 85 пр. D. 50, 17. L. 2. L. 70 D. 23, 3.

⁸ L. 12 D. 50, 17. L. 24 D. 34, 5. L. 12 § 2 D. 7, 8.—Въ качествѣ общаго правила выставляется иногда (напр. *Derenburg* I § 124, 3) положеніе: *utile per inutile non vitiatur*, высказанное Ульпіаномъ при рѣшеніи частнаго случая (L. 1 § 5 D. 45, 1). Примѣрами слу-

III глава. Недозволенные дѣйствія.

§ 49. Понятіе. Виды виновности.

I. Правонарушительнымъ дѣйствіемъ называется *дѣйствіе, совершенное вопреки запрету или вѣльнню объективнаго права*. Такое дѣйствіе всегда нарушаетъ чей-нибудь *интересъ*, защищаемый объективнымъ правомъ, но оно можетъ и не составлять нарушенія какого-либо *субъективнаго права*.

Защищаемые правомъ интересы могутъ быть нарушены не только правонарушительными дѣйствіями, но и вліаніемъ силъ природы. Притомъ слово „дѣйствіе“ въ выраженіи „правонарушительное дѣйствіе“ мы понимаемъ въ томъ же смыслѣ, какой этому термину придается вообще юристами (см. выше § 19, 1). Поэтому не могутъ быть признаны правонарушительными дѣйствіями произвольныя движенія человека, а также дѣйствія лицъ, которыя не имѣютъ воли въ юридическомъ смыслѣ, т. е. лицъ недѣеспособныхъ.

II. При извѣстныхъ условіяхъ дѣйствіе, по своему внѣшнему эффекту представляющееся вторженіемъ въ чужую сферу субъективныхъ правъ и охраняемыхъ правомъ интересовъ, *не считается правонарушительнымъ*¹. Это имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Если дѣйствіе совершается во исполненіе *обязанности*, закономъ возложенной, или *по предписанію компетентной власти* (L. 167 § 1 D. 50, 17), или если оно не выходитъ за предѣлы *субъективнаго права* дѣйствующаго лица (см. выше § 17, 1).

2) Если дѣйствіе совершается въ состояніи *необходимой обороны* противъ неправомернаго вторженія въ существующія фактическія отношенія (L. 4 pr. L. 45 § 4 D. 9, 2).

3) Если дѣйствіе совершается *въ состояніи крайней необходимости или крайней нужды*, когда приходится жертвовать какимъ-нибудь менѣе цѣннымъ благомъ для сохраненія болѣе цѣннаго. (Напр. корабль безъ вины шкипера запутался въ рыболовныхъ сѣтяхъ и ихъ пришлось разрубить L. 29 § 3 D. 9, 2; или: для прекращенія пожара пришлось снести сосѣдній домъ L. 49 § 1 D. 9, 2).

4) Нѣкоторыя дѣйствія утрачиваютъ правонарушительный характеръ,

какъ слѣд. обычая: обѣщаніе процентовъ, превышающее законный maximum, дѣйствительно въ предѣлахъ, дозволенныхъ закономъ; *constitutum* свыше суммы долга дѣйствительно въ предѣлахъ этой суммы (L. 11 § 1 D. 13, 5); даренія свыше 500 *solidi*, совершенныя безъ *insinuatio*, дѣйствительны до этой суммы; легаты уменьшаются, поскольку превышаютъ предѣлы, указанные въ *lex Falcidia*. Однако, это правило допускаетъ массу исключеній. Иногда само объективное право дѣйствительность цѣлаго сложнаго акта ставитъ въ зависимость отъ дѣйствительности одной его части: такъ, завѣщаніе теряетъ силу, если въ немъ недействительна *institutio heredis*; очень часто стороны желаютъ, чтобы сдѣлка лишь тогда имѣла силу, когда она дѣйствительна во всѣхъ частяхъ L. 44 D. 18, 1. L. 34. L. 38 § 14 D. 21, 1. Поэтому гражд. ул. Герм. Имп. § 139 выставляетъ обратное правило: „Если ничтожна часть сдѣлки, то ничтожна вся сдѣлка, буде нельзя предположить, что сдѣлка была бы совершена и помимо включенія ничтожной ея части“.

¹ *Mitteis Röm. Privatrecht, I, § 17. Regelsberger, § 178 IV. Cp. Mommsen, Strafrecht стр. 77 сл.*

если они совершены съ *согласія потерпѣвшаго лица* (напр. воровство L. 46 § S D. 47, 2).

III. Правонарушительныя дѣйствія могутъ быть совершены *виновнымъ образомъ* или *невиновнымъ*. Невиновнымъ правонарушительное дѣйствіе признается тогда, когда дѣйствующее лицо ошибочно полагало, что его дѣйствіе исполнѣ согласно съ предписаніями права, и когда это заблужденіе не основано на непростительномъ легкомысліи. (Напр., я распоряжаюсь вещью, какъ своею собственностью, купивши ее по невѣдѣнію у несобственника, и затѣмъ отказываюсь выдать ее собственнику до предъявленія имъ доказательствъ своего права собственности) ².

IV. *Виновность* бываетъ *различной степени*. Главное отличіе сводится къ дѣленію виновности на *dolus* и *culpa*.

1) *Dolus malus, злой умыселъ* состоитъ въ сознаніи дѣйствующаго лица, что оно своимъ дѣйствіемъ нарушаетъ право, и въ намѣреніи нарушить право ³. Если дѣйствующее лицо, нарушая чье-либо право, однако руководилось не корыстными цѣлями, а похвальными побужденіями (напр. нѣкто *miseri cordia ductus* развязалъ отданнаго ему на сохраненіе раба и тотъ убѣжалъ), то римляне не считали возможнымъ признавать такой поступокъ за *dolus*. Вопреки общему принципу они приравнивали его къ *culpa lata*. Практически различіе сводилось къ тому, что такой поступокъ не влекъ за собою *infamia*, какъ *dolus* (L. 7 § 7 D. 4, 3; L. 8 § 10 D. 17, 1; L. 7 pr. D. 16, 3).

2) *Culpa, небрежность* или *неосторожность* состоитъ въ томъ, что лицо или сознаетъ возможность противозаконныхъ результатовъ своихъ дѣйствій, но по легкомыслію надѣется, что эти результаты не наступятъ, или также по легкомыслію или небрежности не сознаетъ противозаконности своихъ дѣйствій. Другими словами, тотъ дѣйствуетъ неосторожно, кто не обдумываетъ своихъ дѣйствій съ той степенью заботливости, примѣненія которой право требуетъ отъ него въ данномъ случаѣ ⁴. *Степень заботливости*, ко-

² *Thering* das Schuldmoment im röm. Privatrecht (Verm. Schr. стр. 159 сл.) предлагаетъ термины: „субъективная и объективная неправда“ (*Subjectives und Objectives Unrecht*). Право преслѣдуетъ и объективную неправду: собственникъ виндицируетъ вещь и у добросовѣстнаго владѣльца. Но обязанность къ возмѣщенію вреда и уплатѣ штрафа въ развитомъ правѣ (въ отличіе отъ древняго) обыкновенно наступаетъ лишь при наличности вины. — Среди виновныхъ правонарушеній положительное право также дѣлаетъ различіе: нѣкоторыя изъ нихъ приводятъ только къ осуществленію нарушеннаго субъективнаго права (неплатежъ должника по обязательству), съ другими же право связываетъ въ виду ихъ недозволенности самостоятельныя послѣдствія, возникновеніе новаго юридическаго отношенія; въ послѣднихъ случаяхъ виновныя правонарушенія называются *деликтами*. *Regelsberger* § 178, VI. Ср. *Hölder*, стр. 311 сл.

³ L. 1 § 2 D. 4, 3 Ulp. 11 ed. *Dolum malum* Servius quidem ita definiit *machinationem* quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. *Labeo* autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tument vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit *dolum malum* esse omnem calliditatem fallaciam *machinationem* ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. *Labeonis* definitio vera est.

⁴ L. 31 D. 9, 2 Paulus 10 Sab. Si putator ex arbore ramum cum dejiceret vel *machinarius* hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed *Mucius* etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiaturum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quodsi nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem

тую право требуетъ отъ дѣйствующаго лица, опредѣляется въ разныхъ случаяхъ по различнымъ масштабамъ и въ различныхъ границахъ. Въ частности примѣняются два масштаба опредѣленія должной мѣры заботливости: абстрактный и конкретный.

А) *Абстрактный* масштабъ состоитъ въ томъ, что право требуетъ отъ каждаго дѣйствующаго лица соблюденія той степени заботливости, которую обыкновенно при подобныхъ обстоятельствахъ обнаруживаетъ *средній* человекъ, какъ его мысленно представляетъ себѣ законодатель и судья. Притомъ этотъ *средній* человекъ самъ можетъ быть двойкаго типа.

а) Иногда требуется только такая мѣра заботливости и осмотрительности, какую при данныхъ условіяхъ проявилъ бы всякій *обыкновенный* человекъ, ничѣмъ не выдающійся ни въ хорошую, ни въ дурную сторону. Отсутствие такой осмотрительности называется *culpa lata* и опредѣляется въ источникахъ, какъ „*nimia negligentia, id est non intellegere, quod omnes intellegunt*“ (L. 213 § 2 D. 50, 16).

б) Въ другихъ случаяхъ требуется соблюденіе дѣйствующимъ лицомъ той степени заботливости, которую обнаружилъ бы *хорошій, заботливый* представитель данной профессіи и человекъ даннаго положенія въ обществѣ: *diligentia diligentis* или *diligentissimi patris familias*. Отсутствие этой *diligentia* составляетъ легкую вину, *culpa levis*⁵.

В) Къ отношеніямъ, возникающимъ на почвѣ нѣкоторыхъ обязательствъ (*societas*, опека, отвѣтственность мужа за приданое), право примѣняетъ *конкретный* масштабъ при опредѣленіи необходимой степени заботливости⁶. Отъ дѣйствующаго лица требуется примѣненіе къ *чужому* дѣлу той степени заботливости, которую онъ самъ (а не типичный *pater familias*) обыкновенно примѣняетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ: *diligentia quam quis suis rebus adhibere solet*. Отсутствие этой заботливости называется въ современной литературѣ *culpa in concreto*.

§ 50. Послѣдствія правонарушеній. *Vis major*. Компенсація обоюдной вины.

I. 1) За *dolus* виновный отвѣчаетъ *всегда*; эта отвѣтственность не можетъ быть исключена заранѣе, по частному соглашенію¹.

2) *Culpa lata* обыкновенно „*dolo comparatur*“², т. е. отвѣтственность

viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

⁵ L. 12 (11) D. 18, 6. Alfenus Varus 2 dlg. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sid? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. L. 14 D. 13, 7. L. 137 § 3 D. 45, 1. L. 9 § 5 D. 19, 2 Ulp. 32 ed. Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

⁶ § 9 I. 3, 25.—L. 1 pr. D. 27, 3.—L. 17 pr. D. 23, 3.—Относительно L. 32 D. 16 3 см. *Dernburg*, I § 86 пр. 12.

¹ L. 23 D. 50, 17. L. 27 § 3 D. 2, 14. L. 17 pr. D. 13, 6. L. 1 § 7 D. 16, 3. L. 6 § 9 D. 19, 1. Герм. гражд. ул. § 276.

² L. 1 § 1 D. 11, 6. L. 29 pr. D. 17, 1. L. 226 D. 50, 16. L. 1 § 2 D. 47, 4.

за нее обыкновенно приравнивается къ отвѣтственности за *dolus*. Но это правило допускаетъ исключенія: есть правонарушенія, для состава которыхъ необходима наличность именно *dolus*, напр., кража — *furtum*; при наличности одной только грубой неосторожности (*culpa lata*) нѣтъ на лицо состава этихъ правонарушеній.

3) Въ какихъ случаяхъ и въ какой мѣрѣ узаконена отвѣтственность за *culpa levis*, будетъ выяснено при изученіи отдѣльныхъ институтовъ.³

II. Обыкновеннымъ послѣдствіемъ виновнаго правонарушения является *обязанность къ возмѣщенію убытковъ или къ уплатѣ штрафа*, или одновременно къ тому и другому. *Штрафомъ* называется зло, которое законъ связываетъ съ нарушеніемъ правъ, съ цѣлью этимъ путемъ заставить виновнаго преклониться передъ закономъ или изгладить чувство обиды и огорченія, испытанное потерпѣвшимъ. Субъектомъ притязанія является или государство (*roena publica*), или потерпѣвшій (*roena privata*).

Древнее римское право часто налагало штрафъ или устанавливало обязанность къ возмѣщенію убытковъ даже въ случаяхъ невиновнаго правонарушения; законодатель не умѣлъ проводить тонкое для того времени различіе между виѣшнимъ движеніемъ человѣка и скрывающеюся за нимъ внутреннею волею дѣйствующаго лица. Въ классическомъ римскомъ правѣ *отвѣтственность за убытки* наступала уже только въ рѣдкихъ случаяхъ, если убытки были нанесены *невиновнымъ дѣйствіемъ лица*. Подобная отвѣтственность являлась *исключеніемъ изъ общаго правила и допускалась лишь въ силу особыхъ соображеній*. Напримѣръ, трактирщикъ и шкиперъ карабля, принявшіе на сохраненіе вещи путешественниковъ, отвѣчали по преторскому эдикту (*de recepto nautarum, cauponum, stabulariorum*) за всякое поврежденіе и за кражу этихъ вещей, даже если съ ихъ стороны не было допущено вины⁴.

Помимо этого случая, въ современномъ правѣ, отвѣтственность за поврежденіе или гибель вещей, а также за гибель людей, послѣдовавшую помимо чьей-либо субъективной вины, возлагается, напримѣръ, на желѣзнодорожныя предпріятія. Въ основѣ этой отвѣтственности лежитъ слѣдующее соображеніе: кто ведетъ предпріятіе, которымъ публика по необходимости должна пользоваться, несмотря на то, что веденіе этого предпріятія сопряжено съ рискомъ извѣстныхъ несчастій (кража вещей въ гостинницѣ, крушеніе желѣзнодорожнаго поѣзда вследствие несправности пути и т. п.), тотъ по справедливости отвѣчаетъ за рискъ, неизбѣжно сопряженный съ веденіемъ такого предпріятія, хотя-бы онъ не могъ предотвратить несчастнаго случая. Въ этихъ случаяхъ справедливѣе возложить рискъ на предпринимателя, ибо онъ получаетъ всю выгоду отъ эксплуатаціи предпріятія, самый характеръ котораго обуславливаетъ несчастія этого рода.

Предприниматель не освобождается, слѣдовательно, отъ отвѣтственности за убытки ссылкою на то, что несчастіе произошло помимо его субъективной вины, т.-е. составляетъ для него *casus*. Но отвѣтственность въ этихъ случаяхъ все-же ставится въ *извѣстныя границы*, которыя опредѣляются сообразно цѣлямъ, преслѣдуемымъ законодателемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ при установленіи отвѣтственности помимо вины. Такъ, трактирщикъ или шкиперъ, а также желѣзная дорога, освобождаются отъ отвѣтственности

³ См. главнымъ обр. *Дернбургъ*, Обязат пр. §§ 36—37.

⁴ *Tit. Dig.* 4, 9.

наличностью *vis major*, т.-е. въ тѣхъ случаяхъ, когда несчастіе съ путешественникомъ, его вещами или съ кладью произошло въ силу такого событія, отворотить которое было невозможно, и которое не стояло во внутренней связи съ даннымъ предпріятіемъ (напр., пораженіе машиниста молніей, какъ причина крушенія поѣзда; нападеніе разбойниковъ, какъ причина пропажи вещей изъ гостиницы) ³.

III. Иногда частно-правовыя послѣдствія, которыя законъ связываетъ съ виновными правонарушительными дѣйствіями, не возникаютъ въ силу такъ называемой *компенсаціи обоюдной вины, culpa compensatio*. Если два лица, взаимно *нарушая защищенные правомъ интересы другъ друга*, оба виновнымъ образомъ нарушили юридическія нормы по поводу одного и того же юридическаго отношенія, то ни одно изъ нихъ не можетъ предъявить противъ другого иска, хотя-бы таковой по общимъ правиламъ долженъ былъ возникнуть на основаніи виновнаго образа дѣйствія противника. Подобное отношеніе остается безъ юридической защиты, ибо ни одинъ изъ участниковъ не можетъ по справедливости требовать отъ другого, чтобы тотъ воздерживался отъ такого образа дѣйствій по отношенію къ нему, отъ котораго онъ самъ не считаетъ нужнымъ воздерживаться. „Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa“ (L. 154 D. 50, 17 Ulp.). Такъ напр., два товарища *pari negligentia* нанесли убытки товарищескому имуществу и затѣмъ взаимно вѣщаютъ другъ противъ друга *a. pro socio* о возмѣщеніи этихъ убытковъ; или оба супруга одинаково виновнымъ образомъ подали своимъ поведеніемъ поводъ къ разводу и затѣмъ оба обвиняютъ другъ друга. (L. 10 pr. D. 16, 2. L. 39 D. 24, 3).

То же самое имѣетъ мѣсто, если два лица по поводу одного и того же правоотношенія одинаково виновнымъ образомъ нарушили нормы права или добрыхъ нравовъ, хотя бы они при этомъ *не нарушили интересовъ противной стороны*, а затѣмъ одно изъ нихъ или оба предъявляютъ другъ къ другу гражданско-правовой искъ, основанный на фактѣ нарушенія противникомъ нормъ права или добрыхъ нравовъ. Въ этомъ случаѣ все отношеніе также остается безъ юридической защиты, и „melior habetur possessoris causa“. Такъ, напр., *condictio ob turpem causam* не возникаетъ при обо-

³ L. 3 § 1 D. 4, 9. Ulp. 14 ed... hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo vel caupona vis major contigerit.—См. о понятіи *vis major* въ указанной формулировкѣ, при которой весь вопросъ сводится къ тому, стояли ли несчастный случай во *внутренней* связи съ характеромъ даннаго предпріятія, или нѣтъ, Volkmar, *Vis major und Betriebsgefahr* (1900 г.) особ. стр. 78. См. также Cosack, *Lehrbuch d. deutsch. Bürg. R. I* стр. 244 сл. (по 1 изд.). *Ею же*, *Lehrbuch der Handelsrechts* (4 изд. 1898 г.), стр. 448 слл. Признавая, что римскіе юристы не вполне точно характеризуютъ и мотивируютъ отвѣтственность до предѣловъ *vis major* при *receptum nautarum* etc. (см. L. 1 § 1 D. 4, 9. L. 5 pr. D. eod.), Volkmar тѣмъ не менѣе находитъ и въ римскихъ источникахъ указанія на признаніе различія между т. наз. *внутреннимъ* и *внѣшнимъ* случаямъ (отвѣтственность по *cautio damni infecti* за *damnum vitio aedium, operis*; vitia ex ipsa re въ L. 15 § 2 D. 19, 2 cf. L. 25 § 6 eod; operis vitio въ L. 62 D. 19, 2 cf. L. 59 eod.). См. Volkmar, стр. 13 сл.; 58—76.—Напротивъ Cosack, *Bürg. R. I* § 72, 2 ищетъ происхожденія данной въ текстѣ формулировки понятія *vis major* въ началахъ древне-германскаго права.—Иное воззрѣніе на отвѣтственность до предѣловъ *vis major* (т. наз. субъективная теорія) проводятъ напр. Дернбургъ, *Обязат. пр.* § 39. Windscheid § 384 пр. 6. См. противъ этого воззрѣнія Volkmar, стр. 39—44; тамъ-же см. и обзоръ остальной литературы вопросы.

юдной безнравственности — *turpis causa dantis et accipientis* (лицо, давшее деньги судѣ, чтобы подкупить его, не может потребовать ихъ обратно) ⁶.

IV. Иногда отвѣтственность за убытки, которые возникли вѣдствие извѣстнаго дѣйствія даннаго лица (безразлично: виновнаго или невиновнаго), не наступаетъ совсѣмъ или ограничивается, *если причинная связь между дѣйствіемъ, нанесшимъ убытки, и наступившими убытками будетъ прервана* такимъ умышленнымъ или неосторожнымъ дѣйствіемъ самого потерпѣвшаго или третьяго лица, помимо котораго дальнѣйшіе убытки не наступили-бы, или если произойдетъ событіе, въ силу котораго потерпѣвшій или третье лицо становятся ближайшими виновниками наступленія дальнѣйшихъ убытковъ. Примѣры: 1) Брадобрей (*tonsor*) для совершения своихъ операций помѣщается на тротуарѣ людной улицы; это—небрежность, ибо его могутъ толкнуть прохожіе; послѣднее происходитъ на самомъ дѣлѣ, и брадобрей ранитъ своего кліента; отвѣтственность за убытки не наступаетъ, ибо кліентъ прервалъ причинную связь собственной неосторожностью; и съ его стороны было легкомысленно садиться бриться на тротуарѣ (ср. L. 11 pr. D. 9, 2). 2) Смерть раненаго раба наступаетъ по небрежности мало свѣдущаго врача: лицо, ранившее раба, отвѣчаетъ въ этомъ случаѣ лишь за убытки, къ которымъ повело бы нанесеніе раны само по себѣ, но не за убійство раба (L. 52 pr. D. eod.).

Въ этихъ случаяхъ примѣняется общій принципъ, согласно которому каждый отвѣчаетъ лишь за свои дѣйствія, а не за чужія. О компенсаціи обоюдной вины здѣсь нельзя говорить: 1) потому что небрежность потерпѣвшаго по отношенію къ самому себѣ не есть вина въ томъ смыслѣ, въ какомъ виною признается небрежность къ чужимъ интересамъ; 2) потому что это правило примѣняется и къ случаямъ отвѣтственности помимо вины; 3) потому что освобождаетъ отъ отвѣтственности не только собственная вина потерпѣвшаго, но и вина третьяго лица, прерывающая причинную связь (напр., вина врача, который лечилъ раненаго раба).

Если виновный дѣйствовалъ *dolo*, а потерпѣвшій, увеличивая убытки, поступилъ только неосторожно, то указанное правило не примѣняется (L. 9 § 4 D. 9, 2). Мотивомъ для этого исключенія служить особенно строгая репрессія злого умысла со стороны римскаго права, проявляющаяся и во многихъ другихъ нормахъ, касающихся *dolus malus* ⁷.

IV. Глава. Время.

§ 51. Значеніе времени въ правѣ. Неподвижное и подвижное время. Счисленіе послѣдняго.

I. Время имѣетъ большое значеніе въ правѣ и какъ *моментъ* времени (терминъ), и какъ *извѣстное протяженіе времени* (срокъ). Юридическое значеніе многихъ фактовъ зависитъ отъ того, въ какой моментъ или въ теченіе какого срока они совершаются (напр., *bon. possessio* должна быть испро-

⁶ L. 3 L. 4 pr. § 1 D. 8 in fine D. 12, 5. L. 5 pr. D. 12, 7.

⁷ Подробности о *culpaе compensatio* и о только что описанныхъ случаяхъ см. въ *моей книгѣ „Aequitas и aequum jus“* ст. 152—158 и стран. 171—176. *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 45, 3.

шена въ теченіе 100 дней или года). Права могутъ возникать или прекращаться съ истеченіемъ извѣстнаго времени (срочныя сдѣлки); истеченіе извѣстнаго времени можетъ превратить извѣстное фактическое состояніе въ юридическое (давность).

II. Поэтому важно выяснитъ, какъ *дѣлится и исчисляется время въ правѣ*. Время опредѣляется въ правѣ двоякимъ образомъ.

1) *Неподвижное или календарное время*. Моментъ времени или срокъ могутъ быть опредѣлены твердыми календарными данными: уплатить долгъ 1 января 1903 года; или: установленъ узуфруктъ съ 1-го января 1902 года по 31 декабря 1902 года. Въ этихъ случаяхъ счисленіе времени особыхъ затрудненій не представляетъ. Можетъ возникнуть лишь вопросъ о томъ, долженъ ли срокъ продолжаться до послѣдняго момента конечнаго дня (включительно), или только до его начала, т.-е. до конца предыдущаго (не включая послѣдній день). Въ случаѣ сомнѣній принимается первое ¹.

2) *Подвижное время*. Этотъ счетъ состоитъ въ томъ, что срокъ или моментъ опредѣляются истеченіемъ извѣстнаго количества единицъ времени отъ извѣстнаго событія. Напр., совершеннолѣтіе наступаетъ въ 12—14 лѣтъ отъ рожденія; инвентаръ наслѣдства долженъ быть составленъ въ теченіе 3 мѣсяцевъ отъ полученія извѣстія объ открытіи наслѣдства; уплата долга можетъ быть обѣщана черезъ 4 недѣли по заключеніи займа и т. д. Въ этихъ случаяхъ возможно двоякое исчисленіе времени.

a) *Computatio naturalis* ² состоитъ въ томъ, что время высчитывается отъ того момента, когда въ извѣстный день имѣло мѣсто событіе, служащее отправнымъ пунктомъ для счисленія, и до соответствующаго момента по истеченіи указаннаго числа единицъ времени: *ad momenta* ³, а *momento in momentum tempus computare* ⁴. Это счисленіе примѣнялось при опредѣленіи *major aetas*, т. е. возраста, до котораго возможна *in integrum restitutio propter minorem aetatem* (см. ниже § 60, II, В. 1): считается отъ часа рожденія и до соответствующаго часа того дня, когда исполнится 25 лѣтъ (L. 3 § 3 D. 4, 4). Иногда согласно намѣреніямъ сторонъ это счисленіе примѣняется и къ юридическимъ сдѣлкамъ (напр., когда нанимаютъ номеръ въ гостиницѣ).

b) *Computatio civilis* состоитъ въ томъ, что право, высчитывая срокъ, не принимаетъ во вниманіе меньшихъ дѣленій времени, чѣмъ *день*. Первымъ днемъ срока считается тотъ день (считая день отъ полуночи до полуночи) ⁵, въ теченіе котораго произошло данное событіе ⁶. Послѣдній день (*dies novissimus, postremus, extremus*) опредѣляется путемъ вычисления: α) если дѣло идетъ о *приобрѣтеніи* права, то срокъ кончается съ наступленіемъ послѣдняго дня (*dies ultimus coeptus pro completo habetur*); ⁷ β) если же вопросъ идетъ о *потерь* права, въ частности силою исковой давности, то срокъ счи-

¹ L. 1 § 9 D. 38, 9.

² Въ источникахъ этотъ терминъ, впрочемъ, не встрѣчается, но онъ составляетъ естественную аналогию къ „civiliter computare“ L. 134 D. 50, 16. Ср. *civilis* и *naturalis possessio* L. 3 § 15 D. 10, 4.

³ L. 134 D. 50, 16.

⁴ L. 6 D. 41, 3. L. 3 § 3 D. 4, 4.

⁵ L. 8 D. 2, 12.

⁶ См. *Windscheid* I § 103 пр. 12. *Dernburg* I § 89 пр. 7. L. 1 пр. D. 40, 1 L. 5 D. 28, 1. L. 1 §§ 5. 6. 12 D. 49, 14.

⁷ L. 49 D. 35, 1. L. 15 пр. D. 44, 3.

тается истекшимъ лишь въ послѣдній моментъ послѣдняго дня (*totus postremus dies completus esse debet*)⁸.

Годъ при счисленіи подвижнаго времени вообще считается въ 365 дней. День, вставляемый въ високосномъ году, *dies intercalaris*, считается за одинъ день съ тѣмъ, который стоитъ рядомъ съ нимъ (раньше или позже—неизвѣстно)⁹.

Относительно счисленія подвижнаго времени въ *мѣсяцахъ* источники не даютъ яснаго указанія, во сколько дней нужно считать мѣсяць; чаще всего полагаются 30 дней¹⁰; но въ одномъ мѣстѣ вмѣсто 182 дней поставлено, какъ равнозначущее выраженіе, 6 мѣс.¹¹, въ другомъ срокъ въ 2 мѣсяца опредѣленъ въ 61 день¹², въ третьемъ 3 мѣс.—въ 93 дня¹³.

III. При исчисленіи нѣкоторыхъ сроковъ не свыше года, въ теченіе которыхъ по закону должно быть совершено извѣстное дѣйствіе подъ страхомъ утраты самого права на него (напр. вчиненъ искъ, испрошена *bonorum possessio*), не принимается въ расчетъ то время, когда данное лицо по уважительнымъ причинамъ не могло предпринять этого дѣйствія. Въ подобныхъ случаяхъ источники говорятъ о *tempus utile* въ противоположность къ *tempus continuum*¹⁴. Уважительная причина можетъ касаться даннаго лица (взятіе въ плѣнъ, отсутствіе *rei publ. causa*, тяжкая болѣзнь, извннтельное заблужденіе)¹⁵, или другого, содѣйствіе коего необходимо для предпринятія дѣйствія (отвѣтчикъ, противъ котораго долженъ быть предъявленъ искъ, не можетъ быть отысканъ)¹⁶, или, наконецъ, эта причина можетъ состоять въ томъ, что нельзя совершать судебныхъ дѣйствій по извѣстнымъ днямъ (у Римлянъ присутственныхъ дней во время Юстиніана было около 240)¹⁷.

§ 52. Давность вообще. Незапамятное время.

Подъ именемъ давности разумѣются не всегда одинаковые съ юридической точки зрѣнія процессы.

I. Велѣдствіе истечения времени права могутъ возникать и уничтожаться. Иногда право *возникаетъ* велѣдствіе того, что на дѣлѣ положеніе вещей, соотвѣтствующее такому праву, уже осуществлялось долгое время. Это — такъ называемая *приобрѣтательная* давность (*praescriptio acquisitiva* по

⁸ L. 6 D. 44, 7. Paulus: In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur non finit obligatio.—См. *Savigny System* т. IV стр. 410 сл. *Dernburg I* § 89. Ср. *Windscheid I* § 103 пр. 16.

⁹ L. 98 пр. D. 50, 16. L. 3 § 3 D. 4, 4. *Windscheid I* § 103 пр. 17 *Baron* § 73, 1.

¹⁰ L. 40 D. 12, 1. L. 11 § 6. L. 29 § 5 D. 48, 5 L. 1 § 10 D. 48, 16. L. 28. L. 31. § 22 D. 21, 1. L. 22 §§ 1. 2. C. 6, 30. Nov. 115 c. 2.

¹¹ L. 12 D. 1, 5. ср. L. 3 § 12 D. 38, 16.

¹² L. 101 D. 50, 17.

¹³ L. 2 § 4. L. 5 § 1. C. 7, 63. Ср. къ этому *Windscheid I* § 103 пр. 20. *Dernburg I* § 89 пр. 2. 3.

¹⁴ L. 31 § 1 D. 41, 3. L. 8 C. 2, 20 (21). L. 7 C. 2, 52 (53). L. 2. D. 38, 15. L. 1 D. 44, 3.

¹⁵ L. 1 D. 44, 3. L. 2 D. 38, 15 L. 15 § 4. 5 D. 43, 24. L. 6 D. 3, 6. L. 55 D. 21, 1 L. S. C. 2, 20 (21).

¹⁶ L. 1 D. 44, 3. L. 1 § 7—10 D. 49, 4.

¹⁷ L. 2 §§ 1. 2 D. 38, 15. L. 1 D. 44, 3.

современной терминологіи); она примѣнима главнымъ образомъ къ собственности. Наоборотъ *погасительная давность* (praescriptio extinctiva) состоитъ въ томъ, что извѣстное право утрачивается вслѣдствіе неосуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени. Эта давность примѣняется къ притязаніямъ (*исксовая давность*) и къ сервитутамъ ¹.

II. Совершенно иное явленіе представляетъ такъ называемое *незапамятное время* (vetustas, quod memoriam excedit, cujus memoria non extat) ². Незапамятное время налицо въ томъ случаѣ, когда свидѣтельскими показаніями, или иными средствами (напр., документами) установлено, что извѣстное фактическое состояніе, которое обыкновенно является результатомъ извѣстнаго права, безпрепятственно и непрерывно длилось въ теченіе столь долгаго времени, что живущее поколѣніе, ни по собственному наблюденію, ни по рассказамъ предковъ, не помнитъ наличности иного состоянія вещей или спора противъ правомѣрности такого состоянія, или факта неправомѣрнаго возникновенія этого состоянія въ отдаленномъ прошломъ. Подобнаго рода показанія по римскому праву *замѣняютъ* въ процессѣ въ извѣстныхъ случаяхъ *доказательство того, что данное состояніе возникло правомѣрно*. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur. Ulp. L. 3 § 4 D. 43, 20.

Слѣдовательно, незапамятное время, въ отличіе отъ пріобрѣтательной давности, *не устанавливаетъ вновь права*, а считается лишь *доказательствомъ* того, что право было когда-то *установлено и все время уже существовало*. Эта разница можетъ быть существенной на практикѣ: если право существовало все время, то и всѣ производныя права, установленныя раньше на его основаніи, дѣйствительны; если же право считается возникшимъ впервые по истеченіи давностнаго срока, то всѣ права, произведенныя отъ него до истеченія этого срока, установлены неправомѣрно.

Римское право допускало ссылку на незапамятное время въ слѣдующихъ случаяхъ: *viae vicinales*, въ незапамятное время проложенныя по частнымъ владѣніямъ, считаются публичными дорогами и не подлежатъ свободному распоряженію со стороны собственниковъ участковъ (L. 3 pr. D. 43, 7); *aquaeductus*, проложенныя въ незапамятное время по чужимъ участкамъ, считаются проложенными на основаніи сервитутнаго права (L. 26 D. 39, 3; L. 3 § 4 D. 43, 20, ср. L. 7 C. 3, 34); приспособленія (какъ напр., плотины), съ незапамятнаго времени существующія для удерживанія воды, стекающей съ сосѣдняго участка, считаются за *jure facti* (L. 1 § 23; L. 2 pr. §§ 1. 3. 5. 7. 8 D. 39, 3). Новѣйшее „gemeines Recht“, по почину каноническаго права, расширило примѣненіе незапамятнаго времени на *всѣ права, при которыхъ возможно длительное пользованіе или непользованіе ими*. Основанія понятны: все, что очень долго существуетъ, не подвергаясь оспариванію, имѣетъ за себя презумцію правомѣрности; съ другой стороны, требовать по истеченіи долгаго времени доказательствъ того, что извѣстное состояніе возникло правомѣрно, несправедливо; доказательства съ теченіемъ времени утрачиваются: документы затериваются, свидѣтели умираютъ.

III. Подобныя соображенія лежатъ также въ основѣ *пріобрѣтательной и погасительной давности*. Мы не будемъ разсматривать въ общей части всѣхъ случаевъ примѣненія погасительной и пріобрѣтательной давности,

¹ См. къ этому *Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung* (1880 г.) стр. 23—43.

² См. *Regelsberger* § 127 *Dernburg* I § 160. *Барона* § 72 *Ср. Windscheid* I § 113.

т. к. большая часть изъ нихъ относится лишь къ отдѣльнымъ правамъ и имѣеть свои особенности въ примѣненіи къ каждому праву.

Общее учение о давности, которое пытались создать представители римскаго права въ началѣ прошлаго столѣтія, построить невозможно. Римляне даже не имѣли одного общаго термина для всѣхъ случаевъ давности: современный терминъ *praescriptio* у римлянъ означалъ прибавку къ формулѣ, подобную эксценціи. Въ общей части можетъ быть разсмотрѣнъ лишь одинъ видъ погасительной давности, именно *исковая давность*, т. к. эта давность относится ко всѣмъ притязаніямъ, изъ какихъ бы правъ они ни возникли.

§ 53. Исковая давность.

Существо исковой давности состоитъ въ томъ, что искъ не можетъ быть предъявленъ въ судѣ по истеченіи извѣстнаго времени послѣ возникновенія этого иска. Принято говорить о погашеніи давностью *исковъ*; но собственно давностью погашается вообще *возможность судебнымъ путемъ, въ формѣли нападенія или защиты* (напр. *exceptio*), *осуществлять притязаніе, снабженное искомъ* (см. § 14 выше).

I. Римское право *классической* эпохи въ сущности не знаетъ института, который извѣстенъ теперь подъ именемъ *исковой давности*. Оно знаетъ лишь *законные сроки*, которыми ограничено существованіе нѣкоторыхъ исковъ—такъ наз. *actiones temporales*. Отличіе этого понятія отъ давности сводится къ слѣдующему. Если существованіе права ограничено законнымъ срокомъ, то такое право уничтожается по истеченіи этого срока; истеченіе времени само по себѣ становится причиной, погашающей право. Напротивъ, *исковая давность* поражаетъ права, которыя въ принципѣ установлены безсрочно, на неопредѣленное время; но эти права теряютъ силу вполне или отчасти, если они фактически не будутъ осуществляться въ теченіе извѣстнаго времени. Причиной, уничтожающей право, является здѣсь не истеченіе времени само по себѣ, а бездѣятельность субъекта права въ теченіе установленнаго закономъ времени¹. Это теоретическое различіе имѣетъ и практическія послѣдствія. Такъ, *исковая давность* по самому существу, какъ погашеніе права на искъ вслѣдствіе бездѣятельности субъекта въ продолженіе извѣстнаго времени, принципиально допускаетъ перерывъ давностнаго срока извѣстными актами управомоченнаго субъекта и пріостановку теченія давности на время, пока его субъектъ не можетъ дѣйствовать. Напротивъ, *законный срокъ*, въ точномъ смыслѣ этого термина, не допускаетъ ни перерыва его теченія дѣйствіями субъекта правъ, ни пріостановки, вслѣдствіе невозможности для его субъекта дѣйствовать; во всякомъ случаѣ ни перерывъ, ни пріостановка не вытекаютъ принципиально изъ существа законнаго срока. Не слѣдуетъ, при этомъ, смѣшивать съ перерывомъ давности такія событія, въ силу которыхъ, во время теченія законнаго срока, ограничивающаго существованіе извѣстнаго права, взамѣнъ срочнаго права возникаетъ новое, неосроченное право съ тѣмъ же содержаніемъ (*actio perpetuatur*). Таковы *litis contestatio*, которая какъ бы обновляла право, и которую римскіе

¹ Ср. къ этому *Demelius*, *Untersuch. aus d. röm. Civilr.* (1856 г.), т. I стр. 1—7. *Grawen Verjährung und gesetzl. Befristung* (1880 г.) стр. 43—57. *Regelsberger* стр. 460 сл. *Хвостовъ*, *Нат. обязат.* стр. 448 сл.

юристы сравнивали съ новаціей, или заключеніе *constitutum debiti* во время теченія срока, установленнаго для *actio temporalis* ².

Субъективныя права ограничивались законными сроками какъ въ цивильномъ правѣ классической эпохи, такъ и въ преторскомъ. Цивильное право ограничивало, напр., пятилѣтнимъ срокомъ право на *querela inofficiosi testamenti*; раньше *lex Furia* постановляла, что обязательства изъ поручительства въ формѣ *sponsio* или *fidepromissio* прекращаются съ истеченіемъ *biennium continuum*. Преторскій эдиктъ установилъ преторскія *actiones poenales*, даѣе нѣкоторыя *interdicta*, а. de *peculio annalis*. Законные сроки устанавливались и для исковъ изъ эдикта эдиловъ: а. *redhibitoria* погашается истеченіемъ *sex menses utiles*, а. *quantii minoris* — истеченіемъ *annus utilis*. Во всѣхъ этихъ случаяхъ установленіе законнаго срока вызывалось соображеніями юридической политики, которыя стоятъ въ связи съ природою каждаго изъ перечисленныхъ исковъ. Такъ, напр., съ большею вѣроятностью можно предположить, что введеніе срока для а. *poenales* обусловлено слѣдующимъ соображеніемъ: если потерпѣвшій долго не предъявляетъ иска, то это даетъ основаніе думать, что онъ помирился съ виновникомъ деликта и не заинтересованъ болѣе въ предъявленіи *actio poenalis* ³.

II. Въ 424 году императоръ Θεодосій II ввелъ общую *исковую давность* для всѣхъ почти вещныхъ и личныхъ исковъ, которые раньше не погашались истеченіемъ времени: срокъ давности былъ опредѣленъ въ 30 лѣтъ; болѣе короткіе сроки, которыми прежде были ограничены *actiones temporales*, остались въ силѣ (L. 3 C. 7, 39). Это постановленіе, отчасти подготовленное въ предшествующее время, дополнялось конституціями позднѣйшихъ императоровъ ⁴. Съ этихъ поръ въ римскомъ правѣ появилась исковая давность въ настоящемъ смыслѣ этого слова: *основная идея* новаго института состоитъ въ томъ, что искъ уничтожается вслѣдствіе *бездѣятельности истца* въ теченіе опредѣленнаго времени; слѣдовательно теченіе давности допускаетъ перерывъ извѣстными дѣйствіями управомоченнаго лица. *Законодательныя соображенія*, вызвавшія новый институтъ исковой давности, сводятся къ тому, что несправедливо по отношенію къ отвѣтчику сохранять за истцомъ право на искъ въ теченіе безграничнаго времени; это заставляетъ отвѣтчика постоянно быть на сторожѣ и заботиться о сохраненіи всѣхъ средствъ, которыми онъ можетъ доказать несуществованіе долга. Прекращеніе иска по истеченіи извѣстнаго срока, во время котораго истецъ бездѣйствовалъ, приводитъ къ уменьшенію сутяжническихъ процессовъ и удовлетворяетъ потребности въ прочности давно установившихся фактическихъ отношеній. Правда, истецъ въ результатѣ можетъ лишиться вполне обоснованнаго иска; но это нельзя считать несправедливымъ, такъ какъ онъ самъ въ теченіе очень долгаго срока не заботился о сохраненіи въ силѣ своего иска путемъ перерыва давности.

² См. объ этомъ *Demelius*, стр. 60—64. *Grawein*, стр. 79—126. *Brinz* Pand. I стр. 395; 400—404. Впрочемъ, понятіе законнаго срока въ классическомъ правѣ не было проведено во всей частотѣ; при преторскихъ и эдильскихъ *actiones temporales* срокъ былъ *tempus utile* хотя и не *ratione cursus*, но *ratione initii* т. е. понятіе *прѣдстановки* допускалось при опредѣленіи его начальнаго момента. См. ниже въ этомъ §, III, 2, е. Къ этому ср. *Хвостовъ*, *op. cit.* стр. 450 сл. *Перерывъ* при а. *temporales* не допускался. *Brinz*, I, стр. 395 и 354.

³ См. *Хвостовъ*, *Нат. обязат.* стр. 452.

⁴ См. *Girard*, стр. 706. *Accarias* II стр. 1148 сл. Ср. *Partsch* *Die longi temporis praescriptio* (1906).

Такимъ образомъ, исковая давность введена не въ наказаніе истцамъ, не „in odium creditorum“; было бы странно наказывать за непользованіе собственнымъ правомъ. Въ основѣ этого института лежитъ забота объ интересахъ отвѣтчика, о сохраненіи мира и прочности оборота; ссылки на небрежность истца дѣлаются иногда въ конституціяхъ лишь для того, чтобы показать, что исковая давность не можетъ считаться несправедливой и по отношенію къ управомоченному лицу⁵.

По Юстиніанову праву вполне изъяты отъ дѣйствія давности лишь vindicatio in libertatem⁶, vindicatio колона со стороны землевладѣльца⁷, искъ фиска о недоплаткахъ въ податяхъ⁸ и требованіе о раздѣлѣ общаго имущества, въ частности общаго участка земли, и о возстановленіи границъ (поскольку дѣло не идетъ объ обязательственныхъ притязаніяхъ, возникшихъ изъ communiō)⁹. Остальные иски подлежатъ давности и называются *a. perpetuae*, если погашаются истеченіемъ 30 или больше лѣтъ, и *a. temporales* или *temporariae*, если срокъ погашенія ихъ давностью короче.

III. Отъ исковой давности слѣдуетъ отличать давность *процессуальную*. Первая рѣшаетъ вопросъ: какъ долго можетъ быть заявленъ искъ на судѣ? вторая — въ теченіе какого времени можетъ быть возобновленъ разъ начатый судебный процессъ? Въ *классическомъ* правѣ *judicia legitima* погашаются истеченіемъ 18 мѣсяцевъ (*lis moritur, tempore amittitur*), а *judicia quae imperio continentur* — истеченіемъ должностнаго года для магистрата, при которомъ начатъ былъ процессъ¹⁰. При Юстиніанѣ это правило замѣнено слѣдующимъ: каждый процессъ, разъ начатый и не оконченный, могъ быть возобновленъ лишь *въ теченіе 40 лѣтъ* (погашеніе давностью *litis pendentis*)¹¹.

IV. *Условія исковой давности*. Давностный срокъ начинается течь съ момента возникновенія искового притязанія, когда *actio nata est*¹². Этотъ моментъ можно опредѣлить (см. § 14, I) слѣдующимъ образомъ.

1) При *абсолютныхъ* правахъ (напр., собственности) притязаніе возникаетъ съ того момента, когда кто-либо противозаконно воспрепятствуетъ субъекту правъ осуществлять свое господство надъ объектомъ.

2) При *отрицательныхъ обязательствахъ* притязаніе возникаетъ, когда обязанный субъектъ совершитъ дѣйствіе, несогласное съ содержаніемъ его обязанности.

3) При *положительныхъ обязательствахъ* притязаніе возникаетъ съ того момента, когда субъектъ обязательственнаго права получаетъ возможность *немедленно* требовать отъ обязаннаго лица совершенія должнаго дѣй-

⁵ Хвостовъ, *op. cit.* стр. 465.

⁶ L. 3 C. 7, 22.

⁷ L. 23 C. 11, 48 (47). L. 5 C. 7, 39.

⁸ L. 6 C. 7, 39.

⁹ L. 6 C. 3, 39. L. 1 § 1 C. 7, 40, L. 5 C. 3, 37.

¹⁰ Объ этихъ правилахъ, равно какъ и о томъ, что такое *judicia legitima* и *judicia, quae imperio continentur* говоритъ Гай въ своихъ *Inst.* VI, 104. *Legitima sunt judicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur...* 105. *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt quaecunque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur.* См. *Girard*, стр. 998.

¹¹ L. 9 C. 7, 39. L. 1 § 1 e. C. 7, 40.

¹² L. 1 § 1 d. C. 7, 40. L. 3 L. 7 § 1 C. 7, 39. L. 5 § 2 C. 5, 12.

ствія, т. е. при обязательствахъ, заключенныхъ безъ срока (*pure*), съ момента заключенія обязательства (L. 14 D. 50, 17), а при обязательствахъ, которыя осложнены присоединеніемъ *dies* или *condicio suspensiva*, по наступленіи срока или по исполненіи условія ¹³.

Срокъ исковой давности считается, по общему правилу, въ эпоху Юстиніана въ 30 лѣтъ; но иногда онъ болѣе продолжителенъ или короче. 40 лѣтъ установлено, напр., для такихъ исковъ церквей и *riae causae*, которые вообще погашаются въ теченіе 10, 20 и 30 лѣтъ ¹⁴. Для преторскихъ а. *reales* и для эдильскихъ исковъ по поводу пороковъ купленной вещи были сохранены прежніе законные сроки ¹⁵.

Давностный срокъ *истекаетъ* лишь съ истеченіемъ послѣдняго дня срока, такъ какъ она приводитъ къ потерѣ права (см. § 51, II, 2) ¹⁶.

V. *Перерывъ давности* означаетъ, что истекшее время не идетъ въ счетъ; послѣ перерыва начинается новая давность (исковая или процессуальная; *arg.* L. 8 § 4 C. 7, 39). *Приостановка* давности означаетъ, что въ продолженіе извѣстнаго времени по какой-либо причинѣ давность не течетъ, но по уничтоженіи этой причины теченіе давности возобновляется, и къ новому сроку присчитывается все истекшее до приостановки ея время.

Перерывъ исковой давности наступаетъ:

а) *При предъявленіи иска* въ судъ или на рѣшеніе третейскихъ судей ¹⁷; притомъ искъ (*libellum conventionis*) долженъ уже быть сообщенъ отвѣтчику ¹⁸.

б) Въ случаѣ всякаго, устно, письменно или молчаливо изъявленнаго кредитору, *признанія притязанія* со стороны обязаннаго лица. Молчаливое признаніе заключается, напр., въ уплатѣ процентовъ по обязательству, въ выдачѣ новаго долгового документа, въ установленіи поручительства или залога, въ просьбѣ должника объ отсрочкѣ ¹⁹.

Приостановка исковой давности имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ ²⁰.

а) На время несовершеннолѣтія управомоченнаго лица: α) если на предъявленіе иска управомочено лицо, не достигшее *pubertas*, то давность приостанавливается, пока это лицо не достигнетъ *pubertas* ²¹; β) для исковъ, погашаемыхъ истеченіемъ срока менѣе чѣмъ въ тридцать лѣтъ, теченіе этого срока приостанавливается также на время, пока истецъ не достигнетъ 25 лѣтъ ²².

¹³ См. подробности о нѣкоторыхъ частныхъ вопросахъ (обязательства по востребованію, требованіе процентовъ, ренты, обязательства условныя, срочныя и т. п.) *Regelsberger* § 183. *Dernburg* I § 146. *Баронъ* § 87. *Arndts* § 107. *Windscheid* 107 пр. 6—8. Притязаніе начинаетъ погашаться давностью *до своего возникновенія* въ томъ случаѣ, когда самое возникновеніе его зависить отъ простаго заявленія управомоченнаго лица (заемъ до востребованія). См. объ этомъ случаѣ *Windscheid* § 107 пр. 9—10. *Regelsberger*, § 183. пр. 2 и II. 1, b. bb. Ср. *Dernburg* I § 146 пр. 9—11.

¹⁴ Nov. 111 Nov. 131 c. 6. Подробности у *Барона* § 87, ad II.

¹⁵ L. 35 пр. D. 44, 7. L. 8 D. 47, 23.—L. 19 § 6 D. 21, 1. См. выше стр. 212 сл.

¹⁶ L. 6 D. 44, 7.

¹⁷ L. 7 C. 7, 21. L. 5 § 3 C. 2, 55. За послѣднее время преобладаетъ взглядъ, что давность прерывается предъявленіемъ иска даже въ некомпетентномъ судѣ: *Regelsberger* § 184 пр. 1a и *Dernburg* I § 148 пр. 6.

¹⁸ L. 3 C. 7, 40 L. 7 пр. § 5 C. 7, 39.

¹⁹ L. 8 § 4 L. 7 § 5 C. 7, 30. L. 19 C. 4, 21. L. 4 (5) C. 8, 39 (40).

²⁰ Распространяются ли правила, изложенныя ниже подъ лит. а, б, и с на законные сроки исковъ, см. *Brinz*, I стр. 395.

²¹ L. 3 § 1. L. 7 пр. § 1 C. 7, 39.

²² L. 5 C. 2, 40 (41).

б) Давность приостанавливается, пока известныя *юридическія* препятствія мѣшаютъ вчинанію иска (иски противъ наследника, который испросилъ срокъ на составленіе инвентаря наследства; иски противъ должника, который добился *moratorium* и т. д.)²³.

в) При преторскихъ и эдильскихъ *actiones temporales* короткій законный срокъ былъ *tempus utile*, но только *ratione initi*, а не *ratione cursus*²⁴; это значитъ, что теченіе его не начиналось, пока истцу препятствовали предъявить искъ указанныя въ § 51, III *фактическія* затрудненія.

Незнаніе управомоченнаго лица о своемъ исковомъ правѣ не исключаетъ ни начала, ни продолженія исковой давности (L. 12 § 3 b. C. 7, 33).

VI. *Дѣйствіе истекшей давности*. Если исковая давность истекла, то обязанное лицо получаетъ право противопоставить всякой попыткѣ осуществить погашенное притязаніе съ помощью суда *экспенцію* (*praescriptio XXX annorum sive longissimi temporis* или иную). Судья не можетъ принимать во вниманіе давности, если обязанное лицо не воспользуется своимъ правомъ заявить соотвѣтствующую экспенцію²⁵. Дѣйствіе этой экспенціи сводится къ слѣдующему:

1) Если притязаніе основано на *вещномъ* правѣ, то экспенція уничтожаетъ лишь *данное притязаніе* изъ этого права; *самое право продолжаетъ существовать*. Напр., если вещь, являющаяся объектомъ права собственности, затѣмъ правомѣрно поступитъ во власть собственника, то она не можетъ быть вытребована у него эксципентомъ; если она поступитъ во власть лица, не являющагося правопреемникомъ эксципента, то она можетъ быть вытребована у него собственникомъ по другому иску²⁶.

2) Дѣйствіе исковой давности и законнаго срока на *обязательственныя права* въ источникахъ не вполне выяснено и спорно въ современной литературѣ. Источники признаютъ, что уплата долга, сдѣланная по истеченіи законнаго срока иска, обосновываетъ *condictio indebiti* (L. 25 § 1 D. 46, 8); что *fidejussio* и *constitutum debiti*, заключенныя по истеченіи законнаго срока для главнаго долга, ничтожны (L. 37 D. 46, 1); что *fidejussio*, установленная до истеченія законнаго срока, которымъ ограничено притязаніе объ уплатѣ главнаго долга, теряетъ силу съ истеченіемъ этого срока (L. 38 § 4 D. 46, 3). Наоборотъ, залоговое право, установленное до погашенія обязательственнаго притязанія исковою давностью, продолжаетъ существовать и по истеченіи давности для притязанія изъ самого обязательства, пока не истечетъ давность для залогового права (L. 7 C. 7, 39); сохраняетъ силу и *constitutum debiti*, установленное до истеченія *tempus actionis* (L. 18 § 1 D. 13, 5). На этомъ основаніи нѣкоторые изслѣдователи утверждаютъ, что обязательство сохраняетъ известную силу по истеченіи давности и законнаго срока—какъ *obligatio naturalis*; но большинство признаетъ его вполне ничтожнымъ, ссылаясь на то, что залогъ и *constitutum* и въ другихъ случаяхъ остаются въ силѣ послѣ погашенія главнаго обязательства²⁷.

²³ L. 22 § 11 C. 6, 30.—L. in fine C. 7, 71. См. также L. 30 § 2 C. 5, 12. Относительно § 29 J. 2, 1 см. *Windscheid* § 109 пр. 2.

²⁴ См. *Girard*, стр. 726 пр. 1.

²⁵ О дѣйствіи законнаго срока въ этомъ отношеніи см. *Regelsberger*, § 186 пр. 2 и цитированныхъ тамъ писателей.

²⁶ L. 8 § 1 C. 7, 39.

²⁷ См. объ этомъ *Хвостовъ* op. cit. стр. 447—468, гдѣ вопросъ о существованіи *obl. nat.* рѣшается отрицательно, какъ для законнаго срока исковъ, такъ и для исковой давности.

VII. *Погашеніе эксцепцій по давности.* Заявить какое-либо право въ видѣ эксцепціи не зависить отъ воли управомоченнаго лица; оно должно дожидаться, пока будетъ предъявленъ искъ со стороны противника ²⁸. Поэтому исковая давность, по общему правилу, не распространяется на эксцепціи. Но если управомоченный имѣетъ по поводу своего права не только эксцепцію, но и искъ, то въ нѣкоторыхъ случаяхъ цѣлесообразность требуетъ, чтобы давность на такой искъ распространялась и на соотвѣтствующую эксцепцію. Такъ, конечно, недопустимо, чтобы погашенное давностью обязательственное притязаніе все-же могло быть осуществлено посредствомъ эксцепціи о зачетѣ (компенсаци) ²⁹. Общихъ правилъ по этому вопросу, однако, нельзя установить.

Слѣдуетъ

²⁸ L. 5 § 6 D. 44, 4... cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur.

²⁹ См. *Regelsberger* § 187. *Windscheid* I § 112 пр. 8. *Dernburg* I § 150, 3. *Keller*, *Pand.* I § 91. *Brinz*, I стр. 398.

ОТДѢЛЪ V.

Защита права.

I глава. Общія понятія.

§ 54. Предварительныя замѣчанія. Обезпеченіе правъ.

Нарушеніе права состоитъ въ томъ, что кто-либо устанавливаетъ или поддерживаетъ такое фактическое состояніе, которое вполне или въ части препятствуетъ субъекту права фактически пользоваться имъ. Отсюда возникаетъ необходимость въ *защитѣ правъ* отъ нарушеній. Эта защита правъ можетъ преслѣдовать двѣ цѣли: 1) *предупредить* возможность нарушенія права въ будущемъ, т. е. *обезпечивать* право отъ нарушенія; 2) *устранять уже состоявшееся нарушеніе права*, т. е. констатировать существованіе права, равно какъ наличность фактическаго состоянія, несогласнаго съ правомъ, чтобы заставить виновное лицо устранить это неправомѣрное состояніе. Самое устраненіе неправомѣрнаго состоянія можетъ быть достигнуто разными путями: или тѣмъ, что виновный принуждается произвести дѣйствіе, несовершенство котораго составляетъ нарушеніе права; или тѣмъ, что виновный принуждается возстановить прежнее фактическое состояніе, если нарушеніе права состояло именно въ измѣненіи этого состоянія; или же, наконецъ, тѣмъ, что нарушитель права принуждается возмѣстить убытки, причиненные нарушеніемъ, если первый и второй изъ указанныхъ исходовъ невозможны или нецѣлесообразны.

II. Для *обезпеченія правъ отъ нарушенія* гражданское право располагаетъ рядомъ средствъ. Важнѣйшія изъ нихъ въ римскомъ правѣ слѣдующія:

1) *Cautiones*. Подъ именемъ *cautiones* или *stipulationes praetoriae* разумѣются стипуляціи, которыя по требованію магистрата заключаются частными лицами въ обезпеченіе исполненія ими какой-либо обязанности, уже наличной или имѣющей возникнуть въ будущемъ¹.

Различаются слѣдующіе виды: α) *Cautio* какъ *nuda promissio*; она состоитъ въ томъ, что одна сторона въ формѣ стипуляціи обязуется передъ

¹ См. *Dernburg*, I § 167. *Keller*, *Pand.* I § 108. *Girard*, стр. 1014. *Баронъ* § 76.

другой сдѣлать что-либо. Такъ, въ Римѣ хозяинъ обрушившагося дома не отвѣчалъ по закону за убытки, нанесенные сосѣду паденіемъ его дома; отвѣтственность за паденіе дома возникала лишь въ томъ случаѣ, если сосѣдь предварительно заключилъ съ нимъ *cautio damni infecti* въ формѣ стипуляціи. β) *Реальныя cautioes*—стипуляція съ установленіемъ *поручительства (satisdatio)* или съ установленіемъ *залога (cautio pignoratitia)*. Большинство законныхъ *cautioes* относятся къ этой категоріи ².

2. *Sequestratio*. Такъ называется передача предмета спора не участвующему въ немъ третьему лицу на сохраненіе въ предупрежденіе нарушенія права на него. *Sequestratio* бываетъ *necessaria* (по предписанію судьи) и *voluntaria* (по соглашенію лицъ, спорящихъ о вещи). *Sequestratio necessaria* имѣетъ мѣсто, напр., по отношенію къ приданому, если мужъ расточаетъ приданое своей сумасшедшей жены ³.

3. *Missio in possessionem* ⁴. Эта мѣра обезпеченія состоитъ въ томъ, что судъ разрѣшаетъ захватить въ свое владѣніе (*detentio* или *possessio*) какую-либо вещь или даже все имущество другого лица (*missio in bona*). Такой вводъ во владѣніе противной стороны допускается, напр., для того, чтобы открыть конкурсъ надъ имуществомъ несостоятельнаго должника (*missio in possessionem rei servandae causa*); къ этому средству прибѣгаль, далѣе, преторъ, чтобы побороть упорство лица, отказывающагося представить *cautio damni infecti* и т. д. ⁵

§ 55. Самопомощь. Третьейскій судъ.

1. Переходимъ къ средствамъ *устраненія уже совершившихся правонарушеній*. Самымъ естественнымъ путемъ въ этомъ случаѣ представляется *самопомощь*: лицо, чье право нарушено, прежде всего само можетъ попытаться своими силами устранить состояніе, несогласное съ правомъ. Однако, этотъ путь, несмотря на свою естественность, во многихъ отношеніяхъ неудобенъ: о томъ, дѣйствительно-ли нарушено право, судить въ данномъ случаѣ лицо заинтересованное и потому пристрастное. Устраняя состояніе, противное праву, это лицо, съ одной стороны, можетъ перейти должныя границы, а съ другой стороны, можетъ оказаться не въ силахъ справиться съ могущественнымъ противникомъ. Поэтому развитое право предоставляетъ какъ сужденіе о фактѣ нарушенія права, такъ и заботу о возстановленіи правомѣрнаго состоянія особымъ органамъ государственной власти—суду: эти органы достаточно безпристрастны и могущественны; ихъ рѣшенію должно подчиниться любое частное лицо въ обществѣ. Поэтому самопомощь допускается развитымъ римскимъ правомъ въ очень узкихъ границахъ.

1) Дозволена во всякомъ случаѣ *самозащита*, т. е. самоуправное отраженіе недозволеннаго вторженія, направленнаго на измѣненіе существующихъ фактическихъ отношеній. *Vim vi repellere licet* (См. выше § 49, II, 2) ¹.

² См. § 2 J. 4, 11. L. 1 §§ 4—8 D. 46, 5.

³ L. 22 § 8 D. 24, 3.

⁴ Tit. Dig. 42, 4.

⁵ Keller I § 109. Dernburg I § 270. Girard, стр. 1045 сл. Баронъ § 76.

¹ L. 1 § 27 D. 43, 16. L. 45 § 4 D. 9, 2. О примѣнимости самозащиты при *detentio* см. Dernburg, I § 125 пр. 3. Wendt стр. 277 сл.

2) Запрещено *самоуправство*, т. е. самоуправное осуществление какого-либо действительного или мнимаго права путем насилія надъ личностью или имуществомъ другого лица. Самоуправство допускается лишь въ двухъ случаяхъ:

а) можно самоуправно уничтожить сооруженія, которыя насильственно (vi) или тайно (clam) воздвигнуты на участкѣ земли лица, прибѣгающаго къ самоуправству (L. 29 § 1 in. f. D. 9, 2 L. 22 § 2 D. 43, 24);

б) къ самоуправству можно прибѣгнуть, если въ противномъ случаѣ субъекту права грозитъ *неисправимый ущербъ* (напр., кредиторъ можетъ догнать должника, который пытается бѣгствомъ скрыться со своими деньгами отъ кредиторовъ, и силою заставить его отдать долгъ L. 10 § 16 D. 42, 8).

Въ остальныхъ случаяхъ право не только даетъ возможность уничтожить послѣдствія самоуправства (владѣльческіе interdикты, *interdictum quod vi aut clam*), но и устанавливаетъ *наказанія за самоуправство*. По *decretum Divi Marci* (Марка Аврелія) кредиторъ, который захватилъ вещи должника съ цѣлью получить удовлетвореніе требованія, долженъ вернуть ихъ и лишается своего права требованія². По закону *Валентиніана, Θεодосія и Аркадія* (389 г. по Р. Х.) лицо, насильственно захватившее у ея владѣльца вещь, действительно или мнимо принадлежащую ему въ собственность, должно вернуть эту вещь и, кромѣ того, теряетъ право собственности на нее; а если окажется, что оно не собственникъ ея, то оно должно сверхъ того уплатить потерпѣвшему стоимость вещи³.

II. Иногда частныя лица для разрѣшенія споровъ о правѣ и для устраненія правонарушеній обращаются не къ органамъ государственной власти, а къ частному лицу, избранному ими въ *третейскіе судьи*. По римскому праву требовались для этого:

1) Заключение между спорящими договора (*compromissum*), по которому эти лица обязуются подчиниться рѣшенію одного или нѣсколькихъ третейскихъ судей (*arbiter*). Договоръ подкрѣплялся обѣщаніемъ каждой стороны уплатить штрафъ (*poena conventionalis*) на случай, если она не подчинится рѣшенію третейскаго суда. Искъ объ исполненіи рѣшенія третейскаго суда нельзя было предъявить; но въ случаѣ неисполненія можно было взыскать условленный штрафъ⁴.

2) Договоръ спорящихъ сторонъ съ тѣмъ лицомъ, на которое онѣ согласились возложить рѣшеніе спора, т. е. съ третейскимъ судьей. Этотъ договоръ называется *receptum arbitri*. Лицо, принявшее на себя обязанность третейскаго судьи, принуждается преторомъ къ исполненію своего обѣщанія угрозою наложенія денежнаго штрафа⁵.

² L. 7 D. 48, 7. L. 13 D. 4, 2. См. также Nov. 52 c. 1. Nov. 134 c. 7. Nov. 60 c. 1. *Хвостовъ*, Нат. обяз. стр. 427 сл.

³ L. 7 C. 8, 4. § 1 J. 4, 2. § 6 J. 4, 15. *Windscheid* § 160 пр. 4.

⁴ L. 2 L. 30 D. 4, 8. L. 1 C. 2, 55. Paul. 5, 5a, 1. L. 27 § 2 D. 4, 8. Впрочемъ, Юстиніанъ далъ искъ объ исполненіи рѣшенія, если стороны подписали его или въ теченіе 10 дней не протестовали противъ него. L. 4. 5 C. 2, 55 (56). Nov. 82 c. 11. *Windscheid* II § 415 пр. 4. *Баронъ* § 100 пр. 4. *Dernburg*, I § 165 пр. 6.

⁵ L. 3 § 2. L. 15. L. 32 § 12 D. 4, 8.

§ 56. Мирова сдѣлка (transactio).

I. Неопредѣленность юридических притязаній, существующихъ между двумя лицами, можетъ быть устранена не только путемъ процесса, но и посредствомъ заключенія *мировой сдѣлки (transactio)*. Мирова сдѣлка состоитъ въ томъ, что для устранения неопредѣленности извѣстнаго притязанія обѣ стороны, заинтересованныя въ этомъ притязаніи, дѣлаютъ другъ другу какия-либо уступки. Transactio — договоръ *возмездный*; для наличности его состава необходимо, чтобы обѣ стороны сдѣлали уступки, предоставили бы что-либо другъ другу¹. Такъ, напр., стороны могутъ согласиться, чтобы право, на которое претендуетъ одна изъ нихъ, было признано за ней съ тѣмъ, чтобы другая сторона получила извѣстное вознагражденіе за это.

Мирова сдѣлка заключается всегда по поводу *неопредѣленности* юридических притязаній. Большою частью неопредѣленность эта состоитъ въ *спорности* притязанія, т. е. въ томъ, что лицо, предъявляющее притязаніе, должно вести съ противникомъ судебный споръ, исходъ котораго можетъ быть сомнителенъ, если оно не заключитъ мировой сдѣлки². Въ такомъ случаѣ transactio замѣняетъ судебное рѣшеніе³. Иногда неопредѣленность можетъ состоять въ томъ, что *объемъ* притязанія зависитъ отъ какихъ-либо не вполне опредѣленныхъ обстоятельствъ, напр., когда кому-либо отказаны по завѣщанію пожизненные алименты: такъ какъ срокъ жизни лица, управомоченнаго на полученіе алиментовъ, неизвѣстенъ, то неизвѣстна также общая сумма алиментовъ, которую придется выплатить ему; въ такомъ случаѣ transactio заключается въ томъ, что лицо, управомоченное на полученіе алиментовъ, отказывается отъ своего права на нихъ, а взамѣнъ получаетъ одновременно опредѣленную сумму денегъ (L. 8 D. 2, 15).

II. Предоставленія, которыя при заключеніи мировой сдѣлки стороны совершаютъ другъ другу для устранения неопредѣленности притязанія, могутъ имѣть самое разнообразное содержаніе. Одна сторона можетъ вполне или отчасти *отказаться* отъ своего притязанія противъ другой стороны и за это получить отъ послѣдней какой-нибудь имущественный эквивалентъ; одна сторона можетъ за такой эквивалентъ вполне или въ части *признать* притязаніе другой стороны⁴. Эквивалентъ можетъ состоять въ установленіи, прекращеніи или измѣненіи какого-либо вещнаго или обязательственнаго права и т. п.

Изъ сказаннаго видно, что для совершенія мировой сдѣлки—transactionis causa—могутъ устанавливаться самыя различныя юридическія отношенія. Мирова сдѣлка въ конечномъ результатѣ можетъ привести къ заключенію сти-

¹ L. 1 D. 2, 15 Ulp. 40 ed. Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit. L. 38 C. 2, 4. Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit.

² L. 65 § 1 D. 12, 6. L. 2 C. 2, 4.

³ Вотъ почему мы помѣщаемъ ученіе о transactio въ этотъ отдѣлъ; см. также Баронъ § 101. Wendt, § 100. Съ достаточнымъ основаніемъ это ученіе можетъ быть помѣщено также въ отдѣлъ о causa имущественныхъ предоставленій: какъ увидимъ ниже, transactionis causa совершаются предоставленія въ формѣ установленія и прекращенія самыхъ разнообразныхъ правъ; см. Regelsberger, § 171 сл. Ср. Bekker, II, § 110. Меньше основаній существуетъ для помѣщенія этого института въ обязательственное право. См. Windscheid, II, § 413 пр. 13. Dernburg, II, § 109. Arndts, § 269.

⁴ L. 6 pr. L. 9 L. 34 (33) C. 2, 4.

пуляціи; результатомъ ея можетъ быть передача вещи съ тѣмъ, чтобы другая сторона предоставила что-либо взаменъ (*contractus innominatus*)⁵; *transactionis causa* можетъ быть погашено какое-либо обязательство и т. п.⁶

III. Состоявшаяся между сторонами мировая сдѣлка можетъ быть оспорена, если она заключена подъ вліяніемъ обмана⁷, принужденія⁸ или существеннаго заблужденія⁹.

Мировая сдѣлка, состоявшаяся по поводу спорнаго притязанія, считается ничтожной, если окажется, что *это притязаніе уже было разрѣшено судомъ* (*res judicata*) до ея заключенія; при этомъ не имѣетъ значенія, знали ли стороны, совершая *transactio*, о судебномъ рѣшеніи или нѣтъ: мировая сдѣлка не должна отмѣнять рѣшенія суда. Впрочемъ, если между сторонами споръ происходитъ именно о томъ, состоялось ли по данному дѣлу судебное рѣшеніе, или въ чемъ состоитъ его содержаніе, то такой споръ можетъ быть оконченъ мировой сдѣлкой¹⁰.

IV. Какъ указано выше, *transactio* можетъ состоять въ томъ, что лицо, имѣющее право требовать алименты, предпочитаетъ отказаться отъ этого права за опредѣленную денежную сумму, которая одновременно предоставляется ему обязаннымъ къ уплатѣ алиментовъ лицомъ. Если такая *transactio* заключается относительно алиментовъ, отказанныхъ кому-либо по завѣщанію, то она дѣйствительна только подъ условіемъ ея утвержденія со стороны магистрата; послѣдній долженъ провѣрить, выгодна ли мировая сдѣлка для лица, управомоченнаго на полученіе алиментовъ¹¹.

II глава. Процессъ и матеріальное право.

§ 57. Вліяніе начала процесса (*litis contestatio*) на матеріальное право.

I. Совокупность нормъ, которыя регулируютъ совмѣстную дѣятельность сторонъ и органовъ судебной власти, направленную на разрѣшеніе споровъ о гражданскихъ правахъ, составляетъ институтъ *гражданскаго процесса*. Эти нормы не подлежатъ изученію въ курсѣ гражданскаго права. Намъ интересуетъ лишь *вліяніе процесса на матеріальное гражданское право, которое служитъ предметомъ процессуальнаго обсужденія*. Прежде всего мы оста-

⁵ L. 6. L. 28. L. 33 § 1. L. 38. L. 39. C. 2, 4. *Arndts*, § 269, пр. 4.

⁶ L. 16 D. 2, 15. L. 17. L. 24. L. 36 C. 2, 4 — L. 2. 4. 15 D. 2, 15. L. 3, 40 C. 2, 4. Мировая сдѣлка обязательна какъ для универсальныхъ, такъ и для сингулярныхъ преемниковъ сторонъ (L. 7. 8 D. 12, 2); кредиторы наслѣдства могутъ ссылаться на *transactio* о дѣйствительности завѣщанія (L. 14 D. 2, 15). *Windscheid*. II, § 413 въ концѣ L. 20 C. 2, 4. *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit.*

⁷ L. 9 § 2. D. 2, 15. L. 4, 13. 19. C. 2, 4.

⁸ L. 13 C. 2, 4.

⁹ L. 3 § 1. L. 12 in fine D. 2, 15. L. 42 C. 2, 4. Къ этому см. *Dernburg*, II § 109 пр. 13. *Regelsberger*, стр. 626. Не имѣетъ значенія для дѣйствительности *transactio* по поводу спорнаго отношенія открытіе новыхъ документовъ, проливающихся свѣтъ на это отношеніе, если только эти документы не были умышленно утаены противникомъ L. 19 C. 2, 4.

¹⁰ L. 23 § 1 D. 12, 6. L. 7 пр. § 1. L. 11 D. 2, 15. L. 32 C. 2, 4. *Regelsberger*, стр. 626. Впрочемъ содержаніе этихъ мѣстъ въ высшей степени спорно. См. *Windscheid* III § 414 пр. 8. *Dernburg*, II, § 109, пр. 7. *Bekker*, § 110 Beilage 1. *Vangerow*, II § 668.

¹¹ L. 7 § 2. L. 8. D. 2, 15. L. 8. C. 2, 4.

новимся на вопросѣ о вліяніи *начала процесса* на матеріальное право, а затѣмъ на вопросѣ о судебныхъ доказательствахъ и о судебномъ рѣшеніи.

Моментомъ начала процесса въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ считается первое устное объясненіе сторонъ передъ судьей, которое слѣдовало за вчинаніемъ иска и состояло въ томъ, что обѣ стороны подробно излагали судѣ свои соображенія о содержаніи возникшаго спора (*post narrationem propositam et contradictionem obiectam*)¹; это—такъ называемая *litis contestatio* въ своемъ позднѣйшемъ значеніи. Впрочемъ, нѣкоторые послѣдствія связывались съ болѣе раннимъ моментомъ: съ приглашеніемъ отвѣтчика явиться въ судъ.

II. Одно существенное послѣдствіе начала процесса по *классическому* римскому праву, такъ называемая *litis consumptio*, — въ *Юстиніановомъ правѣ почти вполне исчезло*. *Litis consumptio* покоилась на правилѣ: *bis de eadem re ne sit actio* (Quint. Inst. Orat. 7, 6, 4), и сводилась къ тому, что искъ однажды предъявленный и доведенный до момента *litis contestatio*, не можетъ быть предъявленъ вторично (Gai 4, 108; 3, 180). Вторичное предъявленіе консумированнаго иска было невозможно даже въ томъ случаѣ, если въ первомъ процессѣ не было постановлено судебного рѣшенія, или если въ искѣ къ отвѣтчику было отказано только вслѣдствіе невѣрнаго указанія суммы иска (*plus petitio re*), или вслѣдствіе предъявленія иска не въ должномъ мѣстѣ (*plus petitio loco*), или вслѣдствіе того, что искъ былъ вчиненъ раньше времени (*plus petitio tempore*)².

III. Вліяніе начала процесса на матеріальное право въ *Юстиніановомъ правѣ* сводится, главнымъ образомъ, къ тому, что начало процесса *расширяетъ и укрѣпляетъ притязаніе истца*³. Римское право руководилось при этомъ слѣдующими соображеніями.

1) *Истецъ не долженъ терпѣть ущерба* отъ того, что не получаетъ удовлетворенія по своему требованію тотчасъ же, но вынуждается отвѣтчикомъ ждать конца процесса. Поэтому истцу должна быть обезпечена возможность *получить отъ отвѣтчика то, что истецъ имѣлъ бы, если бы его требованіе было удовлетворено отвѣтчикомъ при самомъ предъявленіи иска*⁴.

2) Въ свою очередь *отвѣтчикъ не долженъ терпѣть убытковъ только отъ того, что онъ добросовѣстно спорилъ противъ иска, будучи убѣжденъ въ своей правотѣ*. Поэтому отвѣтственность лица, завѣдомо не-

¹ L. 1 C. 3, 9. L. 14 § 4 C. 3, 1. L. 2 C. 2, 58 (59).

² О *litis consumptio* въ *классическомъ* процессѣ см. Хвостовъ, Исторія римскаго права § 55. Keller der röm. Civilprozess § 60, Bethmann-Hollweg. Civilprozesse т. II стр. 510 слл. 631 слл. — Въ *Юстиніановомъ* правѣ исчезло консумирующее значеніе, связанное съ *litis contestatio*, а по мнѣнію нѣкоторыхъ авторовъ также связанное съ судебнымъ рѣшеніемъ; осталась въ силѣ лишь т. наз. *exceptio rei iudicatae* въ ея положительной функціи (см. ниже § 58), см. Krüger, Pand. I § 94, 95. Keller, Process Consumptiou (1864 г.) стр. 202 слл. Vangerow, I стр. 248, 277. Accarias, II, стр. 774 сл. 1113 сл. Windscheid I § 124 пр. 1; § 130 пр. 24а. См. также Girard. стр. 1033 слл. Въ конечномъ результатѣ не особенно расходится съ этимъ взглядомъ Bethmann-Hollweg op. cit. т. III стр. 257 слл. 287 слл. Иного мнѣнія Bekker, die process. Consumption (1853 г.), стр. 11 слл. Еюже ст. въ Ztschr. Sav. St. XXI (1900 г.), стр. 339 сл. Dernburg, I § 16.

³ См. Windscheid I § 124.

⁴ Другими словами: истцу выдается *res cum omni causa* § 3 J. 4, 17. L. 35 D. 50, 16. L. 75 D. eod, Paulus 50 ed. „Restituere“ is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

добросовѣстно доведшаго дѣло до суда, болѣе строга, нежели отвѣтственность добросовѣстнаго отвѣтчика. Послѣдній обязанъ выдать лишь тѣ *выгоды*, которыя онъ извлекъ благодаря отсрочкѣ исполненія вслѣдствіе веденія процесса⁵; но онъ не возмѣщаетъ истцу случайныхъ убытковъ. Напротивъ, лицо, начавшее споръ противъ иска, зная о своей неправотѣ, должно, по общему правилу, вознаградить истца за *всю убытки*, которые возникли для истца вслѣдствіе того, что онъ не получилъ удовлетворенія въ самый моментъ предъявленія иска и долженъ былъ вести процессъ⁶.

3) Кромѣ того, *всякій* отвѣтчикъ долженъ считаться послѣ начала процесса съ возможностью проиграть его, а потому не долженъ относиться къ вещи, составляющей предметъ спора, какъ къ своей несомнѣнной собственности: всякій владѣлецъ послѣ начала процесса *не можетъ распорядиться* предметомъ спора и долженъ *относиться къ нему заботливо*; онъ отвѣчаетъ за ухудшеніе объекта спора по своей небрежности⁷.

Изъ этихъ общихъ соображеній вытекаютъ слѣдующія *частныя правила*:

1. Послѣ начала процесса притязаніе истца простирается *на всю плоды*, извлеченные отвѣтчикомъ во время процесса изъ предмета иска о (плодахъ см. выше § 31, V).

а) Плоды, *наличныя* въ моментъ постановленія рѣшенія, всякій отвѣтчикъ обязанъ выдать полностью.

б) Плоды, которыхъ нѣтъ на лицо къ моменту рѣшенія, реституируются различными отвѣтчиками въ различной мѣрѣ.

а) *Недобросовѣстный* отвѣтчикъ долженъ возмѣстить цѣнность всѣхъ плодовъ, которые были собраны имъ и, сверхъ того, тѣхъ, которые *истецъ* могъ бы собрать при должной заботливости и утилизировать, если бы получилъ предметъ процесса въ самомъ началѣ процесса.

б) *Добросовѣстный* отвѣтчикъ возмѣщаетъ цѣнность лишь тѣхъ плодовъ, которые были дѣйствительно собраны имъ, но затѣмъ утрачены по его же винѣ, а также тѣхъ плодовъ, которые не были собраны имъ по *собственной* небрежности, т. е. которые могли бы быть извлечены имъ самимъ⁸.

2. Если предоставленіе предмета иска въ теченіе процесса стало *вполнѣ невозможнымъ* или *невозможнымъ* въ надлежащемъ видѣ, то опять-таки дѣлается различіе между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ отвѣтчикомъ.

а) *Недобросовѣстный* отвѣтчикъ долженъ былъ доставить истцу предметъ спора при самомъ вчинаніи иска; такъ какъ онъ этого не сдѣлалъ, то онъ отвѣчаетъ даже за *случайную гибель* или ухудшеніе предмета спора послѣ начала процесса, если только не можетъ доказать, что случайная гибель постигла бы предметъ спора и въ *рукахъ истца*⁹. б) *Добросовѣстный* от-

⁵ L. 17 § 1. L. 35 § 1 D. 6. 1.

⁶ L. 82 § 2 D. 45, 1. Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere. Ср. L. 63 D. 50, 17. Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.

⁷ L. 10 C. 7, 32. Слишкомъ сильно выражаются источники, когда говорятъ, что съ началомъ процесса всякій владѣлецъ дѣлается *malae fidei possessor*. L. 20 § 11 L. 25 § 7. L. 31 § 3 D. 5, 3.

⁸ § 2 J. 4, 17. L. 33. 62 D. 6, 1. L. 4 § 2 L. 10, 1. L. 1 § 1. 2. C. 3, 31. L. 22 C. 3, 32. Windscheid I § 124 пр. 6 и 7.

⁹ L. 15 § 3. L. 16 пр. D. 6, 1. L. 12 § 3 L. 14 § 1 D. 16, 3. L. 20 § 21. L. 40 пр. D. 5, 3. L. 14 § 11 D. 4, 2.

вѣтчикъ отвѣчаетъ за ухудшеніе или гибель предмета спора послѣ начала процесса лишь, если съ его стороны были допущены *умыселъ* или *неосторожность*¹⁰.

3. Притязанія, которыя сами по себѣ не подлежатъ наслѣдованію, переходятъ послѣ *litis contestatio* къ *наслѣдникамъ истца*¹¹.

4. Начало процесса прерываетъ теченіе *исковой давности* (§ 53), а также, въ извѣстномъ смыслѣ, теченіе *приобрѣтательной давности* (см. Вещное пр. § 11, А).

5. Со времени начала процесса запрещается *отчужденіе* того предмета, о правѣ собственности на который возбужденъ споръ, а также того *притязанія*, по поводу котораго уже начать процессъ. Процессъ во всякомъ случаѣ продолжается между прежними сторонами такъ, какъ-будто отчужденія не произошло¹².

§ 58. Доказательства.

Рѣшеніе начатаго процесса зависитъ, прежде всего, отъ того, убѣдятъ ли стороны судью въ правильности тѣхъ утверженій, которыя приводятся ими въ подкрѣпленіе взаимныхъ претензій. Доказывать — значитъ приводить основанія, которыя должны заставить судью признать извѣстные утверженія правильными. При этомъ возникаетъ два вопроса: 1) *Что* подлежитъ доказыванію, и 2) какъ распределяется между сторонами *тяжесть доказыванія*?

I. Доказыванію подлежатъ въ процессѣ только утверженія относительно *спорныхъ фактовъ*. Слѣдовательно, не нуждаются въ доказываніи:

1) *Юридическія нормы*; судья обязанъ знать ихъ (*iura novit curia*). Только при ссылкѣ сторонъ на обычай и на чужеземное право судья можетъ потребовать помощи сторонъ для ознакомленія съ этими нормами.

2) Факты, *не возбуждающіе спора* между сторонами, т.-е. такіе факты, существованіе которыхъ заинтересованная сторона признала на судѣ.

3) *Неоспоримые факты*, т.-е. такіе которыхъ нельзя оспаривать. Сюда относятся: а) *общеизвѣстные факты* (напр. календарныя даты); б) факты, оспариваніе которыхъ *запрещено закономъ*: *praesumptiones juris et de jure* (напр., если долговая расписка не была оспорена въ теченіе двухъ лѣтъ, то нельзя отрицать факта полученія суммы, указанной въ этой распискѣ — *querela non num. pecuniae*)¹.

Отъ *praesumptiones juris et de jure* нужно отличать *praesumptiones juris*; это — такія предположенія, установленныя закономъ, которыя допускаютъ доказательство противнаго. Эти презумпціи установлены не для того, чтобы устранить необходимость доказывать извѣстные факты, а для того, чтобы распределить тяжесть доказыванія. Такъ, значеніе презумпціи: *pater est, quem nuptiae demonstrant*, сводится къ тому, что въ случаѣ спора не мнимый сынъ долженъ доказывать, что онъ рожденъ отъ даннаго лица, а послѣднее должно доказывать, что мнимый сынъ не родился отъ него въ законномъ бракѣ (см. выше § 25)².

¹⁰ L. 21. L. 36 § 1. L. 51 D. 6, 1.

¹¹ § 1 J. 4, 12. L. 139. pr. L. 164 D. 50, 17.

¹² L. 2 L. 3. L. 5 (4) C. 8, 36 (37). Nov. 112 c. 1. *Dernburg*, I § 155. *Vangerow*, I § 160.

¹ L. 14 C. 4, 30. *Дернбургъ*, Обяз. пр. § 87 пр. 10.

² См. также L. 24 D. 22, 3. *Praesumptio hominis seu facti* есть простое предполо-

II. *Тяжесть доказыванія (onus probandi)*. Общее правило состоитъ въ томъ, что каждая сторона должна доказать тѣ утверждения, которыя она выставляетъ: истецъ долженъ доказать тѣ факты, на которые онъ опираетъ свой искъ ³, а отвѣтчикъ тѣ факты, на которыхъ онъ основываетъ свои возраженія противъ иска ⁴.

При распредѣленіи бремени доказыванія *не придается значенія* тому, имѣютъ ли факты *положительный или отрицательный характеръ*. Если истцу для обоснованія иска нужно доказать несуществованіе какого-либо событія, то онъ долженъ доказать этотъ отрицательный фактъ: напр., вѣчная *condictio indebiti*, истецъ долженъ доказать несуществованіе долга, который онъ ошибочно считалъ лежащимъ на себѣ, когда совершалъ *solutio* ⁵; то же самое относится и къ отвѣтчику.

Такимъ образомъ, положеніе источниковъ: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* ⁶, не означаетъ, что отрицательные факты не подлежатъ доказыванію, а имѣетъ только тотъ смыслъ, что истецъ долженъ доказать всѣ факты, необходимые для обоснованія иска, а не требовать отъ отвѣтчика доказательствъ ихъ несуществованія: дѣло отвѣтчика—доказать тѣ факты, на которыхъ онъ основываетъ свои возраженія противъ иска, обоснованнаго доказательствами истца.

§ 59. Судебное рѣшеніе.

I. Гражданскій процессъ заканчивается судебнымъ рѣшеніемъ (*res iudicata*). Рѣшеніе можетъ быть для отвѣтчика или *освободительнымъ* или *осудительнымъ*. Во всякомъ случаѣ судебное рѣшеніе имѣетъ для сторонъ *законную силу*, т.-е. его содержаніе обязательно для сторонъ. Если даже рѣшеніе матеріально неправильно, то по истеченіи сроковъ обжалованія, оно получаетъ для сторонъ значеніе формальной истины. Ни одна изъ нихъ не можетъ оспаривать юридическаго отношенія, подтвержденнаго судебнымъ рѣшеніемъ. *Res iudicata pro veritate accipitur* (L. 207 D. 50, 17). Впрочемъ, если судебное рѣшеніе по какимъ-либо причинамъ неправильно признало несуществующимъ обязательственное право истца по отношенію къ отвѣтчику, то оно этимъ не вполне уничтожаетъ обязательство. По мнѣнію многихъ изслѣдователей, послѣднее сохраняетъ значеніе *debitum naturale*; это проявляется въ томъ, что должникъ не можетъ требовать обратно то, что онъ добровольно уплатилъ по такому обязательству послѣ освободительнаго рѣшенія суда ¹.

II. Законная сила судебного рѣшенія даетъ истцу, выигравшему про-

женіе судьи, основанное на указаніяхъ опыта. Историч. замѣч. о презумпціяхъ см. у *Ferrini* § 95. Въ русск. лит. *Мейеръ*. Объ юридич. вымыслахъ и предположеніяхъ 1854 г. *Оршанскій*, О законныхъ предположеніяхъ (Ж. Гр. и Уг. пр., 1874 г., 4 и 5). *Дормидонтовъ*, Юридическія фикціи и президумпціи 1895 г.

³ L. 21 D. 22, 3. L. 15 D. 39, 1. L. 2. L. 8. L. 15 C. 4, 19.

⁴ L. 9. L. 19 pr. D. 22, 3.

⁵ L. 25 D. 22, 3.

⁶ L. 2 D. 22, 3. Ср. 33 C. L. 4, 19. *Windscheid* I § 133 пр. 4. Ср. *Derenburg*

§ 159, 2 с.

¹ L. 60 pr. L. 28 D. 12, 6. Однако, залогъ и поручительство уничтожаются. L. 13 D. 20, 6. См. *Хвостовъ*, Нат. обяз. стр. 382—410.

пессъ, право на *actio judicati*. При ея посредствѣ онъ можетъ привести въ исполненіе рѣшенія. Если отвѣтчикъ осужденъ судебнымъ рѣшеніемъ, то на мѣсто прежняго притязанія истца къ отвѣтчику ставится новая *obligatio quae ex causa judicati descendit* ², которая осуществляется посредствомъ *actio judicati* ³. Прежнее притязаніе истца превратилось въ безспорное притязаніе съ точно опредѣленнымъ въ судебномъ рѣшеніи содержаніемъ ⁴.

III. Во вторыхъ, сила судебного рѣшенія осуществляется посредствомъ *exceptio rei judicatae* ⁵.

Всякое судебное рѣшеніе, какое бы содержаніе оно не имѣло, приводить къ тому, что *вопросъ, имъ разрѣшенный, не можетъ быть вторично предметомъ судебного спора между тѣми же сторонами*. Вопросъ рѣшенъ окончательно для этихъ лицъ; нельзя допустить, чтобы одна сторона могла еще разъ привлечь противника и заставить судей вторично заняться процессомъ по одному и тому же вопросу; нельзя также давать повода суду постановить по одному и тому же вопросу два различныхъ рѣшенія. Поэтому, если одной стороною вторично возбуждается искъ по поводу вопроса, уже рѣшеннаго судомъ, то другая сторона имѣетъ *exceptio rei judicatae* противъ такого иска. L. 3 D. 44, 2. Ulp. 15 ed. Julianus libro tertio digestorum: respondit exceptionem rei judicatae obstare, *quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur* ⁶. Условіями является такимъ образомъ возбужденіе: 1) *eadem quaestio*, 2) *inter easdem personas*.

1) Необходимо чтобы во второмъ процессѣ возникала *eadem quaestio*, какъ и въ первомъ, т.-е. чтобы споръ шелъ о томъ же *притязаніи*. Для этого необходима наличность слѣдующихъ условій.

а) Требуется, чтобы во второмъ процессѣ взыскивался тотъ же самый *предметъ*. Тождество предмета налично, если въ первомъ процессѣ требовалось цѣлое, а во второмъ его часть ⁷—развѣ только эта часть составляетъ

² L. 4 § 7 D. 42, 1. L. 8 § 3 D. 46, 2. Ср. GaiIII, 180.

³ L. 4 § 2 D. 42, 1.

⁴ Притязаніе, вытекающее изъ судебного рѣшенія, переходитъ къ наследникамъ, хотя бы притязаніе, лежащее въ основѣ иска, не переходило по наследству; оно становится а. regretua, хотя бы возникло по поводу а. temporalis L. 6 § 3 D. 42, 1. Отвѣтственность поручителей (L. 8 § 3 D. 46, 1. L. 28 C. 8, 40 (41) и залоговъ (L. 13 § 4 D. 20, 1. L. 8, C. 8, 13 (14) продолжается. Теченіе процентовъ приостанавливается на 4 мѣсяца, но, если въ этотъ срокъ отвѣтчикъ не исполнитъ рѣшенія, то по его истеченіи начисляются проценты изъ 12⁰/₀ годовыхъ. L. 1. 2. 3. C. 7, 54. L. 13 C. 4, 32.

⁵ Въ слѣдующемъ изложеніи будетъ рѣчь только о т. наз. *положительной* функціи этой экспенціи, ибо отрицательная ея функція, согласно господствующему воззрѣнію, въ Юстиніановомъ правѣ не имѣетъ болѣе значенія. См. § 57 пр. 2.

⁶ См. также L. 7 § 1. 4. L. 19. L. 22. L. 30 § 1 D. 44, 2. Ср. L. 5. L. 7 пр. L. 14 пр. L. 27 D. eod (eadem res)

⁷ L. 7 пр. D. 44, 2 Ulp. 75 ed. Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petitum est. nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in jure. proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem... § 4... et ideo si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. § 5. Idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat: nam in hic

самостоятельную вещь съ юридической точки зрѣнія⁸. Тождество налицо и въ томъ случаѣ, напр., когда въ первомъ процессѣ было признано несущест-
вующимъ право собственности истца на участокъ, а во второмъ требуются
плоды этого участка⁹.

б) Требуется, чтобы предметъ взыскивался на основаніи *того же са-
маго права*. Тождества права нѣтъ, если въ первомъ процессѣ рѣчь шла
о правѣ собственности, а во второмъ о владѣніи тою же вещью¹⁰. Но то-
ждество вопроса о правѣ налицо въ такомъ случаѣ, напр.: въ первомъ про-
цессѣ истецъ предъявилъ rei vindicatio и выигралъ дѣло; во второмъ про-
цессѣ бывший отвѣтчикъ предъявляетъ къ бывшему истцу также rei vindicatio
относительно той же вещи; — дѣло идетъ объ eadem quaestio, ибо судъ, рѣшивъ
въ первомъ процессѣ, что собственность принадлежитъ истцу, тѣмъ самымъ
установилъ, что она не принадлежитъ отвѣтчику¹¹.

в) Требуется, чтобы право истца опиралось на то же самое *основаніе*
для возникновенія его. Это основаніе особенно важно для *обязательствен-
ныхъ исковъ*; обязательства различаются по основанію своего возникновенія;
одна и та же вещь можетъ быть предметомъ обязательственного отношенія
на самыхъ разнообразныхъ основаніяхъ: она могла быть куплена истцомъ
(a. empti); она могла быть дана истцомъ отвѣтчику въ ссуду (a. commo-
dati directa); она могла быть подарена истцу отвѣтчикомъ; она могла быть
завѣщана истцу и т. д. Поэтому обязательственный искъ о выдачѣ вещи
только тогда возбуждаетъ eadem quaestio, когда истецъ ссылается въ немъ
на то же самое основаніе возникновенія обязательственного права, на кото-
рое онъ ссылался и въ первомъ процессѣ¹².

При *вещныхъ* искахъ основаніе приобрѣтенія вещнаго права (traditio,
usucapio) можетъ не быть названо въ искѣ, и тогда, при освободительномъ
рѣшеніи, истецъ не можетъ больше вчинить иска о томъ же вещномъ правѣ
на ту же вещь, ссылаясь на иное основаніе для его приобрѣтенія; предпо-
лагается, что судъ разсмотрѣлъ всѣ возможные основанія отыскивавшагося
права¹³. Новый искъ о той же вещи мыслимъ лишь тогда, когда истецъ

obstabit exceptio: nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in heredi-
tate sunt, videntur in petitionem deduci. L. 3. L. 21 § 1. 3 D. 44, 2.

⁸ Напр., послѣ виндикаціи зданія можно виндигировать входившія въ его составъ
cementa et tigna: etenim cuius insula est non utique et cementa sunt. L. 7 § 2 D. 44, 2.
См. выше стр. 145.

⁹ L. 18 D. 44, 1 Ср. Windscheid, I § 130 пр. 16.

¹⁰ L. 14 § 3 (см. Вещное пр. § 24, III). L. 31 D. 44, 2.

¹¹ L. 15 L. 30 § 1 D. 44, 2. L. 40 § 2 D. 3, 3.

¹² L. 14 § 2 D. 44, 2. Paul. 70 ed. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc
differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae
sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur; at cum in rem ago non expressa causa,
ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur, neque enim amplius
quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. L. 18 D. 44, 7 Julianus 54
dig. Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat heres extiterit ei, cui ex testamento idem
Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra
si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita con-
stiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra re-
maneret.

¹³ L. 14 § 2 (въ прим. 1). L. 11 § 1 D. 44, 2. L. 11 § 5 D. 44, 2 Ulp. 75 ed.
Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit. mutata autem opinio petito-
ris non facit, ut puta opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere: mutavit opinionem
et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam: nam quaecumque
et undecumque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit.

утверждаетъ, что онъ *вновь приобрѣлъ* это вещное право уже послѣ перваго процесса ¹⁴. Но иногда вещные иски (напр. *rei vindicatio*) вчинались съ *указаніемъ основанія* возникновенія права (*expressa causa agere*). Въ такомъ случаѣ послѣ отказа въ искѣ можно было вторично вчинить искъ о томъ же правѣ на ту же вещь, ссылаясь на какое либо *другое* основаніе (напр., истецъ въ первомъ процессѣ основывалъ свое право собственности на *traditio*, и искъ его былъ отвергнутъ; во второмъ процессѣ онъ основываетъ свое право на *usucapio*) ¹⁵.

2) Необходимо, затѣмъ, чтобы второй процессъ имѣлъ мѣсто между *тѣми же лицами, какъ и первый* (*inter easdem personas*). Тѣми же лицами считаются также *универсальные* преемники сторонъ и даже *сингулярные* преемники, если они приобрѣли свое право послѣ *litis contestatio* въ первомъ процессѣ ¹⁶.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ сила судебного рѣшенія распространяется, однако, даже на *третьихъ лицъ*: а) Если *завѣщаніе* объявлено дѣйствительнымъ или ничтожнымъ въ процессѣ между *heres ab intestato* и *heres ex testamento*, то рѣшеніе имѣетъ силу для (и противъ) легатаріевъ и кредиторовъ наслѣдства ¹⁷. б) Если споръ о правахъ состоянія (*status*) какого-либо лица разрѣшенъ въ процессѣ съ такимъ противникомъ, который заинтересованъ въ этомъ вопросѣ больше всѣхъ и поэтому признается *justus contradictor* (напр., отцомъ, патрономъ, хозяиномъ раба), то судебное рѣшеніе получаетъ силу и противъ *всѣхъ третьихъ лицъ* ¹⁸.

§ 60. Restitutio in integrum.

I. *Понятіе*. Этимъ именемъ въ *классическомъ* римскомъ правѣ обозначается особое *экстраординарное* вмѣшательство магистрата въ гражданскія отношенія, путемъ котораго магистратъ, не въ силу закона, а на основаніи своего *усмотрѣнія* (*arbitrium*), руководясь справедливостью, возстановляетъ прежнее состояніе гражданскихъ отношеній. *In integrum restitutio* основана на *aequitas*; магистратъ прибѣгаетъ къ ней тогда, когда видитъ, что примѣненіе къ извѣстному случаю общихъ нормъ права противорѣчитъ жизненной, практической цѣли этихъ нормъ, въ виду особенностей въ положеніи какого-либо лица или въ обстоятельствахъ отдѣльнаго конкретнаго случая ¹.

Въ виду этого *in integrum restitutio* носила названіе *auxilium extraordinarium* и давалась лишь какъ субсидіарное средство защиты, когда обыкновенные иски и экцепціи оказывались недостаточными ².

¹⁴ L. 11 § 4. 5 D. 44, 2 (въ прим. 2). L. 25 pr. D. eod.

¹⁵ L. 14 § 2 D. 44, 2 (въ прим. 1). L. 11 § 2 D. eod.

¹⁶ L. 9 § 2 L. 11 §§ 3. 9. 10. L. 28. L. 29 § 1 D. 44, 2. L. 3 D. 20, 1. L. 25 § 8 D. 10, 2.

¹⁷ L. 3 pr. D. 20, 1. L. 14 D. 49, 1. L. 50 § 1 D. 30. L. 8 § 16. L. 17 § 1 L. 15 § 2 D. 5, 2. L. 12 pr. § 2 C. 3, 31.

¹⁸ L. 1 § 16. L. 2 D. 25, 3. L. 1 § 4 D. 43, 30.—Относительно L. 4 § 3. L. 19 D. 8, 5 см. съ одной стороны *Windscheid*, I § 132, съ другой—*Dernburg*, I § 164 пр. 11; § 255 пр. 7 Вещное пр. § 36, 1.

¹ L. 1 § 1 D. 4, 4 Ulp. 11 ed. Praetor edicit: „Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam“ L. 3. D. 4, 1. L. 25 § 5 D. 4, 4. L. 4 D. 4, 1.

² L. 16 pr. D. 4, 4. См. къ этому *Girard*, стр. 1057 пр. 1—3.

Въ *позднѣйшее время* *in integrum restitutio* утратила свои особенности: случаи ея примѣненія были опредѣлены *нормами права*; она до извѣстной степени потеряла характеръ помощи, оказываемой магистратомъ по свободному усмотрѣнiю; однако и теперь магистратъ могъ отказывать въ ней даже при наличности предусмотрѣнныхъ закономъ поводовъ, если, напр., онъ признавалъ ущербъ, понесенный просителемъ, не особенно значительнымъ³. При Юстинианѣ *restitutio in integrum* еще болѣе сблизилась съ нормальнымъ процессомъ и почти во всемъ была уравнена съ обыкновенными исками и экцепціями. Она получила значеніе *субсидіарнаго иска для оспариванія на указанныхъ въ законъ основаніяхъ какого-либо юридическаго отношенія*.

II. *Основанія*. Для того, чтобы была оказана *in integrum restitutio*, необходима наличность трехъ условій: 1) *laesio*; 2) *causa*; 3) своевременнаго заявленія потерпѣвшаго.

A. *Laesio*. *In integrum restitutio* оказывается лишь тогда, когда лицо, просящее о ней, потерпѣло какой-либо *ущербъ*, благодаря дѣйствию (напр. юридической сдѣлкѣ), или благодаря упущенію⁴. Этотъ ущербъ можетъ имѣть имущественный и *неимущественный* характеръ. Поэтому возможна реституція противъ нѣкоторыхъ сдѣлокъ семейнаго права, напр., противъ аррогаціи. Не допускается, однако, реституція противъ заключенія брака, ибо бракъ считается въ принципѣ *нерасторжимымъ*⁵.

B. *Iusta causa*. Налицо должны быть основанія, которыя оправдывали бы возстановленіе прежняго состоянія. Такими основаніями въ источникахъ признаются слѣдующія обстоятельства (L. 1. 2 D. 4, 1):

1) *Minor aetas* потерпѣвшаго (Dig. 4, 4). Лицо не достигшее 25 лѣтъ, можетъ быть реституировано противъ всякаго ущерба, который оно понесло вслѣдствіе своихъ дѣствий или упущеній или дѣствий своихъ представителей (L. 7 § 8. L. 47 пр. D. 4, 4).

2) *Metus* (Dig. 4, 2). Если сдѣлка заключена лицомъ *major XXV annis* подъ вліяніемъ принужденія, то возможны *actio quod metus causa* и *exceptio metus*; но рядомъ съ ними упоминается и *in integrum restitutio*. (L. 9 § 3. 4 D. 4, 2).

3) *Error* (Dig. 27, 6). *In integrum restitutio* на основаніи заблужденія, которое привело къ *laesio* лица, просящаго о возстановленіи прежняго состоянія, упоминается въ источникахъ рѣдко (только въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ).

4) *Dolus* (Dig. 4, 3; 4, 7). *In integrum restitutio* вслѣдствіе обмана, отъ котораго пострадалъ потерпѣвшій, примѣняется чаще, ибо къ *actio doli*, которая влекла за собою *infamia*, преторъ прибѣгалъ неохотно (см. выше § 40, IV, 2).

5) *Отсутствіе и подобныя ему препятствія къ осуществленію права* (Dig. 4, 6). Если кто-либо въ силу отсутствія и нѣкоторыхъ аналогичныхъ причинъ (напр., нахожденія въ плѣну), не будетъ въ состояніи совершить какого-либо дѣствия (напр., вчинить искъ) и вслѣдствіе этого понесетъ ущербъ (напр., искъ будетъ погашенъ истеченіемъ давности), то преторъ даетъ *in integrum restitutio*.

³ L. 4 D. 4, 1. L. 1 C. 2. 28 (29).

⁴ L. 1 § 1 L. 7 пр. §§ 11. 12. L. 9 § 2. L. 11 §§ 4. 5. L. 38 D. 4, 4.

⁵ L. 3 § 6 D. 4, 4. *Dernburg* I § 140 пр. 2—4. L. 35 D. eod.

6) *Capitis deminutio minima*. Такъ какъ долги лица, претерпѣвшаго *capitis deminutio*, уничтожаются по цивильному праву, то преторъ возстанавливалъ кредиторамъ искъ и возлагалъ отвѣтственность по нимъ на новаго домовладыку должника въ размѣрахъ активнаго имущества, которое перешло къ домовладыкѣ (см. § 22, II, 3) ⁶.

С. *Своевременная просьба о реституціи*. По классическому праву о реституціи можно было просить въ теченіе *annus utilis ratione initii* ⁷. По постановленію *Юстиніана* для всѣхъ случаевъ реституціи былъ опредѣленъ срокъ въ 4 года ⁸.

III. *Дѣйствіе реституціи*. *Просить о реституціи* могутъ самъ потерпѣвшій, его универсальные преемники и то лицо, которому онъ уступилъ свое право на реституцію ⁹. *Отвѣтчикомъ* является, если дѣло идетъ о возстановленіи утраченнаго вещнаго права (напр., по давности) или права на наслѣдство, всякій владѣлецъ объекта вещнаго права или наслѣдственной вещи (*restitutio in rem*); если же дѣло идетъ объ уничтоженіи обязательства, которое потерпѣвшій принялъ на себя, то отвѣтчикомъ является, обыкновенно, кредиторъ по этому обязательству (*rest. in personam*) ¹⁰. Въ случаѣ *metus* реституція направлена противъ всякаго лица, обогатившагося благодаря акту принужденія, по аналогіи съ *actio* и *exceptio metus* (см. L. 3 C. 2, 19 (20); ср. выше § 15, I и § 40, III, 2).

Если просьба о реституціи признается основательной, то судъ предписываетъ лишить *силы тотъ фактъ, который привелъ къ наличному состоянію юридическихъ отношеній, и возстановитъ прежнее состояніе этихъ отношеній* ¹¹. Такимъ образомъ, если была совершена *acceptilatio*, дается искъ изъ обязательства *rescissa acceptilatione* ¹², если сдѣлано было приобрѣтеніе по давности, то дается *rei vindicatio rescissa usucapione* ¹³.

Съ другой стороны, истецъ долженъ вернуть отвѣтчику ту выгоду, которую онъ получилъ отъ уничтоженнаго, вслѣдствіе *restitutio*, юридическаго отношенія (напр., если вслѣдствіе реституціи уничтоженъ заключенный и исполненный договоръ купли-продажи, то истецъ получаетъ обратно уплаченную цѣну, но обязанъ вернуть продавцу-отвѣтчику проданную вещь) ¹⁴.



⁶ При этой *rest. in int.*, повидимому, не было *causae cognitio* и не соблюдались обычные сроки. *Bethmann-Hollweg*, *Civilprozess* II стр. 750. *Girard*, стр. 1056.

⁷ L. 19 D. 4, 4. L. 1 § 1. L. 28 § 3. 4 D. 4, 6. L. 7 pr. C. 2, 52. *Girard*, стр. 726 пр. 1. Ср. выше § 53 пр. 2.

⁸ L. 7 C. 2, 52.

⁹ L. 6 D. 4, 1. L. 18 § 5. L. 24 pr. D. 4, 4.

¹⁰ L. 17 pr. L. 30 § 1 D. 4, 6. L. 24 § 4. L. 27 § 1 D. 4, 4. Ср., впрочемъ, L. 13 § 1. L. 14 D. 4, 4. Подробности см. у *Girard*, стр. 1057 пр. 4.

¹¹ L. 24 § 4 D. 4, 4. L. 1 C. 2, 47 (48).

¹² L. 9 § 4 D. 4, 2.

¹³ § 5 J. 4, 6.

¹⁴ L. 24 § 4. L. 27 § 1. L. 39 § 1. L. 40 § 1. L. 47 § 1 D. 4, 4.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Общая часть.

ВВЕДЕНИЕ.

Значение римскаго права для русскаго юриста. Система курса. Важнѣйшія пособия.

Стр.
1

ОТДѢЛЪ I.

Право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ.

I Глава. Понятіе и дѣленіе права въ объективномъ смыслѣ.

§§

- | | |
|---|----|
| 1. Право въ объективномъ смыслѣ. Отличіе его отъ морали и нравовъ..... | 4 |
| 2. Aequitas, humanitas, natura rerum, jus naturae..... | 7 |
| 3. Публичное и гражданское право..... | 10 |
| 4. Нормы уполномочивающія, диспозитивныя и принудительныя. Jus singulare и privilegia. Общее и партикулярное право..... | 13 |

II Глава. Источники права. Примѣненіе и теоретическая разработка юридическихъ нормъ.

- | | |
|---|----|
| 5. Матеріаль для образованія юридическихъ нормъ. Ученіе объ источникахъ права. Обычай. Дѣловое обыкновение..... | 17 |
| 6. Законъ. Отношеніе его къ обычаю. Автономія..... | 23 |
| 7. Примѣненіе нормъ права..... | 26 |
| 8. Система права. Право юристовъ..... | 33 |

III глава. Предѣлы примѣненія нормъ права.

- | | |
|---------------------------------------|----|
| 9. Предѣлы по времени примѣненія..... | 38 |
| 10. Предѣлы по мѣсту примѣненія..... | 40 |

IV глава. Право въ субъективномъ смыслѣ.

- | | |
|--|----|
| 11. Юридическое отношеніе. Юридическій институтъ. Субъективное право..... | 43 |
| 12. Юридическая обязанность. Права и обязанности, непрямымъ образомъ связанныя съ субъектомъ. Права и обязанности со многими субъектами..... | 45 |
| 13. Элементы субъективнаго права. Права абсолютныя и релятивныя. Классификація гражданскихъ правъ по ихъ объекту..... | 47 |

§§		Стр.
14.	Судебная защита субъективнаго права. Actio. Притязаніе (Anspruch). Отношеніе иска къ притязанію.....	52
15.	Классификація римскихъ исковъ... ..	57
16.	Защита противъ иска. Ехсертіо и ея виды.....	61
17.	Осуществленіе права. Коллизія правъ. Конкуренція исковъ.....	69

ОТДѢЛЪ II.

Субъектъ права.

I глава. Общее понятіе и виды субъектовъ. Правоспособность и дѣеспособность.

18.	Persona. Правоспособность. Физическое и юридическое лицо.....	73
19.	Дѣеспособность. Отношеніе ея къ правоспособности.....	74

II глава. Физическое лицо.

20.	Начало существованія физическаго лица.....	75
21.	Конецъ существованія физическаго лица	79
22.	Виды римской правоспособности. Capitis deminutio media и minima.....	80
23.	Свойства и отношенія физическихъ лицъ, имѣющія юридическое значеніе... ..	83
24.	Продолженіе	86
25.	Родство и свойство.....	89

III глава. Юридическое лицо.

26.	Римское право. 1. Факты.....	92
27.	Продолженіе. 2. Существо юридическихъ лицъ по римской теоріи. Отдѣльныя нормы, регулирующія ихъ существованіе.....	97
28.	Современная теорія о существѣ юридическихъ лицъ.....	100

ОТДѢЛЪ III.

Объектъ права.

I глава. Имущество. Тѣлесныя вещи и ихъ свойства.

29.	Виды объектовъ права. Имущество. Его составныя части.....	105
30.	Вещи простыя и сложныя (universitates rerum). Составная часть вещи. Принадлежность	107
31.	Юридически существенныя свойства вещей.....	111

II глава. Вещи, какъ объекты юридическихъ отношеній. Вещи, стоящія въ оборотѣ и внѣ его.

32.	Правоспособность и оборотоспособность вещей.....	114
33.	Отдѣльные виды rerum extra commercium.....	115

ОТДѢЛЪ IV.

Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе субъективныхъ гражданскихъ правъ.

I глава. Общія понятія.

34.	Фактическій составъ и юридическія слѣдствія.....	119
35.	Приобрѣтеніе правъ.....	120
36.	Измѣненіе и уничтоженіе правъ. Отчужденіе и отказъ отъ права.....	122

II глава. Юридическія сдѣлки.

§§	Стр.
37. Юридическія дѣйствія. Юридическія сдѣлки. Виды и содержаніе послѣднихъ.	125
38. Изъявленіе воли. Его сущность и форма.....	128
39. Согласіе воли и ея внѣшняго изъявленія.....	130
40. Мотивы воли. 1. Заблужденіе въ мотивахъ. 2. Принужденіе. 3. Обманъ.....	135
41. Условныя сдѣлки.....	139
42. Срочныя сдѣлки.....	148
43. Causa имущественныхъ предоставленій. 1. Понятіе о предоставленіи и о causa. Виды <i>causarum</i> . Значеніе ихъ.....	149
44. Продолженіе. 2. <i>Donandi causa</i> (<i>donatio</i>).....	153
45. <i>Modus</i>	156
46. Представительство при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ.....	159
47. Пороки юридическихъ сдѣлокъ.....	163
48. Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.....	166

III глава. Недозволенные дѣйствія.

49. Понятіе. Виды виновности.....	168
50. Послѣдствія правонарушеній. <i>Vis major</i> . Компенсация обоюдной вины.....	170

IV глава. Время.

51. Значеніе времени въ правѣ. Неподвижное и подвижное время. Счисленіе послѣд- няго.....	173
52. Давность вообще. Незапамятное время.....	175
53. Исковая давность.....	177

ОТДѢЛЪ V.

Защита права.

I глава. Общія понятія.

54. Предварительныя замѣчанія. Обезпеченіе правъ.....	183
55. Самопомощь. Третейскій судъ.....	184
56. Мировая сдѣлка (<i>transactio</i>).....	186

II глава. Процессъ и матеріальное право.

57. Вліяніе начала процесса (<i>litis contestatio</i>) на матеріальное право.....	187
58. Доказательства.....	190
59. Судебное рѣшеніе.....	191
60. <i>Restitutio in integrum</i>	194